PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Saul Tourinho Leal

DIREITO À FELICIDADE

História, Teoria, Positivação e Jurisdição

Doutorado em Direito Constitucional

SÃO PAULO
2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Saul Tourinho Leal

DIREITO À FELICIDADE

História, Teoria, Positivação e Jurisdição

Tese apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo Figueiredo.

Doutorado em Direito Constitucional

SÃO PAULO
2013

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade: História, Teoria, Positivação e Jurisdição**. São Paulo: 2013.

357 f.

Doutorado em Direito Constitucional.

Pontifícia Universidade de São Paulo.

Orientador: Professor Doutor Marcelo Figueiredo.

Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Princípios. Supremo Tribunal Federal. Felicidade.

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

_____

_____

_____

À Comissão de Aprimoramento de Pinheiro Neto Advogados.

À Rebeca Drummond de Andrade.

"A aspiração à justiça está tão profundamente enraizada nos corações dos homens porque, no fundo, emana da sua indestrutível aspiração à felicidade."

Hans Kelsen

Agradecimentos

O primeiro agradecimento vai para o escritório Pinheiro Neto Advogados, especialmente à sua Comissão de Aprimoramento, cujos componentes atuais são: José Luiz Homem de Mello, Raphael de Cunto e Renê Medrado. Não posso esquecer da Letícia Malcotti, que durante todos esse tempo foi incrivelmente generosa comigo, se esforçando para ajudar em tudo o que estivesse ao alcance da Comissão. Ao meu Setor, o Tributário, o abraço vai a todos, representados pelo coordenador, Sérgio Farina Filho. Não posso esquecer que quem me apresentou à Comissão foram os amigos Luiz Roberto Peroba Barbosa e José Roberto Pisani. Esse trabalho é dedicado ao escritório e à Comissão. Agradecer não seria suficiente se eu considerar tudo o que foi feito em favor do doutorado. Além de custear o curso – despesas altas, frise-se -, o escritório se envolveu com o assunto. Até mesmo o título da tese foi discutido com vários colegas (Luiz Paulo Romano, Vinicius Jucá, Luiz Roberto Peroba, Werner Grau, Celso Cintra Mori, Leonardo Peres, Adriano Drummond e Daniel Rebello). O fato é que o escritório ofereceu um apoio ao trabalho. Isso é fundamental para deixar a alma do pesquisador leve. O entusiasmo foi total. A Comissão de Aprimoramento do Pinheiro Neto Advogados tem feito grandes investimentos nos talentos brasileiros acreditando ser esta a melhor maneira de formar pessoas envolvidas com o debate jurídico Nacional. Fazer parte desse time é um privilégio.

Outro agradecimento deve ser endereçado ao meu orientador, o Professor Doutor Marcelo Figueiredo. Foi em sua disciplina, Tribunais Constitucionais e Direitos Fundamentais, que esse trabalho nasceu. Diante das demonstrações da importância da jurisdição constitucional nesse início de século, tive a oportunidade de pensar as raízes do constitucionalismo e isso, realmente, não teria sido possível sem o material teórico, dogmático e jurisprudencial ao qual tive acesso na disciplina. Além disso, as considerações sempre consistentes do Professor foram gradualmente refinando o trabalho, dando a ele a forma atual. O agradecimento, portanto, é mais do que justo.

Enquanto centro de formação, todas as salvas de palmas para a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), especialmente o programa de doutorado em Direito Constitucional.

Outro agradecimento que devo fazer é à Professora Carol Graham, que me recebeu em seu escritório, em Washington, durante a temporada em que estive na

Universidade Georgetown, como pesquisador-visitante, em razão do aprofundamento investigativo sobre as raízes da teoria da felicidade e suas conexões com o constitucionalismo contemporâneo. Carol Graham é uma pesquisadora de vasta qualificação que ocupa posto de destaque na Brookings Institution. Ela, assim como outros estudiosos, tem se dedicado a mensurar a felicidade das sociedades e a questionar se isso poderia, ou não, servir de referência quando se toma uma decisão pública. Essa fileira é integrada por Richard Earterlin, Richard Layard, Amartya Sen, Bruno Frey, Cass Sunstein, Martin Seligman, Martha Nussbaum, Derek Bok, Daniel Kahneman, Daniel Gilbert, Ronald Inglehart, Alois Stutzer, Michael Sandel...e outros, que abordam o tema segundo suas áreas de formação: Economia, Ciência Política, Psicologia, Sociologia, Filosofia... e Direito.

Passei a estudar as pesquisas coordenadas por Carol Graham, tendo lançado boa parte delas nesse trabalho. Daí a razão de ter feito um agradecimento todo especial a essa importante pesquisadora que tem contribuindo muito com o adensamento das discussões sobre a felicidade mundo afora.

No período em que estive nos Estados Unidos, tive a alegria de conhecer o Professor Doutor Marcelo Varella, coordenador dos programas de mestrado e doutorado do UniCeub, em Brasília. Varella, tão logo soube da tese, mostrou-se generoso, fazendo considerações a respeito e fornecendo material teórico de matriz francesa. Estando nos Estados Unidos vinculado à Universidade Georgetown, ele me enviou textos de Emmanuelle Joaunnet, que serviram de porta de entrada para a perspectiva francesa do assunto, abrindo uma importante perspectiva sobre a qual transitamos nesta tese. Portanto, crucial recordar a generosidade do Professor.

Agradeço também aos jornalistas Juliano Basile e Maíra Magro, do Valor Econômico, pela belíssima matéria que fizeram a respeito do assunto dando-lhe grande consistência e respeitabilidade perante a comunidade.

Há ainda os colegas que leram capítulos dessa tese, fornecendo-me suas valiosas impressões a respeito. São eles: Antônio Medeiros, com quem tratei da parte filosófica, Renato Caumo, que, de Georgetown, fez considerações a respeito das implicações do assunto junto à jurisdição constitucional, e João Rafael Gândara Martins, que dividiu comigo impressões acerca da possibilidade de ponderação entre bens constitucionalmente protegidos visando a maximização da felicidade. Esses três colegas, mesmo diante de toda a escassez de tempo, dedicaram atenção redobrada a

trechos dessa tese, fornecendo-me críticas consistentes que foram alvo de atenção. Agradeço, de coração, a todos vocês.

Também merecem agradecimentos os amigos Celso Cintra Mori e Vicente Coelho Araújo. Com Celso, pude discutir a respeito do caráter substancial do direito à felicidade, observando as considerações oportunas que ele me fez objetando a dificuldade conceitual de tal direito e as inúmeras restrições ao seu suporte fático, impossibilitando a sua confrontação pelo Judiciário. Vicente, por sua vez, fez uma primorosa revisão quanto ao último capítulo da tese, tratando dos danos hedônicos. Cheguei a revisitar alguns pontos cruciais do capítulo depois de discutir com Vicente potenciais imperfeições lançadas na versão inicial. Agradeço demais ao Celso e ao Vicente por me honrarem com seus comentários e indicações.

Gostaria de agradecer aos professores Celso Fernandes Campilongo e Luiz Guilherme Arcaro Conci, que participaram da minha banca de qualificação. Foram dois gigantes de solidariedade e engrandecimento intelectual. Ambos fizeram críticas pertinentes e deram-me oportunidade de refletir em relação a muitos pontos ainda inconsistentes. Suas considerações foram dignas da minha atenção e representaram mudanças de várias partes do trabalho. Gostaria de agradecer ao tempo que devotaram a esta discussão e o suporte intelectual com que me brindaram.

Merece agradecimento, ainda, o amigo Rafael Freitas, com quem conversei a respeito da tese e de quem ganhei livros para pesquisa sobre o assunto. Desde o primeiro momento Rafael se dispôs a trocar ideias e a indicar materiais teóricos que dariam suporte à pesquisa.

Outro amigo que contribuiu foi Marcelo Mazon Malaquias, que me presenteou com as obras de Bertrand Russel, dedicadas à felicidade, utilizadas nessa tese.

Também gostaria de agradecer à querida Ophélia Drummond de Andrade, que, com sua biblioteca sobre temas relativos à história do Brasil, me forneceu vasto material responsável pela elaboração do capítulo sobre a Independência do Brasil e suas conexões com o direito à felicidade.

Ao amigo Leonardo Marques, agradeço pelas impressões que dividiu comigo quanto aos problemas metodológicos do capítulo voltado para a felicidade como *telos* da decisão judicial.

Devo agradecer ao amigo Thiago Jabor, que fez críticas relevantes à parte da escola utilitarista, propiciando um importante refinamento da tese nesse ponto e ilustrando algumas fragilidades que meu raciocínio e exposição apresentavam.

Agradeço à gentileza e atenção do Marcos Joaquim Gonçalves Alves, que me presenteou com a obra "A Arte de Ser Feliz", de Sêneca, no original italiano.

Também vale agradecer à estudante de Direito Júlia Baena de Mesquita, que me ajudou com a tradução dos textos em francês, permitindo uma leitura clara de partes importantes para a tese. Da mesma forma, ao colega Adriano de Castro Pouchain, que colaborou com as leituras de materiais técnicos escritos em inglês, bem como a adequação de várias institutos estrangeiros para a nossa realidade.

Por fim, um agradecimento mais do que especial a uma pessoa que caiu de pára-quedas nessa tese de doutoramento, mas que desempenhou um papel dos mais importantes para a elaboração do trabalho. Falo de Rebeca Drummond de Andrade. Não foram poucas as revisões que ela fez sobre o texto. Além disso, durante meses e meses se viu diante do desafio de conversar a respeito do direito à felicidade. Rebeca virou noites lendo a tese, em voz alta, para que eu tentasse localizar imperfeições, que não eram poucas. Eu não poderia deixar de registrar toda a devoção demonstrada por ela na construção dessa tese. Razão pela qual, fica fácil constatar que, de fato, se há vários caminhos para a felicidade, um deles, certamente, é o amor. Começamos esse trabalho como namorados. Terminamos como noivos. Obrigado, Rebeca, por tudo. Sem o seu apoio eu não teria conseguido concluir essa missão.

São esses, portanto, os agradecimentos.

Direito à Felicidade
História, Teoria, Positivação e Jurisdição

Saul Tourinho Leal

RESUMO: A tese apresenta a proposta de investigar se há conexões entre o constitucionalismo contemporâneo e a felicidade. Aborda a Independência dos Estados Unidos da América, a Revolução Francesa e a Independência do Brasil. Após essa perspectiva histórica, passa a apresentar a escola utilitarista, inicialmente representada por Jeremy Bentham e, na sequência, por Stuart Mill. Afirma que o utilitarismo, aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana, é a base teórica da tese, permitindo que a felicidade seja um bem protegido constitucionalmente e, além disso, propiciando que ela apareça nos raciocínios jurídicos desenvolvidos pelos julgadores como fundamento de decisões judiciais. O trabalho passa, então, a uma parte dogmática na qual tenta identificar a existência de um direito à felicidade por meio da leitura da Constituição Federal de 1988. Nessa parte, afirma haver um direito à felicidade desmembrado em cinco vieses: (i) direito amplo à felicidade; (ii) direito à busca da felicidade; (iii) direito prestacional à felicidade; (iv) vedação a prazeres perversos; (v) felicidade como *telos* da decisão judicial. Tratando da jurisdição constitucional, apresenta os modelos norte-americano e europeu-continental para, em seguida, mostrar como a teoria da felicidade tem sido utilizada nos julgamentos dos grandes temas nacionais no Brasil, a exemplo das uniões homoafetivas, das políticas das cotas, da Marcha da Maconha e dos crimes de bagatela. Trata ainda dos abusos cometidos por meio da invocação à teoria da felicidade, ilustrando com o exemplo do Reino do Butão. Por fim, apresenta a proposta dos danos hedônicos. A tese conclui haver um direito à felicidade a ser garantido judicialmente, mas adverte que a teoria da felicidade não é capaz de resolver todos os casos, indicando que, em hipóteses nas quais há déficts informacionais, é recomendado moderação judicial e deferência ao Poder Legislativo, por meio da utilização da técnica chamada “apelo ao Legislador”.

Palavras - chave: Direito à Felicidade. Supremo Tribunal Federal. Independência dos Estados Unidos. Revolução Francesa. Independência do Brasil. Constitucionalismo. Jurisdição Constitucional.

Right to Happiness

History, Theory, Positiveness and Jurisdiction

Saul Tourinho Leal

ABSTRACT: This thesis has the purpose to investigate whether there are connections between the contemporary constitutionalism and happiness. It addresses the Independence of the United States of America, the French Revolution and the independence of Brazil. After such historical perspective, it describes the utilitarian school, represented initially by Jeremy Bentham and, subsequently, by Stuart Mill. It asserts that utilitarianism, allied to the principle of human dignity, is the theoretical basis of the thesis that allows happiness to be a constitutionally protected right and, moreover, providing the basis for it to appear in legal reasoning developed by the judges as grounds for judicial decisions. Subsequently, this thesis examines a dogmatic part in which it attempts to identify the existence of a right to happiness within the wording of the Constitution of 1988. In this part, it describes a right to happiness dismembered into five biases: (i) broad right to happiness, (ii) the right to the pursuit of happiness, (iii) the right to be provided with happiness (iv) sealing the perverse pleasures, (v) happiness as telos. Addressing the constitutional jurisdiction, it examines the American and European-continental models then shows how the theory of happiness has been used in trials of major national issues in Brazil, like the same-sex unions, policy of quotas, the Marijuana March and crimes trifle. It also discusses the abuses committed by invoking the theory of happiness, illustrating with the example of the Kingdom of Bhutan. Finally, it presents the proposal of hedonic damages. The thesis concludes there is a legally guaranteed right to happiness , but alerts that the theory of happiness is not able to solve all the cases, indicating that, in situations in which there are informational deficits, it is recommended judicial restraint and deference to the Legislature.

Keywords - Keywords: Right to Happiness. Supreme Court. Independence of the United States. French Revolution. Independence of Brazil. Constitutionalism. Constitutional Jurisdiction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....20.

1.0 A FILOSOFIA E A FELICIDADE

1.1 Como os Filósofos se Envolveram com a Felicidade.....30.

1.2 Sócrates: Vida Feliz é a Vida Virtuosa.....33.

1.3 O Hedonismo: Satisfaçam os Vossos Desejos.....35.

1.4 Platão: A Felicidade na Harmonia.....36.

1.5 Aristóteles: A Felicidade na Atividade.....39.

1.6 O Epicurismo: Prazer como Ausência de Dor e Perturbação.....44.

1.7 Cícero: Fuga quanto aos Prazeres Vulgares.....47.

1.8 O Estoicismo: Sêneca e as Renúncias .....48.

1.9 Thomas Hobbes: A Felicidade está na sua Busca.....52.

1.10 John Locke: O Judicioso Equilíbrio do Prazer.....53.

1.11 Immanuel Kant: A Felicidade como Tolice Humana e como a Ciência Contrapôs Kant.....54.

1.12 Friedrich Nietzsche: A Felicidade nos Conflitos Interiores.....60.

1.13 Arthur Schopenhauer: Dor e Tédio como Inimigos da Felicidade.....61.

1.14 Madame du Châtelet: Vida Amorosa Errante e Inspiradora.....63.

1.15 A Filosofia Iluminista da Felicidade na Alemanha e na Escócia.....65.

2. O UTILITARISMO NA SUA PRIMEIRA VERSÃO: JEREMY BENTHAM

2.1 A Personalidade Exótica .....71.

2.2 Mendicância, Animais, Esporte, Tortura, Voto, Escravidão, Presídio e Outras Ideias.....72.

2.3 O Princípio da Felicidade Maior.....74.

2.4 As Inspirações.....76.

2.5 As Críticas.....77.

2.5.1 O Prazer .....77.

2.5.2 As Comparações Interpessoais.....78.

2.5.3 O Problema da Adaptação.....80.

2.5.4 Alf Ross.....84.

2.5.5 Michael Sandel .....84.

2.5.6 Amartya Sen.....89.

2.5.7. John Rawls……93.
2.5.8 Richard Layard.....98.
2.6 A Importância das ideias .....100.

3. O UTILITARISMO REVISITADO: JOHN STUART MILL
3.1 A Personalidade: Genialidade e Dificuldades Práticas.....102.
3.2 A Depressão.....102.
3.3 A Releitura da Teoria de Jeremy Bentham .....104.
3.4 Os Direitos Fundamentais.....106.
3.5 A Qualidade dos Prazeres.....109.

4. A FELICIDADE TESTADA: AS PESQUISAS
4.1 O Batismo: Richard Easterlin .....113.
4.2 Os Números no Ocidente.....114.
4.3 Medidas da Felicidade Interna Bruta.....117.
4.4 O Comunicado IPEA nº 158/2012: O Brasil e a Felicidade.....119.
4.5 O Risco das Comparações.....123.

5. A DETURPAÇÃO DA TEORIA DA FELICIDADE NO REINO DO BUTÃO
5.1 O Discurso Corrompido .....126.
5.2 O Reino do Butão e a Felicidade.....127.
5.3 As Críticas.....128.
5.4 Altos Custos .....129.
5.5 O Autoritarismo da Felicidade.....131.
5.6. Calibrando o Paternalismo.....133.

6. A DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS E A FELICIDADE
6.1 O Ambiente.....140.
6.2 A Personalidade de Thomas Jefferson.....141.
6.3 A Liderança de Thomas Jefferson .....142.
6.4 A Felicidade Norte-Americana no Século XVIII.....142.
6.5 A Influência de George Mason.....145.
6.6 A Inspiração de John Locke.....147.

6.7 A Declaração de Independência .....147.
6.8 As Críticas de Jeremy Bentham.....149.
6.9 Os Federalistas .....151.
6.10 Bill of Rights.....153.
6.11 As Constituições Estaduais.....154.
6.12 O Legado .....154.

7. A REVOLUÇÃO FRANCESA E A FELICIDADE
7.1 O Ambiente.....158.
7.2 A Aproximação com a Revolução Norte-Americana.....159.
7.3 A Teologia do Direito Constitucional.....160.
7.4 O Projeto Constitucional de Felicidade.....161.
7.5 O Constitucionalismo da Felicidade na França Acabou? .....166.

8. A INDEPENDÊNCIA DO BRASIL E A FELICIDADE
8.1 O Ambiente: A Influência das Revoluções Norte-Americana e Francesa..169.
8.2 A Doutrina Utilitarista Divulgada no Brasil-Colônia.....173.
8.3 O Projeto Constitucional de Felicidade.....174.

9. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NORTE AMERICANA: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO
9.1 Os Federalistas.....180.
9.2 A Percepção do Judiciário Norte-Americano por Alexys de Tocqueville..183.
9.3 Antecedentes do Caso *Marbury v. Madson*.....185.
9.4 O Caso *Marbury v. Madson*.....186.
9.5 Desenvolvimento do *Judicial Review*.....188.
9.6 A Influência do *Judicial Review* na Jurisdição Constitucional Brasileira.....189.

10. JURISDIÇÃO CONSTICIONAL NO MODELO EUROPEU-CONTINENTAL: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO
10.1 Premissas da Jurisdição Constitucional.....191.

10.2 O Debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen.....192.
10.3 A Influência do Modelo Europeu-Continental na Juridição Constitucional Brasileira.....198.

11. A DOGMÁTICA DO DIREITO À FELICIDADE: CONTEXTO.
11.1 O Constitucionalismo.....199.
11.2 As Constituições.....201.
11.3 Direitos Fundamentais.....204.
11.4 Proteção das Minorias e a Felicidade Coletiva.....210.
11.5 Estados Constitucionais.....212.
11.6 O Positivismo e o Direito à Felicidade.....215.

12.DIREITO AMPLO À FELICIDADE E SEUS DESDOBRAMENTOS
12.1 Conceito e Características.....222.
12.2 O Direito à Felicidade como Princípio.....224.
12.3 O Direito à Busca da Felicidade (O Viés Liberal).....225.
12.4 Direito Prestacional à Felicidade (O Viés Positivo).....227.
12.4.1 Direito à Felicidade e Mínimo Existencial.....231.
12.4.2 Direito à Felicidade e Bem-Estar Social.....233.
12.5 Vedação aos Prazeres Perversos.....236.
12.6 Felicidade como *Telos*.....237.
12.7 Objeções e Respostas.....237.
12.8 A Constituição Federal de 1988 e a Felicidade.....240.

13 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE: A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA
13.1 Apresentação.....248.
13.2 O Cristianismo.....248.
13.3 A Propriedade Privada.....249.
13.4 A Exoneração da Tributação .....249.
13.5 O Direito de Herança.....249.
13.6 O Direito de Casar .....250.
13.7 O Direito de Ser Deixado em Paz .....251.

13.8 O Direito à Privacidade e à Vedação de Provas Obtidas por Meios Ilícitos.....252.
13.9 O Direito de Ministrar o Estudo de Línguas Estrangeiras.....252.
13.10 Outros Casos.....253.
13.11 Limites: Quando se é Feliz Fumando Ópio.....253.
13.12 As Críticas.....254.

14. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE: A EXPERIÊNCIA SUL-COREANA
14.1 Apresentação.....256.
14.2 O Direito de Casar.....256.
14.3 O Direito à Reputação Ilibada.....257.
14.4 Autonomia Privada.....258.
14.5 Livre Iniciativa: A Venda de Bebidas.....258.
14.6 Limites: Quando se é Feliz Sendo Adúltero.....259.
14.7 As Críticas.....260.

15. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA
15.1 Apresentação.....264.
15.2 A PEC da Felicidade e o seu Componente Simbólico.....265.
15.3 A Segurança Jurídica.....268.
15.4 A Livre Iniciativa.....268.
15.5 O Direito de Casar.....269.
15.6 As Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias.....270.
15.7 Seria, a Invocação ao Direito à Busca da Felicidade, um Obter Dictum?.....271.

16. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO PRESTACIONAL À FELICIDADE: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA
16.1 Teste: O Tratamento dos Soropositivos.....273.

17. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO À FELICIDADE QUANTO ÀS PREFERÊNCIAS LEGÍTIMAS: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

17.1 A Qualidade dos Prazeres.....278.

17.2 Teste 1: As Brigas de Galos.....278.

17.2.1 Marco Teórico.....278.

17.2.2 Fatos.....279.

17.2.3 Prazeres Perversos.....279.

17.2.4 Adaptação como Maximização da Crueldade.....280.

17.2.5 Conexão entre a Vedação ao Estímulo a Prazeres Perversos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....281.

17.2.6 Necessidade da Coletividade Cultivar Prazeres Nobres.....281.

17.2.7 Decidindo o Caso à Luz da Teoria da Felicidade.....282.

17.3 Teste 2: A Farra do Boi.....282.

17.3.1 Fatos.....282.

17.3.2 Prazeres Perversos.....284.

17.3.3 Conexão entre a Vedação ao Estímulo a Prazeres Perversos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....284.

17.4 Teste 3: A Chacina de Matupá.....285.

17.4.1 Os Fatos.....285.

17.4.2 A Importância da Democracia.....287.

17.4.3 Prazeres Perversos.....288.

17.4.4 Resolvendo o Caso à Luz da Teoria da Felicidade.....288.

17.4.5 Custos Não-Computados.....289.

18. DIREITO À FELICIDADE COMO LIBERDADE

18.1 Teste 1: O Plebiscito da Divisão do Pará.....291.

18.1.1 A Felicidade.....291.

18.1.2 O Sistema Constitucional da Felicidade.....291.

18.1.3 A Importância da Participação Política para a Felicidade.....292.

18.2 Teste 2: A Marcha da Maconha.....294.

18.2.1 A Infelicidade do Silêncio Forçado.....294.

18.2.2 Liberdade e Felicidade.....294.

18.2.3 Luiz Fux e o Marco Teórico de Stuart Mill.....295.

18.2.4 Luiz Fux e a Menção a Oliver Wendell Holmes.....296.

18.2.5 A Felicidade como *Telos*.....296.

19. A FELICIDADE COMO *TELOS* DA DECISÃO JUDICIAL

19.1 A Ponderação em Robert Alexy.....298.

19.2 O Princípio da Proporcionalidade e seus Desdobramentos.....300.

19.3 Felicidade como *Telos*.....302.

19.3.1 A Visão de Richard Posner.....302.

19.3.2 A Visão de Ronald Dworkin.....304.

19.3.3 A Visão de Robert Alexy.....304.

19.3.4 A Visão de Stuart Mill.....308.

19.4 A Teoria da Felicidade é Aplicável a Todos os Casos? A Moderação Judicial por meio do Apelo ao Legislador.....308.

19.5 Teste 1: Uniões Homoafetivas.....311.

19.5.1 Os Fatos.....311.

19.5.2 O Direito à Busca da Felicidade Brasil Afora.....311.

19.5.3 O Caso no STF.....314.

19.5.4 Vedação a Prazeres Perversos, Iluminismo e Liberdade.....314.

19.5.5 Projetos de Felicidade e o Princípio do Dano (de Stuart Mill)..315.

19.5.6 Por que a Teoria da Felicidade não Considera a Infelicidade dos Oponentes ao Reconhecimento Jurídico das Uniões Homoafetivas.....315.

19.5.7 Felicidade como *Telos e* Pareto-Eficiente.....316.

19.5.8 Maiorias e Minorias.....318.

19.5.9 Felicidade como Segurança.....319.

19.5.10 O Direito à Busca da Felicidade.....320.

19.6 Teste 2: As Cotas.....321.

19.6.1 A Maximização da Felicidade.....322.

19.7 Teste 3: Crimes de Bagatela.....326.

20 OLHANDO ALÉM DO HORIZONTE: OS DANOS HEDÔNICOS

20.1 Apresentação .....332.

20.2 O Caso Marcos José e o Direito Prestacional à Felicidade .....332.

20.3 A Nova Dimensão dos Danos Morais: Os Danos Hedônicos .....335.

20.4 Danos Hedônicos e o seu Desenvolvimento nos Estados Unidos.....337.

20.5 Danos Hedônicos na Jurisprudência Norte-Americana.....338.

20.6 As críticas.....340.

CONCLUSÃO .....344.

BIBLIOGRAFIA.....349

.

INTRODUÇÃO

A edição de janeiro-fevereiro de 2012 da *Harvard Business Review* estampou em sua capa a matéria *The Value of Happiness* (O valor da felicidade). Era só mais uma a respeito do assunto dentre as tantas espalhadas pelas mais respeitadas publicações do mundo. Em junho de 2007, a Faculdade de Direito da Universidade de Chicago realizou uma conferência sobre as novas pesquisas acerca da felicidade e suas implicações nas leis e na ordem pública. A coletânea de contribuições recebidas na forma de artigos recebeu o nome de *Law and Happiness* (Direito e Felicidade).

A felicidade como elemento componente das metas da sociedade, no que diz respeito às decisões públicas, tem raízes remotas. A fonte de inspiração desse trabalho vem da observação de que a felicidade passa a compor os debates jurídicos internacionais, precisando, no Brasil, de uma investigação a respeito dos mais importantes fenômenos que giram em torno desse fato. O programa de doutoramento da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e os elementos informacionais decorrentes da disciplina ministrada pelo Doutor Marcelo Figueiredo, Tribunais Constitucionais e Direitos Fundamentais, constituem a base teórica, dogmática e jurisprudencial necessária a esta investigação.

Pretende-se investigar duas questões: uma geral e, se confirmada, uma específica. A questão geral se refere à existência de um direito amplo à felicidade. Visa identificar se há referências históricas de apelo a este direito e, havendo, qual o momento em que elas se estabeleceram e em quais bases foram construídas. Há um direito à felicidade? Mais do que um elemento moral e ético que conduziu civilizações, a felicidade seria um bem constitucionalmente protegido digno da atenção dos tribunais? Questões como essa aparecem como objetivo geral a ser investigado.

Nesse primeiro ponto, os questionamentos acerca do conceito de felicidade, por mais impressionante que possa parecer, não são importantes. Temos em mente o que é felicidade, nada obstante cada pessoa tenha a sua própria representação do que a faz feliz. Esses conceitos indeterminados não são estranhos ao direito constitucional. Moralidade, boa-fé, segurança nacional, dignidade, bem-estar e justiça são termos utilizados comumente pelas constituições, remetendo aos estudiosos reflexões a respeito de suas representações no mundo real. Ainda que tenhamos de investir algum tempo tentando estabelecer um conceito de felicidade, isso não a afasta do nosso campo de

ação e não impede que tenhamos nela uma visão conceitual consistente capaz de fornecer elementos informacionais suficientes no desenvolvimento desse trabalho.

Portanto, o objetivo geral é investigar se há suporte fático suficiente a estruturar, no ordenamento jurídico, um direito à felicidade, tal qual se enxerga com o direito à liberdade ou o direito à igualdade, por exemplo. A partir do momento em que constatamos que, de fato, essa aspiração ganhou fundamento de validade nos ordenamentos jurídicos, passamos a fazer novas investigações. A primeira delas é no âmbito da jurisdição constitucional, fiados nos ensinamentos da disciplina de Marcelo Figueiredo. Como a jurisdição constitucional tem reagido quanto à proteção da felicidade? Em quais momentos? Quais direitos se associam a este bem? Como é possível, por meio dos tribunais, ampliar a felicidade coletiva?

Vieram da filosofia as acepções quanto à felicidade e a tentativa de identificar suas características mais marcantes para que, então, um conceito ficasse registrado. A razão de ser da investigação filosófica foi a necessidade de abordar a questão de modo interdisciplinar, honrando a tradição da PUC/SP de conciliar Direito a outras áreas do saber. Fizemos a opção pela filosofia, em parte marcado pelas lições do Professor Doutor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, na sua disciplina voltada a *Sistemas Jurídicos.* Boa parte dos ensinamentos filosóficos consistiram em procurar obter sabedoria e, muitas vezes, a busca pela sabedoria consistia na própria busca da felicidade. A filosofia se mostrou rica quanto a esses conhecimentos e provou que todas as premissas sobre as quais ela assentou essa teoria são atuais.

Na parte filosófica, tivemos de percorrer os pensadores clássicos e o fizemos com certo desagrado. Para que pudéssemos tratar de todas as acepções filosóficas acerca da felicidade, teríamos - sem exagero -, de estudar todos os filósofos. Como dissemos, a busca pela sabedoria, ou pela verdade, se confundia com a busca pela felicidade do homem, fazendo com que a doutrina filosófica, na maior parte das vezes, fosse, também, a doutrina da felicidade.

Diante da necessidade de delimitar o âmbito de filósofos estudados, fizemos uma opção. Apreciaríamos aqueles que elaboraram doutrinas diretamente ligadas à felicidade, a exemplo de Epicuro, Sêneca, Cícero, Schopenhauer e das escolas hedonistas e estóicas. Outro critério escolhido foi se voltar para aqueles que, apesar de não terem se dedicado exclusivamente à felicidade, a utilizaram com frequência em seus ensinamentos, a exemplo de Sócrates, Platão e Aristóteles. O critério seguinte foi compreender o pensamento dos discípulos dos filósofos clássicos e identificar se as

primeiras reflexões sobre a felicidade ganharam coro nas doutrinas seguintes. Aqui, aparecem Thomas Hobbes e Friedrich Nietzsche, pela anunciada intenção de se afastarem das ideias platônicas sobre a felicidade. Também trabalhamos Immanuel Kant, pela marca que sua doutrina trouxe de rompimento com as ideias postas até então. Kant trabalha uma acepção inovadora de felicidade, daí termos nos dedicado a expor e compreender suas lições. Por fim, temos Madame du Châtelet, a única mulher contemplada, que enriqueceu o trabalho com a visão feminina de felicidade, uma perspectiva, como veremos, totalmente influenciada pelas suas desventuras no amor, em especial, na sua relação mal resolvida com Voltaire. Não nos esquecemos de tratar das filosofias alemã e escocesa geradas com o iluminismo.

Portanto, admitimos a impossibilidade de percorrer todos os filósofos. Além disso, o desagrado por ter tido de excluir alguns deles que, reconhecidamente, contribuíram para o estudo da felicidade, a exemplo de Santo Agostinho, que não ganhou tratamento condizente com o seu legado. Há uma certa arbitrariedade nesses cortes. Todavia, a razão para isso está na opção de não penetrar as doutrinas acerca da felicidade que abordassem acepções religiosas.

Além de excluirmos as doutrinas religiosas das nossas pesquisas, tivemos de fazer o mesmo no campo da psicologia. Da mesma forma, com desagrado. Nesse campo contamos com as importantíssimas contribuições de Daniel Kahneman, Prêmio Nobel. Todos os seus ensinamentos contribuiriam muito para o desenvolvimento crítico da teoria d felicidade, mas por razões de estruturação do conteúdo, tivemos de optar por não realizar incursões teóricas nos campos psicológicos, limitando-nos a compreender as conclusões das pesquisas sobre a felicidade dos povos trazidas no trabalho. Martin Seligman, outra fonte especial de conhecimento sobre a felicidade na esfera psicológica, nos serviu de base, por trazer várias pesquisas e por se debruçar sobre elas. Portanto, mesmo reconhecendo o valor dos estudos de Kahneman, tivemos de deixá-lo de fora em razão de opção conteundística.

A segunda parte do trabalho, composta pelos capítulos dois e três, trata do movimento utilitarista, segundo o qual a razão de ser das decisões públicas é a maximização da felicidade do maior número de pessoas com a conseqüente redução das dores. Esses capítulos investigam a origem, desenvolvimento e adaptação do movimento utilitarista, apontando o refinamento que essa doutrina passou ao longo do tempo, saindo de uma visão ortodoxa proposta por Jeremy Bentham (capítulo dois) até chegar a Stuart Mill (capítulo três), que introduziu elementos à doutrina, aproximando-a

do que hoje convencionou-se chamar de teoria dos direitos fundamentais. Em Mill encontramos também a diferenciação quanto à qualidade dos prazeres. Após conhecermos as premissas do movimento utilitarista, podemos perceber que muitas vezes a jurisdição constitucional brasileira exercida pela Suprema Corte se vale de ideias utilitárias, conferindo a elas o nome de proporcionalidade-razoabilidade. Nesses dois capítulos discorremos sobre Jeremy Bentham. Na sequência, trazemos as críticas que a literatura especializada faz às suas ideias. Quando tratamos dessas críticas, quem aparece é John Stuart Mill, um aliado de primeira hora que, posteriormente, se propõe a revisitar a doutrina benthamista e o faz com perfeição. Também trazemos as críticas de filósofos contemporâneos, a exemplo de Michael Sandel, Amartya Sen e John Rawls. Para não ficarmos somente na crítica, trouxemos as lições do economista Richard Layard, um entusiasta do utilitarismo.

Os capítulos referentes ao utilitarismo são atuais para o tema da jurisdição constitucional. Há a presença das ideias utilitaristas em várias decisões da Suprema Corte, a exemplo da jurisprudência dos crimes de bagatela e, também, do célebre julgamento da constitucionalidade das políticas de cotas. Há o desenvolvimento de ideias utilitaristas, ainda, no julgamento das uniões homoafetivas e na constitucionalidade da Marcha da Maconha. Vimos que a jurisdição constitucional realiza distinções entre os prazeres e o faz com base na Constituição Federal. Essa ideia tem fundamento teórico em John Stuart Mill que, mesmo criticado, persistiu na elaboração de distinções entre os chamados prazeres nobres e os prazeres perversos. Como já tínhamos apreciado as doutrinas filosóficas da felicidade, notamos que essa distinção aparece nos clássicos, a exemplo de Aristóteles. No trabalho, essas distinções quanto à qualidade dos prazeres aparecem no capítulo dezessete – A Jurisdição Constitucional e o Direito à Felicidade quanto às Preferências Legítimas -, no qual trabalhamos três casos: “Briga de Galos”, “Farra do Boi” e “Chacina de Matupá”. Estudar o utilitarismo de Stuart Mill possibilitou abrir uma porta para o constitucionalismo contemporâneo se aliar ao utilitarismo, a partir do momento em que se compreende a existência dos direitos fundamentais a serem resguardados pela jurisdição constitucional. Contrapondo a falsa premissa de que no utilitarismo, para a maximização da felicidade, valeria tudo, percebemos que Mill aproxima-a do respeito aos direitos fundamentais, possibilitando trabalhar essa doutrina como *telos* da decisão judicial diante de colisões ocorridas no âmbito dos direitos fundamentais.

O estudo, análise e compreensão do utilitarismo, trouxe elementos importantes ao trabalho e aproximou a teoria da felicidade do constitucionalismo e da jurisdição constitucional contemporâneas. Não seria exagero afirmar que é no utilitarismo que encontramos o fundamento de validade da utilização, pela jurisdição constitucional, da felicidade como *ethos* hermenêutico.

O capítulo quatro trata dos resultados empíricos decorrentes de pesquisas sobre a felicidade que podem auxiliar o exercício da jurisdição constitucional pelo fato de fornecerem, ao julgador, informações sobre o impacto da decisão na felicidade coletiva, que podem ser considerados, caso o juiz entenda por bem, para a formação da sua convicção, realizar reflexões consequencialistas.

Nessa parte do trabalho, depois de apresentarmos a doutrina clássica de Richard Easterlin, nos guiamos pelas pesquisas de Carol Graham, que nos fornece substanciosos resultados sobre a felicidade dos povos mundo afora. Graham constitui o ponto mais importante, pois sua contribuição ao estudo da felicidade, por meio das pesquisas, propiciou que comparássemos suas conclusões com o exercício atual da jurisdição constitucional no Brasil. Trabalharemos os números da felicidade no ocidente, analisando, também, pesquisas feitas em nosso país. Algumas conclusões surgem. Uma delas é que a comparação é um fator desestabilizante para a felicidade. Outra é que o desemprego é destrutivo sob múltiplos aspectos, não somente pela ausência da renda.

Assim, com o acesso às pesquisas sobre a felicidade, podemos trazer seus resultados para o âmbito do direito constitucional e identificar como a jurisdição tem tratado das questões reputadas impactantes à felicidade coletiva.

O capítulo cinco – *A Deturpação do Discurso da Felicidade no Reino do Butão* - , traz um alerta importante. Ele trata do risco de utilização paternalista da teoria da felicidade como instrumento de inibição de direitos e de erosão da autonomia da vontade. Nada obstante reconheçamos que a felicidade é uma bandeira universal imersa no rol dos direitos fundamentais, cujo resguardo é dever do constitucionalismo, não acreditamos que seja dever do Estado criar a sua própria pauta da felicidade baseada nos padrões morais das autoridades. Isso seria um voluntarismo incompatível com as premissas aqui defendidas.

Para ilustrar, trabalhamos o caso do Reino do Butão, o pequeno país da cordilheira do Himalaia que alçou a felicidade como meta constitucional, chegando a criar o índice Felicidade Nacional Bruta, em substituição ao Produto Interno Bruto. Com uma constituição repleta de menções à felicidade, o Butão alçou a felicidade à

finalidade primeira do Estado. Todavia, para alcançar esse objetivo, maculou direitos fundamentais, oprimiu minorias, negou direitos, limitou a liberdade de expressão, afastou a diversidade religiosa e o direito de ir e vir e pôs fim à autonomia da vontade. Do ponto de vista econômico e social, o país experimentou um *boom* positivo, com crescimento em todos os indicadores sociais e um distanciamento quanto ao Nepal, país alvo da sua indiferença. Todavia, no que diz respeito aos direitos fundamentais, o que se viu foi uma sistemática ação para minimizá-los.

O capítulo cinco é importante, portanto, para situar a diferença entre "considerar" os indicadores de felicidade como elementos norteadores das decisões públicas e "impor" ideias pré-concebidas de felicidade por meio de decisões públicas.

Os capítulos seis, sete e oito, tratam, respectivamente, da Independência dos Estados Unidos, da Revolução Francesa e da Independência do Brasil, abordando as conexões desses movimentos com a felicidade. É a parte fortemente histórica da tese, já que o título fala de "História, Teoria, Positivação e Jurisdição". Os documentos consultados por nós, a exemplo da própria Declaração de Independência dos Estados Unidos, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão na França e várias manifestações de Dom Pedro no Brasil, deixam claro: a felicidade era o grande projeto constitucional. Os ideais lançados em muitos documentos do período apontam a felicidade como finalidade derradeira do projeto de vida coletiva guiada por uma Constituição. Compreendemos que foi nos braços da poesia iluminista, dotada de forte vigor filosófico, que a felicidade surgiu com toda a sua força e, naturalmente, com todas as suas indefinições conceituais. Mesmo assim, é importante que saibamos que esse foi o marco do constitucionalismo do século XVIII, que chegou a fixar que a felicidade era a finalidade do Estado.

A partir dessa constatação, fica a pergunta: se o constitucionalismo visava a felicidade, em que momento esse divórcio se deu? Ou melhor: será mesmo que esse divórcio ocorreu?

Os capítulos nove e dez apresentam, ainda numa perspectiva histórica, os dois modelos tradicionais de jurisdição constitucional: o norte-americano e o europeu continental. Eles abrem uma nova porta do trabalho. Até o momento tivemos de desenvolver as ideias em torno da felicidade e suas conexões com o constitucionalismo. Só a partir desse capítulo entendemos que a felicidade estaria com todas as suas nuances expostas, possibilitando que passássemos para o constitucionalismo, sua dogmática e, então, para a jurisdição constitucional. Foi o que fizemos.

O capítulo onze – A Dogmática do Direito à Felicidade: Contexto -, apresenta o constitucionalismo contemporâneo e suas principais marcas, passando para as acepções sobre as constituições. Em seguida, ingressa no importante universo dos direitos fundamentais, abordando, em tópico específico, a necessidade de proteção das minorias e a relação dessa proteção com a felicidade coletiva. Também trata da visão contemporânea de Estados Constitucionais. Ao final, discorre sobre a importante relação entre o positivismo e o direito à felicidade.

No capítulo doze – *Direito Amplo à Felicidade e seus Desdobramentos* -, temos a apresentação de um conceito de direito amplo à felicidade, que se desdobraria em algumas espécies. São elas: (i) direito à busca da felicidade (perspectiva liberal); (ii) direito prestacional à felicidade (perspectiva positiva); (iii) vedação a prazeres perversos (conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana); e (iv) felicidade como *telos* da decisão judicial. O capítulo apresenta conceito e características do direito à felicidade, além de trazer objeções e respostas necessárias à continuidade do debate. Esclarece, ainda, que direito à felicidade não é o mesmo que "mínimo existencial", nem que "Estado do bem-estar social". Ao final, percorre a Constituição Federal de 1988 relacionando-a com a proteção ao direito à felicidade.

Os capítulos treze, quatorze e quinze fazem testes ao conceito de direito à busca da felicidade, que seria a necessária abstenção do Estado e dos particulares quanto aos planos individuais racionais de execução de pacotes voltados à satisfação de preferências ou desejos legítimos. Lançadas as bases conceituais desse tipo de direito à felicidade, passa-se a investigar qual o tratamento jurisprudencial tem lhe sido conferido em três países: Estados Unidos, Coréia do Sul e Brasil. É uma vertente fundamental para o trabalho que se distancia das esferas estudadas até aqui.

Dizer que a felicidade é o objetivo do constitucionalismo e que, por tal razão, a jurisdição constitucional deve considerá-la, é uma coisa. Outra coisa é tentar identificar o que viria a ser o direito à busca da felicidade e qual o reconhecimento que a jurisdição constitucional lhe tem dado. Essa última visão constitui o objetivo do capítulo. Passamos a investigar os desdobramentos desse direito quando confrontado por meio da jurisdição constitucional nos Estados Unidos. Pelo fato de a Constituição da Coréia também trazer o direito à busca da felicidade e de isso ter inspirado a crítica especializada desse país, conheceremos os julgamentos cuja invocação a esse direito despertou intensa crítica na doutrina, a exemplo dos casos sobre adultério, suspensão do indiciamento criminal de promotor, limitações de instalações desportivas e o caso da

venda de *Soju.* Ao final, passamos ao Brasil, discorrendo sobre os casos nos quais a jurisdição constitucional exercida pela Suprema Corte fez menção ao direito à busca da felicidade. A conclusão, no caso brasileiro, é que até agora o que temos, em verdade, é o reconhecimento do direito à busca da felicidade como algo além de um mero *obter dictum*, incorporando-se, ao lado de outros fundamentos, à *ratio decidendi* de julgamentos do Tribunal. O importante desse capítulo é a identificação constitucional do direito à busca da felicidade e o tratamento que a jurisdição constitucional lhe deu. A exemplo do que o século passado fez com a dignidade da pessoa humana, a busca da felicidade começa a se espalhar por várias constituições mundo afora e, consequentemente, passa a ser alvo de consideração da jurisdição constitucional. Daí a necessidade dos estudiosos se debruçarem sobre todas as premissas que cercam esse direito, numa tentativa de identificar exatamente de qual roupagem ele se reveste. Acreditamos que o que a dignidade da pessoa humana representou para as discussões constitucionais no século XX, a felicidade representará no século XXI. Além do direito a uma existência digna, a humanidade tem o direito de ter uma existência feliz.

O capítulo dezesseis – *A Jurisdição Constitucional e o Direito Prestacional à Felicidade: A Experiência Brasileira* -, apresenta um teste ao conceito de direito à felicidade na sua matriz positiva, ou seja, a necessidade de o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos racionais de realização de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos (políticas públicas) que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo. O teste foca em um tipo de intervenção estatal: o direito à saúde. Trabalharemos o caso dos tratamentos aos soropositivos.

O capítulo dezessete – *Jurisdição Constitucional e o Direito à Felicidade Quanto às Preferências Legítimas* -, realiza testes quanto o conceito de vedação a prazeres perversos. Guiado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pela matriz teórica de Stuart Mill (que tem inspiração aristotélica), o capítulo aborda dois julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, aos quais, a Corte traçou distinções entre tipos de prazeres. Falaremos dos casos: "Briga de Galos", "Farra do Boi" e "Chacina de Matupá".

O capítulo dezoito fala do *Direito à Felicidade como Liberdade*. Ele também se guia pela matriz teórica de Stuart Mill e trata de seus conceitos submetendo-os aos

testes em dois julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal: o plebiscito da divisão do Estado do Pará e a Marcha da Maconha.

O capítulo dezenove traz como pergunta inicial: diante de uma aparente colisão de direitos fundamentais, pode, o julgador, estabelecer como *telos* da decisão a ser proferida, a maximização da felicidade coletiva? Se sim, seria esse um critério confiável? Haveria racionalidade nele? Em que ele se distinguiria da ideia de proporcionalidade ou razoabilidade? A partir desses questionamentos começamos a compreender o fenômeno da colisão de bens e o fazemos seguindo o marco teórico de Robert Alexy. Ao ingressarmos na jurisprudência do STF, percebemos que a proporcionalidade tem sido utilizada afastada de critérios, fazendo com que Eros Grau teça críticas à maneira pela qual o Tribunal tem se valido para usar a fórmula de sopesamento. Em seguida, passamos a explicar de que forma a felicidade pode ser utilizada como *telos* para alcançar a melhor resposta diante dessa colisão. Para ilustrarmos os ensinamentos teóricos, optamos por testar as premissas apresentadas no julgamento da constitucionalidade das políticas de cotas para ingresso nas instituições públicas de ensino superior. Também abordaremos os argumentos utilitaristas empregados na jurisdição constitucional com a construção da jurisprudência dos crimes de bagatela. Faremos o mesmo com a Marcha da Maconha e com o caso relativo às uniões homoafetivas. Perceberemos que o que se convencionou chamar de ponderação pelo critério de proporcionalidade e razoabilidade, na verdade não passa da utilização de raciocínios utilitaristas.

O último capítulo, vinte, aborda tema que não é de exclusiva utilização da jurisdição constitucional. Ele fala dos critérios para mensuração da indenização em razão de danos e, nesse particular, introduz o conceito de *danos hedônicos*. Há uma razão para esse assunto ter aparecido num trabalho voltado para o direito constitucional. É que o teste de suas premissas teóricas foi feito num caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal que, apesar de não ter atuado no exercício da competência privativa de jurisdição constitucional abstrata, nem mesmo no exercício da jurisdição constitucional concreta, o fez como instância recursal. Ainda assim, o teste pôde ser feito pelo fato de a Corte ter apreciado o caso utilizando fundamentos constitucionais. O Ministro Celso de Mello, ao votar, invocou o direito à busca da felicidade. Portanto, como estamos tratando de um caso apreciado pela Suprema Corte, com fundamentos constitucionais e invocação ao direito à busca da felicidade, entendemos ser adequado para introduzir a discussão quanto aos *danos hedônicos.*

É importante destacar que não apresentamos um capítulo tão denso, quanto a esse assunto, como fizemos nos demais. Tanto pelo fato da escassez de literatura nacional a respeito, como pela presença tímida do tema na jurisdição constitucional estrangeira, não tivemos combustível para abordar o assunto com extensão. Todavia, não podemos dizer que não o fizemos com profundidade. A investigação se concentrou nos referenciais jurisprudenciais e teóricos norte-americanos. E, ao arrastar a ideia para o Brasil, tentamos formular indagações quanto ao ordenamento e jurisprudência nacionais. O caso Marcos José foi escolhido por fornecer fatos importantes no que diz respeito à omissão do Estado e a consequente responsabilização dos agentes públicos. A pergunta foi: agentes públicos podem ser responsabilizados por trazerem, pela sua omissão, infelicidade às pessoas? A resposta foi afirmativa. É sobre isso que tratamos na parte final do trabalho. Falaremos sobre danos hedônicos, uma nova hipótese do dano geradora de reparações pecuniárias.

Nesses capítulos apresentamos a tese de doutoramento construída sob a orientação do Doutor Marcelo Figueiredo no programa de pós-graduação *strictu sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pretendemos responder aos questionamentos gerais e específicos lançados no nosso projeto de pesquisa. Para isso, nos valemos de vários marcos teóricos, cada um na sua área. A intenção é finalizar um trabalho acerca do constitucionalismo contemporâneo e suas conexões com a felicidade, pretendendo, com isso, oferecer à comunidade proposição com viés científico que se consolide a cada novo teste a que for submetida.

1.0 A FILOSOFIA E A FELICIDADE

1.1 Como os Filósofos se Envolveram com a Felicidade

A filosofia fornece importantes marcos teóricos para o estudo da felicidade, razão pela qual dificilmente se elaboraria um bom trabalho sem que ela fosse consultada. São milênios de debates dedicados à felicidade. Não seria inteligente abrir mão dessa fonte informativa e, de certo modo, soaria presunçoso supor que a filosofia nada teria a oferecer para uma discussão desse relevo.

Tentaremos conhecer as manifestações de vários filósofos e escolas filosóficas sobre o que seria a felicidade. Nada obstante tenhamos um bom número de estudiosos em análise, não podemos dizer que se trata de um rol exaustivo. A filosofia muitas vezes se confunde com a própria busca pela felicidade, razão pela qual teríamos de estudar todos os filósofos para que esgotássemos o assunto nessa perspectiva.

Entendemos por bem nos dedicarmos aos filósofos clássicos. Não podemos falar de felicidade sem conhecer Epicuro, Aristóteles, Platão ou Sócrates. Escolhemos aqueles cujas obras tenham se voltado em maior intensidade para os debates em torno da felicidade. Fizemos isso tendo a consciência de que outros nomes de peso ficarão de fora, uma vez que a busca pela felicidade muitas vezes equivale à própria busca da sabedoria e, assim, todas as obras filosóficas contêm ensinamentos úteis à teoria da felicidade. Segundo André Comte-Sponville, "expor as doutrinas filosóficas sobre a felicidade parece constituir um ato de salubridade pública"[1].

No debate sobre a felicidade surge a indagação quanto à possibilidade de estabelecer uma medida para definir quando se é muito, ou pouco, feliz ou, até mesmo, quando a felicidade estaria num nível desejado. Platão e Epicuro caminharam nessa trilha. No século XIX foi a vez de Jeremy Benthan abraçar essa tentativa.

Em português, "felicidade". Em inglês, *happiness.* Em grego, *eudamonia*. Aristipo usou da palavra 'fim'. Para Aquino, *beatitudo*. Em Thomas Hobbes, *felicity*. Santo Agostinho chamava de *felicitas.* Se associarmos felicidade ao bem-estar, como os economistas contemporâneos e as Constituições brasileiras fizeram, podemos compreendê-la como os melhores momentos da vida humana. Platão assim o fez em *A República* e também no seu *O Banquete*. Aristóteles o faz quando cuida da chamada

[1] BOSCH, Philippe van den. A filosofia e a felicidade. Tradução Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 13.

vita contemplativa. Para Aristóteles, a vida filosófica é a mais feliz e o homem sábio não persegue o que é agradável, mas, sim, a ausência de dor[2].

Sêneca alertou: "Nunca serás feliz enquanto te atormentares porque outro é mais feliz". Como veremos, essa afirmação tem sido comprovada por meio de pesquisas mostrando que a comparação com a felicidade alheia traz infelicidade.

Boécio, sentado em uma cela à espera da morte, escreveu *Consolação Filosófica*, em que a personagem "Rainha Filosofia" o ajuda a passar o tempo. Ironizando o sofrimento de Boécio, ela pergunta: "Você realmente se apega a esse tipo de felicidade que está destinada a terminar?"[3].

Erasmo escreveu, em *Elogio da Loucura*, que "a felicidade consiste em estar disposto a ser o que você é"[4].

René Descartes diferencia o bem supremo - uma condição da vontade do ser humano - da felicidade que surge quando o alcançamos. Para ele, "a felicidade não é o bem supremo, mas o pressupõe, sendo o contentamento ou satisfação da mente que resulta do possuí-lo"[5].

Pascal, no século XVII, confessa ter aprendido com Santo Agostinho que alcançar a felicidade a partir das coisas exteriores corresponde a viver dominado pelo medo de ver essa felicidade ser destruída por fatores afastados do nosso domínio[6].

Freud dizia que as pessoas "lutam pela felicidade; querem tornar-se felizes e assim permanecer"[7].

Segundo Goethe "a personalidade é a felicidade suprema"[8].

---

[2] Ética a Nicomano, X, 7-9. Também VII, 12, 1152b 15-16.

[3] De consolatione philosophiae (A Consolação filosófica).

[4] O Elogio da Loucura foi escrito em 1509 por Erasmo de Roterdã e publicado em 1511. É considerado um dos mais influentes livros da civilização ocidental e um dos catalisadores da Reforma Protestante. A citação pode ser encontrada na página 14 da versão em português disponibilizada em: http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/elogio.pdf.

[5] DESCARTES, René. The Philosophical Writings of Descartes, 261. Volume: 2. Translated by: John Cottingham, University of Reading.

[6] A citação é do filósofo André Comte-Sponville, na sua "A mais bela história da felicidade: a recuperação da existência humana diante da desordem do mundo". André Comte-Sponville, Jean Delumeau, Arlette Farge. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Difel, 2010. Tradução de: La plus belle histoire du bonheur, p. 11.

[7] FREUD, Sigmund (2005) Civilization and its Discontents (Unbehagen in der Kultur, 1930). Ed. James Strachey. New York, Norton, p. 25.

[8] GOETHE, Divã ocidental-oriental, VIII, 7 (Livro de Suleika). Goethe amou sua irmã mais nova, Cornélia, em segredo. Em sua autobiografia, registrou: "[Ela me garantiu] que eu era o único que realmente a amava, entendia e estimava. [..] Estamos infinitamente infelizes, e tanto mais porque, neste caso específico, os confidentes não poderiam se transformar em amantes". SHAFFER, Andrew. Os grandes filósofos que fracassaram no amor. Tradução: Marcelo Barbão. São Paulo: Leya, 2012, p. 88.

Madame du Châtelet falava que não vale a pena tolerar a vida se a ausência de dor for o único objetivo. "É, portanto, preciso empenhar-se em ser feliz" – disse[9].

Para Hegel, "a felicidade é a representação confusa da satisfação de todos os impulsos, os quais, porém, são inteira ou parcialmente sacrificados e (preteridos uns aos outros)". Ele afirma que "sua limitação mútua, por um lado, é uma mistura de determinação qualitativa e quantitativa; por outro lado, já que a inclinação é uma base subjetiva e imediata para a determinação, são...o sentimento subjetivo e o bom prazer que devem (ser decisivos)"[10].

Montaigne viu "cem agricultores mais sábios e mais felizes que reitores de universidades"[11], todavia, defendia uma falta de emoção a ponto de se deparar com a morte e não se assustar. Essa visão fez Madame du Châtelet – que amava Voltaire -, afirmar que se opunha "vigorosamente a Montaigne", pois seria irreflexão envenenar com essa ideia triste e humilhante "uma parte do pouco tempo que temos para viver, a fim de tolerar com maior paciência um momento que as dores corporais tornam sempre muito amargo, malgrado nossa filosofia"[12]. Voltaire, por sua vez, afirmou que "a felicidade é apenas um sonho, e a dor é real"[13].

Bertrand Russel viu na paternidade alegria maior do que qualquer outra[14]. Ele disse haver dois tipos de felicidade: a simples e a refinada: Russel afirma: "Talvez a maneira mais simples de descrever a diferença entre os dois tipos de felicidade seja dizer que um tipo é aberto a qualquer ser humano, e o outro só para os que sabem ler e escrever". Ele prossegue: "o segredo da felicidade é este: deixem seus interesses serem

---

[9] DU CHÂTELET, Gabrielle Emilie Tonnerlier de Breteuil, Marquêsa. Discurso sobre a felicidade. Tradução de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 14.

[10] HEGEL, G. W. F. (1990) Encyclopedia of the Philosofical Sciences in Outline (1817). Trad. Steven A. Taubenek. New York, Continuum, § 396. Quanto ao casamento, em conversa que manteve com sua irmã, Hegel afirmou que não tinha por objetivo a felicidade, mas "estar contente". Schopenhauer se referia a ele como o "último monumento da estupidez alemã". SHAFFER, Andrew. Os grandes filósofos que fracassaram no amor. Tradução: Marcelo Barbão. São Paulo: Leya, 2012, p. 95.

[11] MONTAIGNE, Michel de. The Complete Essays (Penguin Classics) [Paperback]. M. A. Screech (Editor, Translator, Introduction), p. 365.

[12] DU CHÂTELET, Gabrielle Emilie Tonnerlier de Breteuil, Marquêsa. Discurso sobre a felicidade. Tradução de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 19.

[13] Letter to M. le marquis de Florian, Verney (16 March 1774), from Oeuvres Complètes de Voltaire: Correspondance [Garnier frères, Paris, 1882, ed. Georges Bengesco], vol. XVI, letter # 9067 (p. 583).

[14] RUSSEL, Bertrand. The conquest of happiness (Nova York: Liveright, 1930), p. 153. Bertrand Russel foi filósofo, lógico, matemático, reformista social e historiador. Ganhou o Prêmio Nobel de Literatura em 1950. Casou-se quatro vezes, chegando a dizer: "talvez o divórcio cause menos infelicidade que qualquer outro arranjo, mas não sou capaz de ser dogmático quando se trata de casamento". Morreu aos 98 anos. SHAFFER, Andrew. Os grandes filósofos que fracassaram no amor. Tradução: Marcelo Barbão. São Paulo: Leya, 2012, p. 147.

os mais amplos possíveis, e deixe suas reações às coisas e pessoas que lhe interessam serem ao máximo possível amistosas e não hostis".

Ludwig Wittgenstein, "à beira da morte, sozinho em um sótão de Ithaca, Nova York, falou para a proprietária: 'Diga a eles que está sendo maravilhoso!'"[15].

Alexander Pope registrou a refletir poeticamente sobre a felicidade:

> Oh, felicidade! Fim e meio que nos consome!
> Bem, Prazer, Alívio, Alegria. Seja lá qual for teu nome:
> Aquele algo mais que causa eternas nostalgias,
> Pelo qual se suporta a vida ou se ousa chegar ao fim dos dias,
> Tão próxima, mas que não se deixa domar,
> Incóspua ou vista em dobro pelo tolo e por quem não se deixa enganar[16]

Eis uma mostra de como a felicidade compõe a biografia de filósofos que integraram o rol dos interessados em desvendar os enigmas dessa bandeira universal que percorreu milênios sem sucumbir. A partir de agora vamos conhecer algumas das mais importantes doutrinas filosóficas da felicidade. Começaremos com Sócrates.

1.2 Sócrates: Vida Feliz é a Vida Virtuosa

No século V antes de Cristo a Grécia passou por uma revolução do pensamento filosófico liderada por Sócrates[17]. Daí, a maior parte das filosofias gregas passou a ser considerada como da felicidade e dos eudemonismos (*eudamonia* = felicidade).

---

[15] A citação é de Martin Seligman, no seu "Felicidade autêntica: usando a nova psicologia positiva para a realização permanente". Tradução Neuza Capelo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 26.

[16] Alexander Pope (An Essay on Man. In The Poems of Alexander Pope, John Butt (org) (Yale University Press, 1963), Epistle IV, 536.

[17] Sócrates nasceu em Atenas em 469 a.C., filho de um escultor e de uma dona de casa. Tinha nariz curto e achatado, olhos esbugalhados, sobrancelhas grossas, boca grande e carnuda, era barbudo, calvo e de corpo atarracado. Ele vagava pelas ruas de Atenas conversando com estranhos sobre filosofia. Permaneceu solteiro até os 60 anos de idade. Para Xenofonte, Sócrates era insensível e insignificante. Para Hegel, tratava-se de figura central no fluxo da história do mundo. Nietzsche, ao escrever A Gaia ciência, diz tratar-se de um monstro zombeteiro. Em 399 a.C., foi julgado por corromper a juventude de Atenas com a filosofia. Sócrates rejeitou a proposta de pedir misericórdia e prometeu que continuaria a praticar sua filosofia mesmo que declarado inocente. O júri o condenou à morte. Ele bebeu cicuta e morreu. Cf. COHEN, Martin. Casos filosóficos. Tradução de Francisco Innocêncio. Ilustrações de Raúl Gonzáles. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012, p. 26. SHAFFER, Andrew. Os grandes filósofos que fracassaram no amor. Tradução: Marcelo Barbão. São Paulo: Leya, 2012, p. 13. Nietzsche, Friedrich Wilhelm. A gaia ciência; tradução Paulo César de Souza. — 1a ed. — São Paulo : Companhia das Letras, 2012.

Sócrates fez com que a felicidade passasse a ser tratada filosoficamente como um bem soberano, além de delimitar seu escopo: determinar o significado de vida boa. A vida boa é a vida mais feliz e mais virtuosa.

O personagem platônico *Philebus* representou a posição hedonista de *Eudoxus*. *Protarchus* é trazido por Sócrates para rejeitar essa postura dizendo: "a busca pelo prazer colore o prazer em si, e o prazer de filosofar não equivale, qualitativamente, ao prazer da comida e do sexo"[18]. Tanto da leitura de Cícero – como veremos adiante -, como a de Sócrates, percebe-se a distinção entre prazeres virtuosos e os prazeres vulgares. Na passagem acima, realça-se o prazer decorrente da prática de filosofar e coloca-se num segundo patamar o prazer da comida e do sexo. Essa diferenciação é importante, porque abre espaço para o que mais adiante a filosofia chamará de prazeres perversos, que seria uma deturpação dos prazeres vulgares.

Sócrates introduz a reflexão como elemento integrador da felicidade. Em *Apologia*, ele discursa perante o júri ateniense que o condenou pela acusação de que ele havia desrespeitado as leis da cidade e os deuses tradicionais e corrompido a juventude ateniense. Defendendo a liberdade de pensamento e o caráter crítico da filosofia, Sócrates afirma: "a vida sem reflexão não vale a pena ser vivida"[19]. Qualquer definição de felicidade que excluísse a reflexão seria inadequada. Todavia, nos seus *Diálogos*, Sócrates deixa claro que inseri-la no conceito de felicidade não é tarefa simples.

Sócrates girou seu raciocínio para a virtude, afastando-a do prazer. A deferência conferida à virtude assume especial relevo, pois impede, por exemplo, que um homem cruel seja feliz, nada obstante ele possa sentir prazer. A vida retilínea teria mais importância do que as sensações de saciedade que um dado comportamento pudesse trazer. O gozo resultante de uma postura que acarretava prazer só poderia ser considerado felicidade a partir do momento em que estivesse atrelado à virtude. Caso contrário, seria qualquer coisa, menos felicidade.

Talvez seja essa a primeira manifestação quanto aos tipos de prazeres, uma diferenciação seminal que irá se repetir. A sua relevância se dá pelo fato de podermos eliminar da nossa consideração de felicidade alguns tipos de prazeres. A partir do momento que se compreende que nem tudo o que dá prazer corresponde à felicidade, podemos dissociar condutas sádicas ou perversas as quais, nada obstante tragam

[18] Plato. The tragedy and comedy of life: Plato´s Philebus. Traduzido e com comentários de Seth Bernadete, p. 100.
[19] Platão (427-347 a.C.), Apologia, p. 38a.

satisfação, não contribuem para o alcance da verdadeira felicidade. O papel de Sócrates, portanto, não pode ser negligenciado.

1.3 O Hedonismo: Satisfaçam os Vossos Desejos

O hedonismo transita no cerne do prazer e da satisfação dos desejos. Recorda-se, aqui, das considerações de Oscar Wilde, para quem havia dois tipos de tragédias na vida: não conseguir satisfazer todos os desejos e conseguir satisfazer todos os desejos[20].

O *hedonismo quantitativo*, por ser sistemático e teórico, possibilitaria a medição "do valor de todas as coisas que experimentamos e fazemos e a extensão da sua contribuição para a nossa felicidade". Ele busca saber a "quantidade de prazer". Jeremy Bentham foi adepto do hedonismo quantitativo. Há o *hedonismo psicológico*, que descreve como os seres humanos deliberam, segundo o qual "todo mundo, na verdade, almeja apenas o prazer como objetivo final, na medida em que saiba como consegui-lo". Por fim, o *hedonismo racional*, que faz uma afirmação sobre como os seres humanos deveriam deliberar, reputando racional todos agirem assim[21].

O hedonismo ganhou vigor com os ensinamentos do filósofo grego, de família rica, Aristipo de Cirene (435-366 a.C.), discípulo e amigo de Sócrates e fundador da escola cirenaica de filosofia, situada onde hoje é o nordeste da Líbia. Ele foi um dos poucos que estavam presentes quando Sócrates bebeu a cicuta.

Defendendo a falta de qualquer tipo de estruturação dos desejos ou objetivos, ele se afasta do uso da palavra "felicidade", pois ela teria a condição, estabelecida por teorias filosóficas, como a de Platão, de uma estrutura organizada de satisfações. Em vez de felicidade, Aristipo usa "fim". Contrapondo Platão, ele defende que uma pessoa podia ser livre de desejos superiores e que tal pessoa era mais feliz do que aquelas que supervisionam, controlam ou filtram os seus próprios objetivos". Para ele, o nosso fim é diferente da felicidade, pois corresponde a prazeres específicos, ao passo que a felicidade é uma estrutura de prazeres específicos incluindo prazeres passados e futuros.

Aristipo passa a diferenciar o que ele chama de "prazer específico" da própria felicidade: "um prazer específico é digno de escolha por si; felicidade não é digna de

[20] A citação é de BOSCH, Philippe van den. A filosofia e a felicidade. Tradução Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 25.
[21] As considerações sobre as várias formas de hedonismo vêm de WHITE, Nicholas. Breve história da felicidade (A brief history of happiness). Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Edições Loyola. 2009, p. 68.

escolha por si, mas pelos prazeres específicos". O fim do ser humano seria o prazer, uma vez que, "desde a infância, somos atraídos para ele sem termos escolhido de antemão e que, assim que o obtemos, não buscamos nada adicional, e não evitamos nenhuma coisa dessa maneira, exceto o seu contrário, a dor"[22].

O movimento hedonista se mostrou envolvente ao seu tempo, a ponto de os filósofos que dele não eram adeptos terem constrangimento em afirmar isso em público. Pareceu incontestável a premissa segundo a qual o prazer seria a medida do valor de todas as coisas em comparação com todas as outras coisas[23].

1.4 Platão: A Felicidade na Harmonia

Em *Apologia*, Platão explica que a única felicidade é descobrir o que é a verdadeira virtude e praticá-la[24]. Ele se aproxima das ideias socráticas. Colocando de lado a tendência de ofertar várias possibilidades conceituais, defendia que felicidade deveria ser uma harmonia de objetivos. Caso contrário, "nenhuma descrição inteligente dela pode ser dada". Daí Platão afirmar que "o propósito na articulação do conceito de felicidade é oferecer orientação à pessoa".

A harmonia da personalidade, como porta de entrada para a felicidade, tem duas vertentes: i) formal; ii) substancial. Pela perspectiva formal, quem conduz é a razão e organização de objetivos. Pela substancial, "a razão é a parte que se envolve na filosofia racionalista e busca nela orientação sobre como organizar os nossos objetivos". Um exemplo seria os apetites corporais, constituintes de fatores desestabilizantes, enquanto o auto-controle deveria ser estimulado. Só seria feliz que houvesse conseguido harmonizar as partes da sua personalidade, formando uma unidade, estabelecendo um homem em vez de muitos, com controle próprio e uníssono. A ideia de felicidade em

[22] Diógenes Laércio (1925) Lives of the Philosophers. Trad. R. D. Hicks, Ed. Ver. Cambridge, MA, Harvard University Press, II.88.

[23] A filha de Aristipo, Arete de Cirene, sucedeu o pai como diretora da escola cirenaica, ensinando filosofia natural e moral por três décadas. Escreveu cerca de 40 livros e ensinou uma centena ou mais de filósofos. O epitáfio inscrito em sua tumba diz que ela tinha "a beleza de Helena, a virtude de Tirma, a pena de Aristipo, a alma de Sócrates e a língua de Homero". Cf. COHEN, Martin. Casos filosóficos. Tradução de Francisco Innocêncio. Ilustrações de Raúl Gonzáles. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012, p. 380.

[24] Platão, em A República, considera a velhice como um estágio feliz da vida, pois nela finalmente se aquieta o desejo de possuir mulheres. Morreu em Atenas, aos 81 anos, solteiro, "depois de esbaldar-se no banquete de casamento de um dos alunos". Seu verdadeiro nome era Arístocles. Na escola, foi apelidado de Platon (amplo), por causa dos ombros largos. Tinha acendência aristocrática e havia aprendido poesia e guerra. Retornou a Atenas em 387 para criar a Academia, local de estudo da filosofia considerada como a primeira universidade do mundo. Cf. COHEN, Martin. Casos filosóficos. Tradução de Francisco Innocêncio. Ilustrações de Raúl Gonzáles. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012, p. 30.

Platão é diversa da em Hobbes – como veremos adiante -, que afirma não ser possível encontrar a felicidade numa mente tranqüila. Também se distancia de Nietzsche.

Influenciado pelo marco temporal sobre o qual ergueu sua teoria, na Grécia, Platão focou no autocontrole, na disciplina, na abnegação e no desvio quanto aos excessos, mesmo que prazerosos. Sua teoria da felicidade pareceu sisuda. Ser feliz era fugir do que se supunha levar à felicidade.

Platão, utilizando seu personagem Sócrates para confrontar Cálicles no Górgias, indaga: "Diga-me agora se um homem que tem uma comichão, se coça e pode coçar-se até fartar-se, coçar-se a vida inteira, também pode viver feliz".

Confrontador das ideias de Sócrates, Cálicles defendeu que ser feliz consiste em fomentar as mais fortes paixões e satisfazer mesmo os mais loucos desejos. Pelo raciocínio de Cálicles, como nem todo mundo consegue satisfazer seus desejos, nem dar vazão às suas pretensões, a saída para conter essa explosão natural de desejos seria construir símbolos e discursos moralizadores, numa tentativa de acalmar a mente dos fracassados. O raciocínio de Cálicles é o mesmo de Madame du Châtelet, para quem "os moralistas que dizem aos homens: reprimam suas paixões e controlem seus desejos se quiserem ser felizes, não conhecem o caminho da felicidade". Para a Filósofa, "só se é feliz com os gostos e paixões satisfeitos"[25].

Platão rejeitou a descrição de felicidade formulada em Górgias, segundo a qual seria conseguir qualquer coisa que se quer. Na perspectiva de Górgias, se ele está morrendo de coceira e quer se coçar, deve fazê-lo. Para Platão, o que entra na constituição da felicidade de uma sociedade em relação com a condição das suas partes é diferente do que entra na constituição da felicidade de um indivíduo. A felicidade de um indivíduo, vista isoladamente, muitas vezes diverge do projeto de felicidade coletiva. A partir do momento em que se deixa clara essa distinção, se oferece um instrumental importante para dialogar com o fenômeno da felicidade coletiva. Em seu *A República*, Platão busca conciliar o bem-estar e a justiça de uma cidade-estado (*polis*) com o bem-estar da pessoa, sem, contudo, negligenciar que há diferenças entre ambas.

A distinção acima é fundamental para a compreensão da proposta teórica segundo a qual as investigações empíricas a respeito da felicidade coletiva podem constituir importantes fontes informativas para a decisão pública. A partir do momento que compreendemos que a perspectiva coletiva da felicidade é distinta da noção nutrida

[25] DU CHÂTELET, Gabrielle Emilie Tonnerlier de Breteuil, Marquêsa. Discurso sobre a felicidade. Tradução de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 4-5.

por cada indivíduo acerca do que o faria feliz, poderemos assumir isso como verdade e partir para uma nova etapa na aproximação entre a teoria da felicidade e as decisões públicas. Uma coisa é tentar suprir cada desejo íntimo contido na mente do indivíduo, outra é, diante de respostas acerca de fatos determinados, tais como se a democracia faz a pessoa se sentir feliz ou infeliz, o Estado iniciar suas discussões, sabendo que há, ali, uma opção que causa mais felicidade e menos dor e outra que traz mais dor e menos felicidade aos envolvidos. Hans Kelsen, lembrando os ensinamentos de Platão, disse: "o justo, e apenas o justo, é feliz; ou temos de conduzir os homens a crer nisso"[26].

Em *O Banquete*, as discussões se iniciam com o discurso de Fedro, que, descrevendo Eros, o tem como "o mais antigo, venerável e honrado dos deuses, concebendo-o [também] como detentor de suma autoridade para prover aos seres humanos vivos e aos que chegaram ao fim, virtude e felicidade"[27].

Ao ouvir Fedro, Erixímaco concluiu que Eros, se concebido como um todo único, exerce um poder múltiplo e grandioso, um poder total. Quando consumado com um bom propósito, "de maneira moderada e justa, quer aqui na Terra, ou no céu, é um poder ainda maior, absoluto e nos proporciona felicidade plena, nos capacitando a nos unirmos e celebrarmos a amizade, inclusive com o Deus sobre nós"[28].

Aristófanes trouxe uma abordagem diferente da utilizada por Erixímaco e Pausânias. Para ele, os seres humanos não perceberam o poder do amor. Caso tivessem percebido, "teriam erigido templos e altares grandiosos para ele e o honrado grandiosamente com sacrifícios". Aristófanes prossegue afirmando que de todos os deuses, Eros "é o que mais ama os seres humanos; permanece ao lado da humanidade e é o curador daqueles males cuja cura representa a suma felicidade da raça humana". Aristófanes disse ainda que sua referência seria a todos, homens e mulheres igualmente, e o que pretendia dizer era que "o modo de promover a felicidade em prol de nossa raça é conduzir o amor à sua genuína realização; que todos encontrem os jovenzinhos que lhes cabem, de modo a recuperarem sua antiga natureza". Nesse momento, Agaton pediu a palavra: "embora todos os deuses sejam felizes, Eros – sem incorrer aqui em qualquer ofensa à lei divina – é o mais feliz entre todos, isso por ser o mais admirável e

[26] KELSEN, Hans. O problema da justiça. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 65.
[27] PLATÃO. O banquete. Tradução, apresentação e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012, p. 29.
[28] PLATÃO. O banquete. Tradução, apresentação e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012, p. 47.

o melhor"[29]. Mais adiante temos a presença de Diotima, para quem todos os deuses são felizes e belos, além do que, são felizes os possuidores de coisas boas e belas. Para ela, "os felizes assim os são por obterem boas coisas, e é prescindível indagar qual o propósito de ser feliz, quando esse é o propósito"[30].

Platão inicia um debate clássico, que será refinado por quase todas as doutrinas filosóficas seguintes, permitindo que hoje tenhamos elementos teóricos suficientes a serem testados nesse desafio de resgatar os ideais primeiros das grandes revoluções constitucionais voltadas para a felicidade da sociedade. Ao tecer considerações sobre os governantes-filósofos, Platão indagava se o nosso objetivo no estabelecimento dos nossos guardiões deveria ser dar-lhes a maior felicidade ou se, nesta questão, deveríamos atentar para a cidade inteira e ver como a sua maior felicidade deve ser assegurada. Persuadindo auxiliares e guardiões a serem excelentes na execução de suas tarefas, Platão entendia que uma vez que a cidade inteira cresce e é bem governada, o correto seria permitir à natureza fornecer a cada grupo a sua parcela de felicidade.

Os líderes da cidade ideal de Platão governam mesmo sacrificando sua visão inicial de felicidade e dando azo a uma posterior felicidade, tida, pelo próprio Platão, como recompensadora. Essa é a missão. O raciocínio é simples: se fizermos bem à cidade, faremos bem à população. A atualidade desse pensamento pode ser demonstrada pela menção ao art. 182 da Constituição brasileira que, voltado para as cidades, atrela a razão de ser destas à felicidade da população. Segundo o art. 182, a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo garantir o bem- estar de seus habitantes, ou seja, não há outra razão de ser desse desenvolvimento que não seja a felicidade dos habitantes das cidades. Como se vê, as lições de Platão são atuais.

1.5 Aristóteles: A Felicidade na Atividade

Quanto à visão aristotélica de felicidade, podemos dizer que ela traz consigo uma natureza teleológica, remetendo a condição da felicidade para a virtude, adquirida com o hábito. Os bens que alçariam o homem à felicidade na *polis* podem ser divididos em constitutivos e coadjuvantes. Os constitutivos são os bens da alma, as virtudes morais: a coragem, a moderação, a justiça; as virtudes intelectuais: a ciência, a

[29] PLATÃO. O banquete. Tradução, apresentação e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012, pp. 49, 58 e 62.
[30] PLATÃO. O banquete. Tradução, apresentação e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012, p. 85.

inteligência, a sabedoria, a arte e a prudência, o prazer (inerente às atividades virtuosas). Estes são os bens essenciais à felicidade, porque a verdadeira felicidade é a atividade da alma. Contudo, são necessários os bens coadjuvantes, aqueles do corpo, amigos leais e recursos materiais. Munidos de ambos, é possível ter uma vida virtuosa e feliz[31].

Aristóteles diferenciava as finalidades de cada indivíduo da finalidade da Nação: "o bem do Estado é visivelmente um bem maior e mais perfeito, tanto para ser alcançado como para ser preservado". Segundo suas lições, "assegurar o bem de um indivíduo é apenas melhor do que nada; porém, assegurar o bem de uma nação ou de um Estado é uma realização mais nobre e mais divina"[32].

Quando Aristóteles indaga "qual o mais elevado entre todos os bens cuja obtenção pode ser realizada pela ação?", ele responde: "tanto a multidão quanto as pessoas refinadas a ele se referem a felicidade e identificam o viver bem ou o dar-se bem como o ser feliz"[33]. Todavia, adverte da dificuldade de encontrar consenso acerca do que cada um tem como vida feliz: "Mas no que consiste a felicidade é uma matéria polêmica, e o que entende por ela a multidão não corresponde ao entendimento do sábio e sua avaliação". Aristóteles afirma que as "pessoas ordinárias a identificam com algum bem óbvio e visível, tais como o prazer, ou a riqueza ou a honra". Entretanto, ressalta que "o mesmo indivíduo diz coisas diferentes em ocasiões diferentes, quando fica doente, pensa ser a saúde a felicidade; quando é pobre, julga ser a riqueza a

[31] Ao longo da vida, Aristóteles cometeu inúmeros erros em seus raciocínios, tais como: (i) as plantas se reproduzem apenas de maneira assexuada; (ii) o coração era o centro da consciência e batia apenas nos peitos masculinos; (iii) o lado esquerdo do corpo é mais frio do que o direito; (iv) o cérebro serve apenas para resfriar o sangue; (v) há um espaço vazio atrás da cabeça do homem para a alma; (vi) animais não pensam, são capazes apenas de sensações e apetite, necessitando ser governados pela espécie humana para sobreviverem; (vii) as plantas e os animais não tinham alma e existiam unicamente para uso dos humanos; e (viii) rejeitou a teoria de Demócrito de que as coisas eram feitas de átomos, atrasando a química em dois mil anos; (ix) as mulheres têm menos dentes que os homens; (x) a criança seria, atualmente, um clone do pai, sendo a mãe uma incubadora. Cf. COHEN, Martin. Casos filosóficos. Tradução de Francisco Innocêncio. Ilustrações de Raúl Gonzáles. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012, pp. 41-43.

[32] LIVRO I2 1094b1 5-10 Ética a Nicômano. Traduções, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009, p. 39.

[33] Aristóteles deixou a Grécia continental com seu amigo Xenócrates para estabelecer uma pequena academia na cidade de Assos, hoje noroeste da Turquia. Diógenes Laércio, reputado o maior biógrafo de Aristóteles, afirma que ele deixou a sobrinha de Hérmias, Pítia, com quem era casado, enquanto Platão ainda era vivo. Aristóteles conheceu Hérmias, um homem rico, durante a temporada de três anos em que ensinou na Escola platônica de Assos, patrocinada por Hérmias. Seu casamento com Pítia se deu em 344 a.C. Pouco mais de um ano depois, aceitava a proposta de Felipe II para ser o preceptor de seu filho, Alexandre, que estava com treze anos. Aristóteles, em razão dessa decisão, se mudou para Pela. Ele educou Alexandre até a morte de Felipe II e o início do reinado do próprio Alexandre (335 a.C). Aristóteles faleceu no ano de 322, aos sessenta e três anos, vítima de uma doença gástrica da qual sofria há tempos. Contudo, para Diógenes Laércio, o Estagirita teria se suicidado tomando cicuta, "exatamente o que Sócrates tivera que ingerir, um mês após sua condenação à morte". Cf. Ética a Nicômano. Traduções, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009, p.11.

felicidade"[34]. Aristóteles reconhece a indefinição conceitual de felicidade e o esforço necessário para delimitar o seu âmbito.

Para o Estagirita, "a felicidade, acima de tudo o mais, parece ser absolutamente completa nesse sentido, uma vez que sempre optamos por ela por ela mesma e jamais como um meio para algo mais". Aristóteles defende a auto-suficiência da felicidade. Veremos que o mesmo se dá com John Rawls. Ele é taxativo: "Entendemos por uma coisa auto-suficiente aquela que por si só torna a vida desejável e de nada carente: e julgamos ser essa coisa a felicidade". Então prossegue afirmando que considera:

> Ser a felicidade a mais desejável de todas as boas coisas sem que seja ela mesma estimada como uma entre as demais, pois se assim fosse ela estimada, está claro que deveríamos considerá-la mais desejável quando mesmo a mais ínfima das outras boas coisas a ela estivesse combinada, uma vez que essa lição resultaria num total mais amplo de bem, e de dois bens o maior é sempre o mais desejável[35].

Essa colocação de Aristóteles é importante, porque reveste a felicidade de um valor intrínseco, bastante por si, sem a necessidade de compactuá-la com os resultados dela resultantes. Mais à frente, quando tratarmos do direito à felicidade, apontaremos o valor intrínseco que esse bem traz.

Defendendo uma análise conjuntural da vida da pessoa para que seja possível indagar quanto a sua felicidade, Aristóteles afirma que "uma andorinha não faz verão, nem produz um belo dia", logo, "um dia ou um efêmero período de felicidade não torna alguém excelsamente abençoado e feliz"[36]. As pesquisas atuais provam isso.

Aristóteles não desconsidera que a felicidade requer bens externos: "seria difícil desempenhar um papel nobre a não ser que se esteja munido do necessário equipamento". Isso porque, "muitas ações nobres requerem instrumentos para sua execução sob forma de amigos, ou riqueza ou poder político". Para ele: a "felicidade exige o acréscimo da prosperidade externa, sendo esta a razão de alguns indivíduos identificá-la com a [boa] fortuna (a despeito de alguns a identificarem com a virtude)"[37].

Para Aristóteles, "é melhor ser feliz como resultado dos próprios esforços do que por um dom da sorte". Segundo o Estagirita, se tivermos que ser conduzidos pela sorte,

---

[34] LIVRO I2 1094b1 5-10 Ética a Nicômano. Traduções, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009, p. 41.
[35] ARISTÓTELES (384-322 a.C). Ética a Nicômano. Traduções, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009, p. 49.
[36] ARISTÓTELES (384-322 a.C). Ética a Nicômano. Traduções, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009, p. 50.
[37] ARISTÓTELES (384-322 a.C). Ética a Nicômano. Traduções, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009, p. 54.

teremos com freqüência que "classificar o mesmo ser humano como primeiramente feliz e, depois, infeliz; teremos que conceber o ser humano feliz como uma espécie de 'camaleão ou uma casa construída sobre a areia'". O exercício ativo de nossas faculdades aliado à virtude produziria a felicidade; as atividades opostas, o seu contrário. De acordo com Aristóteles, o ser humano que age assim, "suportará as reviravoltas da sorte com máxima nobreza e perfeito decoro, sendo como é 'verdadeiramente bom' e 'irrepreensivelmente franco'"[38]. Mesmo na adversidade, "a nobreza resplandece [e se destaca] quando um homem suporta pacientemente infortúnios reiterados e severos, não em função da insensibilidade, mas graças à generosidade e grandeza de alma". Assim, nenhum ser humano que seja bem-aventurado (supremamente feliz) jamais poderá se tornar infeliz, pois nunca praticará ações odiosas ou vis, uma vez que o homem verdadeiramente bom e sábio enfrentará tudo que a sorte lhe reservar numa postura decente, e agirá sempre da maneira mais nobre que as circunstâncias permitirem, tal como um bom general faz o mais eficiente uso possível das forças de que dispõe e um bom sapateiro fabrica o melhor calçado possível do couro que lhe fornecem, e assim por diante relativamente a todos os demais ofícios e profissões.

Interessante notar que Aristóteles reconhece a felicidade mesmo na dor. Nesse ponto, sua teoria é contrária ao hedonismo. Enquanto o hedonismo elimina a dor da caracterização da felicidade, Aristóteles afirma que, a depender da personalidade do homem, ele pode ser feliz e estimulado com a dor. Vê-se um distanciamento entre suas ideias e a escola de Epicuro. Essa pessoa também não se mostrará passível de variações e suscetível de mudanças, porque não será desalojada facilmente de sua felicidade [pela força] de infortúnios ordinários, mas somente [pela força] de desastres severos e frequentes, e tampouco se recuperara de tais desastres e se tornará feliz de novo celeremente, mas somente, se o for, após um longo período, no qual haja tipo tempo para atingir posições ilustres e grandes realizações[39].

Aristóteles foi pioneiro em afirmar que o "prazer e a dor constituem os padrões por meio dos quais todos nós, num maior ou menor grau, regulamos nossas ações". Eles "são necessariamente a nossa maior preocupação, uma vez que sentir prazer e dor correta ou incorretamente exerce um grande efeito sobre a conduta". O prazer tornaria a

[38] ARISTÓTELES (384-322 a.C). Ética a Nicômano. Traduções, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009, p. 58.
[39] ARISTÓTELES (384-322 a.C). Ética a Nicômano. Traduções, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009, p. 59.

vida perfeita: "se as pessoas perfeitas e sumamente felizes têm uma ou mais atividades, pode-se dizer em sentido lato que os prazeres que tornam perfeitas as atividades são os prazeres adequados às criaturas humanas". Em relação ao ciúme, cinismo, inveja e ações de adultério, roubo e assassinato e outras emoções semelhantes, não existe meio-termo para Aristóteles, porque a maldade não está no excesso e na falta, mas implícita em seus próprio nomes. Nesse sentido, "nunca será possível, portanto, estar certo em relação a elas; estar-se-á sempre errado"[40]. Aristóteles, portanto, afasta a possibilidade de os fins justificarem os meios, ou seja, de prazeres perversos comporem o cálculo da felicidade. Essa contribuição é muito importante e ilustrará esse tese em variados momentos, chegando a compor a nossa ideia de vedação aos prazeres perversos como conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana. Fica claro que a inspiração de Stuart Mill – como veremos diante – é aristotélica.

Outro ensinamento precioso de Aristóteles vem do fato de ele enxergar na pluralidade um caminho para a felicidade da Nação. Não bastaria a unificação para que a *polis* pudesse ser tida como a melhor ou a mais capaz de propiciar bem-estar a seus componentes. "A natureza de uma cidade-estado é ser uma pluralidade. (...) Portanto, não devemos conseguir a maior unidade mesmo que possamos, pois seria a destruição da cidade-estado" – disse[41]. Ele afirma que o "fim da sociedade civil é viver bem; todas as suas instituições não são senão meios para isso, e a própria Cidade é apenas uma grande comunidade de famílias e de aldeias em que a vida encontra todos estes meios de perfeição e de suficiência"[42]. A ideia de respeito as individualidades como caminho para a felicidade será vista em muitos filósofos e aparecerá nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal analisados adiante.

A obra de Aristóteles sobre a felicidade é consistente e inspiradora. Tanto a sua diferenciação entre as qualidades de prazeres, como o alinhamento da busca da felicidade à felicidade coletiva e, ao final, a exortação de respeito à diversidade, abrem espaço para a construção de uma teoria baseada na jurisdição constitucional.

[40] Ética a Nicômano, II 6, 1107ª, 4-5.
[41] A Política, 1261a 15-23.
[42] ARISTÓTELES. A política. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 56.

1.6 O Epicurismo: Prazer como Ausência de Dor e Perturbação

As duas principais correntes filosóficas helenísticas, o epicurismo e o estoicismo, surgiram quase simultaneamente, tendo os seus fundadores, Epicuro e Zenão de Cício, formado em Atenas escolas rivais. Com a morte de Alexandre, "o Grande", em 323 a.C., o mundo helênico sucumbiu. A crise das cidades-estado estimulou o desenvolvimento dos valores individuais em detrimento dos de cidadania. Foi aqui que surgiu o epicurismo.

Os ensinamentos de Epicuro não se voltavam para a degradação moral, mas para a ideia segundo a qual o objetivo da filosofia era garantir uma vida feliz a ser alcançada "no isolamento relativo, com amigos, mas distante dos assuntos humanos em geral, e longe da política". "Com a felicidade temos tudo de que precisamos, e se não somos felizes fazemos de tudo para sê-lo" – dizia o Filósofo[43]. Ele estabeleceu que o bem é o prazer, sendo este "uma ausência consciente de dor e perturbação". Para Epicuro, "ninguém rejeita, deixa de gostar do prazer ou o evita porque é prazer, mas, antes, porque consequências dolorosas sobrevêm aos que não sabem como buscar o prazer racionalmente"[44]. Esse componente racional de felicidade exposto por Epicuro ilustrará o nosso conceito de felicidade, a ser fornecido em capítulo própria mais à frente.

Epicuro desafiou instituições e avançou na quebra de paradigmas. Suas ideias confrontavam os dogmas da religião grega tradicional e estimularam as pessoas a pensarem formas de conseguirem o prazer e evitarem a dor, não se impressionando com os mitos de resiliência impostos pela religião. É claro que, diante de um conjunto muito bem ordenado de símbolos que mostravam ao povo todos os temores decorrentes das ideias de céu e inferno, de pecado, vingança e culpa, a doutrina de Epicuro soou revolucionária. Ela não só qualificava firmemente a dor como algo a ser evitado, como enaltecia a busca pelo prazer. Esse cenário faz lembrar das lições de Madame du

[43] Epicuro só comia pão e a água. Tinha uma saúde débil e suportava males na bexiga e no estômago. Ele foi para Mitilene, na ilha de Lesbos, local que sediava a escola filosófica de Aristóteles, fundada trinta anos antes. Lá, faz o seu primeiro discípulo não pertencente à família, Hermacor, que, quarenta anos depois, haveria de o substituir na direção da escola. As intrigas na escola de Aristóteles fizeram Epicuro se afastar. Ele se muda para Lampasco, nos Dardanelos, "onde a escola platônica se encontra desacreditada devido às tentativas de controlar o poder político". Chegando em Atenas, adquire uma casa e, mais tarde, um jardim. Da casa saíam livros e cartas. No jardim (kebos) acomodavam-se discípulos, homens e mulheres, e os escravos plantavam os mais diversos legumes. Ali, Epicuro - na escola O Jardim -, dirigia os debates sobre a felicidade e o prazer. Cf. EPICURO. Carta sobre a Felicidade. Tradução João Forte. Lisboa: Biblioteca editores Independentes, p. 13.

[44] Cícero (Marco Túlio Cícero) (1961) De finibus bonorum et malorum (On the Boundaries of Good and Bad). Trad. H. Rackham. Cambridge, MA, Harvard University Press, I.32.

Châtelet, para quem "existem outros preconceitos que não os da religião, e creio que é excelente afastá-los, embora não exista nenhum que influa tanto em nossa felicidade e em nossa infelicidade quanto os da religião"[45].

A coragem e pioneirismo de Epicuro foram realçados pelo poeta Lucrécio, que destacou a ação contra o que classificou de "religião estúpida". Lucrécio diz que:

> quando a vida humana jazia no chão miseravelmente, diante de nossos olhos, esmagada pela religião estúpida, cuja face atemorizante olhava do céu para ameaçar os mortais, um homem dos gregos foi o primeiro a ousar erguer os seus olhos humanos para encarar o seu olhar, o primeiro que se opôs a ela[46].

Lucrécio falava de Epicuro e de suas ideias voltadas para a rejeição da dor e a busca pelo prazer, um prazer que não era vadio ou excessivo, mas um estado racional de bem-estar. Hoje, parece claro que a escola foi mal interpretada, tendo sido-lhe atribuído um caráter de prazer a todo custo, inclusive aqueles tidos como perigosos, como a gula ou o sexo imoral desenfreado. Os epicuristas passaram a ser tidos como devassos, loucos, voltados para o prazer, qualquer que fosse ele. Não era disso que tratava o epicurismo. Epicuro, por esta razão, se esforçou o quanto pôde para esclarecer que sua escola não defendia o prazer decorrente de um comportamento imoral ou que gerasse danos à capacidade de uma pessoa de usufruir prazeres adicionais. Para ele, "o prazer que buscamos não é apenas daquele tipo que afeta diretamente o nosso ser com deleite e é percebido pelos sentidos de maneira agradável". Fica claro que Epicuro tentava afastar os rótulos atribuídos à sua escola e a seus ensinamentos filosóficos. Ele também registrou: "sustentamos que o maior prazer é aquele que é experimentado como resultado da remoção completa da dor"[47].

Sêneca tentou defender Epicuro das acusações que pesavam contra sua escola. Segundo o Filósofo:

> Se os homens se abandonam a excessos, não é Epicuro que os impele a isso mas porque, entregues aos seus próprios vícios, ocultam a sua devassidão no seio da filosofia, e correm à porfia para os locais onde ouvem dizer que se faz o elogio do prazer. Julgam mal o prazer segundo Epicuro, não sabendo (é assim que vejo as coisas), como se prazer é sóbrio e seco; é a própria palavra que os faz acorrer, procuram para as suas paixões uma justificação e um pretexto. Perdem assim o

[45] DU CHÂTELET, Gabrielle Emilie Tonnerlier de Breteuil, Marquêsa. Discurso sobre a felicidade. Tradução de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 11.
[46] Lucrécio (1975) De rerum natura (On the Nature of Things). Trad. W. H. D. Rouse, ver. M. F. Smith. Cambridge, MA, Harvard University Press, Livro 1.
[47] Cícero (Marco Túlio Cícero) (1961) De finibus bonorum et malorum (On the Boundaries of Good and Bad). Trad. H. Rackham. Cambridge, MA, Harvard University Press, I.37.

> único bem que lhes restava nos seus males, a vergonha pelas suas faltas: louvam, com efeito, as coisas de que coravam, e glorificam-se pelo seu vício; a própria juventude não se pode elevar quando um título honesto foi colocado sob tão vergonhoso deixar andar[48].

Para Sêneca, "Epicuro dá preceitos veneráveis, justos e que, observados de mais perto, se revelam até severos". Os exemplos são os seguintes:

> Ele reduz o prazer a algo de mínimo e exíguo, e a regra que atribuímos à virtude, concede-a ele ao prazer: ordena que se obedeça à natureza; ora, aquilo que à natureza basta é demasiado pouco para a sensualidade. O que é que isto quer dizer? Quando alguém chama felicidade a uma vida completamente ociosa, alternando entre a boa comida e os prazeres amorosos, procura uma boa caução para uma má coisa e, quando procura a escola de Epicuro atraído por um nome lisonjeiro, vai atrás, não do prazer de que lhe fala a escola, mas daquele que levou consigo; como pensa que os vícios correspondem aos preceitos recebidos, entrega-se a eles sem receio; sem se ocultar, a partir de então, de rosto descoberto, dedica-se à devassidão.

Sêneca,então, finaliza: "É por isso que não digo, de modo nenhum, como a maior parte dos nossos, que a seita de Epicuro é uma escola de perdição; mas digo: tem má reputação, está desacreditada e bem erradamente"[49].

Immanuel Kant foi um crítico das ideias que atribuíam a Epicuro. Ele afirmou que, "se com Epicuro, para determinar a vontade, expomo-nos na virtude ao simples deleite que ela promete, não podemos depois censurá-lo pelo fato de considerar este deleite totalmente homogêneo aos mais rudes sentidos". Kant dizia que o epicurismo procurou a fonte de muitas dessas representações igualmente no uso da faculdade superior de conhecer; mas isto não o impediu e tampouco podia impedi-lo de, segundo o mencionado princípio, "considerar como totalmente homogêneo o próprio deleite, que aquelas representações porventura intelectuais nos outorgam, e mediante o qual elas unicamente podem ser fundamentos determinantes da vontade". Kant rejeita as premissas nas quais reside a essência da escola epicurista. Para ele, "os epicuristas tomaram como princípio supremo um principio totalmente falso da moral, a saber, o da felicidade, e substituíram a lei por uma máxima da escolha arbitrária segundo a inclinação de cada um". Ele continua seu raciocínio argumentando que os epicuristas assim o fizeram rebaixando seu *sumo bem* proporcionalmente ao nível pouco elevado de sua proposição fundamental,

[48] Sêneca. Da Vida Feliz. Tradução João Forte. Lisboa: Biblioteca editores Independentes, 2008, p. 55.
[49] Sêneca. Da Vida Feliz. Tradução João Forte. Lisboa: Biblioteca editores Independentes, 2008, p. 56.

> e não esperaram nenhuma felicidade maior do que a que deve ser obtida pela prudência humana (à qual pertencem também a temperança e moderação das inclinações), que tem de revelar-se de modo suficientemente pobre e muito diversamente de acordo com as circunstâncias; sem contar as exceções que suas máximas tinham de incessantemente conceber e que as tornam inaptas para leis[50].

Mesmo defendendo certo isolamento e não tendo, explicitamente, pretensões revolucionárias, o epicurismo se converteu num poderoso movimento filosófico, social e político, que influenciou e ainda influencia o mundo. Além da importância histórica como escola dedicada aos estudos sobre a felicidade, sua relevância também se dá pelo fato de Thomas Jefferson, autor da Declaração de Independência dos Estados Unidos, na qual constava a expressão "direito à busca da felicidade", se auto-intitular um epicurista. A partir do momento em que conhecemos os ensinamentos do epicurismo adquirimos condições de compreender algumas das inspirações de Jefferson, o que nos ajudará ao iniciarmos o estudo sobre a teoria da felicidade e a jurisdição constitucional nos Estados Unidos.

1.7 Cícero: Fuga quanto aos Prazeres Vulgares

Marco Túlio Cícero entendia que a "virtude é suficiente para fazer o homem feliz". A felicidade é o que a "filosofia nos ensina de maior e mais essencial". Ele lembra que "os primeiros homens que se dedicaram a esta ciência estudaram preferivelmente a toda e qualquer outra coisa a arte de viver feliz – e não foi senão a esperança de alcançar a felicidade o que os levou a fazer tantas investigações"[51].

Cícero rejeitava o foco exclusivo no prazer. Para ele, "se o prazer é soberano, então não apenas as maiores virtudes teriam de ser rebaixadas, mas, além disto, seria difícil dizer por que ... um homem sábio não deve ter muitos vícios"[52]. Mais uma vez um filósofo faz distinções entre as qualidades dos prazeres a serem gozados pelas pessoas, deixando claro que nem tudo que é prazeroso corresponde à verdadeira felicidade. Ele focou na virtude e na prudência destacando que "uma vida feliz é o quinhão de uma alma tranquila, na qual não irrompe nenhum desses movimentos impetuosos que desordenam a razão". Cícero desejava a felicidade apenas para "aqueles

[50] KANT, Immanuel. Crítica da razão prática Tradução baseada na edição original de 1788, com introdução e notas Valerio Rohden. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, pp. 204-205.
[51] CÍCERO, Marco Túlio. A virtude e a felicidade. Tradução Carlos Ancêde Nougué. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 05.
[52] Cícero (Marco Túlio Cícero) (1961) De finibus bonorum et malorum (On the Boundaries of Good and Bad). Trad. H. Rackham. Cambridge, MA, Harvard University Press, II.117.

que não abale nenhum terror, que não corroa nenhum desgosto, que não inflame nenhuma cupidez, que não transporte nenhuma desvairada alegria, que não enlanguesça nenhuma voluptuosidade". Paixões eram refutadas, pois "a alma do sábio veda a entrada a toda e qualquer paixão". Também rejeita o prazer dizendo que só se a filosofia não se reportar a ele ela seria digna e séria[53].

"Se alguém ambiciona o nome de sábio, justamente devido a um Pitágoras, a um Sócrates, a um Platão, que antes aprenda com eles a desprezar tudo isto que a tantos deslumbra: vigor, saúde, beleza, opulência, dignidades" - disse. Contudo, afirma que com a coragem, temos a grandeza de alma; não nos deixamos aterrorizar nem abater; não conhecemos penúria, nem carência, nem obstáculo; estamos sempre na abundância e na prosperidade.

Percebe-se, na obra de Cícero, que as linhas-mestras do pensador estão firmadas na virtude e na dissociação da felicidade do prazer vulgar. Ele tenta conferir à felicidade um componente virtuoso, dotado de prudência, afastado de vaidades ou buscas havidas, por ele, como tolas, tais como a beleza ou a opulência. Perceberemos que essa aliança entre felicidade e virtude constituía um raciocínio rotineiro entre os filósofos clássicos.

1.8 O Estoicismo: Sêneca e as Renúncias

Contrapondo a filosofia do prazer, ainda que controlado nos moldes epicuristas, os estóicos exaltavam a felicidade moral ou uma felicidade encontrada na moral: "não seremos jamais felizes, a não ser que façamos o bem e vivamos de modo virtuoso"[54]. Para os estóicos, as pessoas buscam coisas (prazeres) que não podem ser caracterizadas como "boas", da mesma forma que o fracasso (dores) em tentar obter tais coisas também não seria algo a ser reputado ruim. Basta adotar a postura correta para ser feliz. "O único bem para uma pessoa é a virtude, incluindo a justiça", sendo, o fim do ser humano, "a coerência com a natureza e a virtude e adesão a padrões morais e sociais, ainda que a identificação entre bem e virtude seja um "paradoxo"[55].

---

[53] CÍCERO, Marco Túlio. A virtude e a felicidade. Tradução Carlos Ancêde Nougué. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 29.

[54] COMTE-Sponville, André. A mais bela história da felicidade: a recuperação da existência humana diante da desordem do mundo. André Comte-Sponville, Jean Delumeau, Arlette Farge. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Difel, 2010. Tradução de: La plus belle histoire du bonheur. p. 08.

[55] WHITE, Nicholas. Breve história da felicidade (A brief history of happiness). Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Edições Loyola. 2009, p. 144.

Immanuel Kant tem opinião quanto aos estóicos. Ele entende que eles escolheram de modo totalmente correto seu principio prático supremo, a saber, a virtude como condição do *sumo bem*. Todavia, adverte que:

> enquanto representavam o grau dela, requerido para a lei pura da mesma, como plenamente alcançável nesta vida, não somente elevaram demasiadamente a capacidade moral do homem sob o nome de sábio para além de todos os limites de sua natureza e admitiram algo que contradiz todo o conhecimento dos homens, mas principalmente não quiseram de modo algum considerar também a validade do segundo elemento pertencente ao *sumo bem*, ou seja, a felicidade, como um objeto particular da faculdade de apetição humana, mas tornaram o seu sábio, na consciência da excelência de sua pessoa totalmente independente da natureza (com vistas a seus contentamento), igual a uma divindade, enquanto em verdade o expunham mas não o submetiam a males da vida (ao mesmo tempo o apresentavam também livre do mal); e assim efetivamente eliminaram o segundo elemento do *sumo bem*, a felicidade própria, enquanto o puseram simplesmente na ação e no contentamento com seus valores pessoais e, portanto, o incluíram na consciência da maneira de pensar moral, no que, porém, teriam podido ser suficientemente refutados pela voz de sua própria natureza[56].

Kant lembra que as inclinações, que de fato sempre têm a primeira palavra, iriam pretender primeiro a sua satisfação e, vinculadas à reflexão racional, a sua máxima e mais duradoura satisfação possível, sob o nome de felicidade[57].

Sêneca é estóico[58]. Desde 62 que o filósofo se afastara do Senado, vivendo numa fazenda nos arredores de Roma. Um ano antes do incêndio da cidade, por Nero, de em foi tutor, começara a escrever a sua principal obra filosófica, as *Cartas a Lucilius*. Posteriormente, no capítulo inicial do livro VII do *Tratado dos Benefícios,* sintetizara a sua particular visão do estoicismo:

> Se o nosso espírito apenas sentir desprezo por tudo o que nos vem da boa ou da má sorte. Se é educado de modo a manter-se acima das apreensões; se, na sua avidez, não procura as perspectivas sem limites, mas sabe buscar as riquezas apenas em si próprio; se nada mais receia dos deuses nem dos homens, não ignorando que pouco tem a temer dos homens e nada dos deuses; se desdenhar tudo o que faz o esplendor da existência e é também o seu tormento; se tiver conseguido ver claramente que a

[56] KANT, Immanuel. Crítica da razão prática Tradução baseada na edição original de 1788, com introdução e notas Valerio Rohden. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, pp. 204-205.
[57] KANT, Immanuel. Crítica da razão prática Tradução baseada na edição original de 1788, com introdução e notas Valerio Rohden. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, pp. 234-235.
[58] Rico cidadão de uma província do império, a Andaluzia, Sêneca conseguiu chegar ao Senado e obter o título de cônsul. Tinha uma das mais prósperas "fortunas imperiais obtidas pelas especulações financeiras e as dádivas imobiliárias de Nero, de quem foi tutor, um enorme prestígio como dramaturgo e filósofo e uma morte corajosa" . Era vegetariano. Com a morte de Calígula e ascenção de Cláudio, Sêneca foi condenado por influência da imperatriz Messalina, sob a acusação de cometer adultério com uma princesa, irmã de Agripina . A pena de morte foi comutada em degredo para Córsega. Este tinha 40 anos e imaginou que a sua carreira política terminara: "Mas Agripina, ao tornar-se a segunda mulher de Cláudio, arrancou-o do seu isolamento, em 48, chamando-o a Roma para tratar do seu filho, Nero, então com onze anos". Cf. Sêneca, Da Vida Feliz. Tradução João Forte. Lisboa, 2008: Biblioteca editores Independentes, p. 18.

> morte não é em si um mal, antes põe fim às nossas inúmeras infelicidades; se se tiver dedicado apenas à excelência e achar fácil todo o caminho que a ela conduz; se na sua condição de animal social e nascido para o bem de todos considerar o mundo inteiro como uma só e mesmo família; (...) – então libertou-se das tempestades e alcançou a terra firme sob um céu azul. Sabe tudo o que é útil e indispensável saber; (...) retirou-se para a [sua] fortaleza[59].

Sêneca associa a filosofia à felicidade da seguinte forma: "Aquele que diz que a hora de filosofar não chegou ou já passou, assemelha-se ao que afirma que a hora não chegou, ou já passou, para a felicidade". Realçando a eterna busca, diz que "devemo-nos, pois, preocupar com aquilo que cria a felicidade, já que com ela possuímos tudo e sem ela tudo fazemos para a obter". Ao discorrer sobre os desejos, fala que alguns deles são naturais, enquanto outros são em vão: "se alguns dos nossos desejos naturais são necessários, outros são... apenas naturais. Entre os desejos necessários alguns são-no à felicidade, outros à ausência de sofrimento do corpo, outros à própria vida". Na sequência, discorre sobre o prazer e a dor e dá mostras ainda mais evidentes de sua doutrina estóica:

> Eis a razão que nos leva a dizer que o prazer é o princípio e o fim da vida bem-aventurada. É ele que reconhecemos como bem primordial nascido com a vida. É nele que encontramos o princípio de toda a escolha e rejeição. É para ele que tendemos, julgando todo e qualquer bem de acordo com o efeito que tem na nossa sensibilidade. E é precisamente por ser o bem primordial, nascido com a vida, que não escolhemos todo e qualquer prazer: existem inúmeros prazeres em que não nos detemos, por implicarem um desprazer maior. Consideramos muitas dores preferíveis aos prazeres desde que um prazer para nós maior deva chegar após longos sofrimentos. Todo o prazer é um bem, pelo fato de ter uma natureza apropriada à nossa sem por isso dever ser necessariamente colhido. Simetricamente, toda a espécie de dor é um mal, sem que por isso se deva obrigatoriamente fugir de todas as dores. É através do confronto e análise das vantagens e desvantagens que convém tomar uma decisão em tal matéria[60].

Afastando-se dos prazeres vulgares, Sêneca afirma que "nem a bebida, nem os festins contínuos, nem os rapazes ou as mulheres, nem o deleite dos peixes e de tudo aquilo que pode haver numa mesa faustosa estão na origem de uma vida feliz", pois essa vida só seria alcançada por meio do "raciocínio sóbrio, que procura as causas de todas a escolhas e afasta as opiniões através das quais a maior perturbação se apodera da alma". Sêneca chega a associar prazer à felicidade, mas desde que, nele, haja virtude. Ele diz: "não é possível viver com prazer sem prudência, sem honestidade e sem justiça, nem

[59] Sêneca, Da Vida Feliz. Tradução João Forte. Lisboa, 2008: Biblioteca editores Independentes, p. 20.
[60] Sêneca, Da Vida Feliz. Tradução João Forte. Lisboa, 2008: Biblioteca editores Independentes, p. 30.

com essas três virtudes viver sem prazer. As virtudes são, com efeito, conaturais com o fato de viver com prazer e viver com prazer é indissociável delas"[61].

O Filósofo afirma ser difícil encontrar a felicidade, pois "no caso de nos termos enganado no caminho, nos afastamos tanto mais dela quando para ela nos precipitamos com maior ardor". Ele, então, fala demoradamente sobre a sua visão de felicidade:

> A vida feliz é pois uma vida conforme à sua própria natureza; não podendo ser alcançada, a menos que a lama esteja sã, em posse contínua da saúde, e que seja depois corajosa e enérgica, bela e paciente, adaptada às circunstâncias, cuidadosa do seu corpo e daquilo que lhe diz respeito, sem no entanto ficar inquieta, diligente em relação aos outros meios de embelezar a vida sem admirar nenhum deles, pronta a fazer uso dos presentes da sorte, mas não a sujeitar-se a eles. Compreenderás, mesmo que nada acrescente, que daí resultam a tranquilidade para sempre e a liberdade, pois ficamos livres daquilo que nos agita e nos assusta. Em vez de prazeres, em vez de alegrias tênues, frágeis e sujeitas a desonra, nasce uma imensa alegria, inabalável e constante; existe então na alma apaziguamento, acordo e grandeza aliada à doçura; pois a crueldade vem sempre da fraqueza[62].

O homem feliz de Sêneca pratica aquilo que é honesto e contenta-se com a virtude; "os acidentes da sorte não podem nem exaltá-lo nem quebrá-lo, não conhece bem maior do que aquele que pode dar a si próprio; o seu verdadeiro prazer está no desprezo dos prazeres" – diz o Filósofo. A felicidade estaria numa "alma livre, elevada, sem medo, constante, inacessível ao receio e ao desejo; para quem só existe um bem, a beleza moral, e um único mal, a indignidade". Para Sêneca, todo "o resto é uma algazarra confusa que não retira nem acrescenta nada à vida feliz, que vem e que vai sem aumentar nem diminuir o soberano bem"[63].

A virtude, para Sêneca, existe muitas vezes sem o prazer e nunca tem necessidade dele. Ela seria "elevada, sublime, real, invencível, inesgotável; o prazer é coisa baixa, servil, fraca, frágil, que se estabelece e permanece nos lupanares e nas tabernas". Ele alerta para o fato de que "os homens mais estúpidos usufruem de mais prazeres, que a maldade é rica em satisfações e que a própria alma obtém, em grande número, prazeres viciosos?". Ele fala da "arrogância, a estima exagerada por si próprio, a presunção que coloca quem a tem acima de todos, o amor cego e imprevidente por aquilo que se possui, os prazeres loucos e alegrias imoderadas, por motivos fúteis e infantis". Lembra ainda da "mordacidade e o orgulho que têm prazer em insultar os outros, a preguiça e a decomposição de uma alma indolente que se descuida de si

[61] Sêneca, Da Vida Feliz. Tradução João Forte. Lisboa, 2008: Biblioteca editores Independentes, p. 31.
[62] Sêneca, Da Vida Feliz. Tradução João Forte. Lisboa, 2008: Biblioteca editores Independentes, p. 47.
[63] Sêneca, Da Vida Feliz. Tradução João Forte. Lisboa, 2008: Biblioteca editores Independentes, p. 47.

mesma". Aliando esses comportamentos a ideia de prazer, Sêneca afirma que "não é o seu uso que a satisfaz, mas a moderação nesse uso"[64]. Mais um filósofo que diferencia as qualidades dos prazeres. Esse foi Sêneca.

1.9 Thomas Hobbes: A Felicidade está na sua Busca

No século XVII, Thomas Hobbes não falou de *happiness* ou *eudamonia*. Ele preferiu se valer da expressão *felicity*, que seria "o sucesso contínuo em obter as coisas que um homem de tempos em tempos deseja, isto é, o prosperar contínuo". Afastando-se da ideia de Platão, de uma felicidade resultante de uma mente harmoniosa, Hobbes afirma que "a felicidade desta vida não consiste no repouso de uma mente satisfeita, pois não existe tal *Finis ultimus* nem um *Summum bonum* como se diz nos livros dos velhos filósofos morais". Também refuta a eliminação do desejo como fonte integrante da felicidade. Para ele, "tampouco pode viver um homem cujos desejos se acabaram mais do que aqueles cujos sentidos e imaginações se encontram imóveis". A visão de Hobbes acerca da felicidade é marcada pelo estímulo à satisfação dos desejos mundanos e, ainda, afasta a possibilidade de aliar felicidade à tranqüilidade da mente. A distância com as ideias platônicas é total. A felicidade seria:

> Um avanço contínuo do desejo, de um objeto para outro, a consecução do primeiro, sendo ainda nada mais que o caminho para o segundo. De modo que... afirmo uma inclinação geral de toda a humanidade, um perpétuo e incansável desejo de poder após poder, que cessa apenas na morte[65].

Thomas Hobbes acredita na busca da felicidade como sendo a própria felicidade, uma marca dinâmica impressa sobre sua essência. A felicidade por si só, solitária, desacompanhada dessa busca incessante, não existiria. Hobsbawn lembra que "Thomas Hobbes, cujas obras os utilitaristas britânicos colecionavam e publicavam com devoção, na verdade demonstrara que o interesse próprio impedia quaisquer limites *a priori* sobre o poder estatal", e os próprios benthamitas foram "paladinos da administração burocrática estatal quando pensaram que podia proporcionar a maior felicidade ao maior número de pessoas tão prontamente quanto ao laissez-faire"[66]. Esse raciocínio talvez

[64] Sêneca, Da Vida Feliz. Tradução João Forte. Lisboa, 2008: Biblioteca editores Independentes, p. 50.
[65] HOBBES, Thomas (1994) Leviathan [1651]. Ed. Edwin Curley. Indianapolis/Cambridge, MA, Hackett, cap. 11.
[66] HOBSBAWN, Eric J. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. A era das revoluções, 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, p. 373.

dirija a felicidade em Hobbes para um ansioso exercício de busca pelas satisfações primeiras do ser humano, sem que a felicidade virtuosa, construída pelos filósofos gregos clássicos, fosse alcançada.

A felicidade em Hobbes seria composta por atos sucessivos, motivados por desejos, visando um fim derradeiro, que seria o poder. Ela corresponderia à sua própria busca, por meio de uma caminhada constante que não findaria com o alcançar do primeiro objetivo, uma vez que isso simplesmente forneceria o combustível para que a marcha seguisse rumo à uma nova conquista e, consequentemente, mais um componente de uma felicidade dinâmica, gradual, em eterna construção.

1.10 John Locke: O Judicioso Equilíbrio do Prazer

Conhecer as impressões de John Locke[67] quanto à felicidade é fundamental para os nossos estudos, uma vez que logo mais passaremos a nos dedicar a compreender as raízes da Declaração de Independência dos Estados Unidos e da utilização, por Thomas Jefferson, da expressão direito à busca da felicidade. Vamos à história primeiro.

Lorde Anthony Ashley Cooper ficou encantado com Locke e convidou-o a ser seu médico e filósofo. Posteriormente, Ashley se tornaria o primeiro conde de Shaftesbury[68], personagem-chave na vida política inglesa. Em *Dois tratados sobre o governo*, Locke "reflete o interesse do patrão no comércio e nas colônias e sua opinião, como lorde chanceler da Inglaterra, de que ambos eram cruciais para o poder do país"[69].

---

[67] Isaac Newton estimava o pensamento de John Locke. Voltaire considerava-o um homem da maior sabedoria: "o que ele não vê com clareza não tenha esperança de jamais ver" - disse. Benjamin Franklin agradeceu-lhe sua educação autodidata. Para Thomas Jefferson, "era um dos três maiores homens que já tinham vivido sem nenhuma exceção". John Locke nasceu na Vila de Somerset, numa família de comerciantes puritanos. Era alto, magro e tinha nariz longo. Em 1660, aos 28 anos, foi indicado professor júnior de grego em Oxford. A indicação exigia que fizesse os votos sagrados, recusados por ele, episódio contornado pela exceção aberta pela Universidade, em 1666. Cf. COHEN, Martin. Casos filosóficos. Tradução de Francisco Innocêncio. Ilustrações de Raúl Gonzáles. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012, p. 158. SHAFFER, Andrew. Os grandes filósofos que fracassaram no amor. Tradução: Marcelo Barbão. São Paulo: Leya, 2012, p. 59.

[68] Shaftesbury foi um dos líderes dos Lordes Proprietários das Carolinas, uma companhia que obteve a concessão real para fundar uma colônia no que hoje são as Carolinas do Norte e do Sul, nos Estados Unidos. Locke foi secretário dos Lordes Proprietários (1669-71), secretário do Conselho de Comércio e Agricultura (1673-4) e membro da Junta de Comércio (1696-1700). Também lhe coube "a redação de uma constituição para a nova colônia, pondo assim seus princípios filosóficos em pratica". COHEN, Martin. Casos filosóficos. Tradução de Francisco Innocêncio. Ilustrações de Raúl Gonzáles. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012, p. 160.

[69] COHEN, Martin. Casos filosóficos. Tradução de Francisco Innocêncio. Ilustrações de Raúl Gonzáles. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012, p. 159.

Locke registrou que, tendo a mente, na maioria dos casos, um poder de suspender a execução e a satisfação de qualquer um dos seus desejos, e, portanto, "todos, um após o outro, ela tem liberdade para considerar os objetos deles, examiná-los de todos os lados e pesá-los com outros". Exatamente nessa possibilidade estaria a liberdade do homem, e "não usá-la corretamente provém a variedade de equívocos, erros e faltas em que incorremos na condução das nossas vidas e em nossos esforços pela felicidade"[70]. John Locke ficou com o hedonismo geral. Ele afirmou:

> O prazer que um homem deriva de qualquer ação ou espera como consequência dela é realmente um bem em si, capaz e adequado para mover a vontade. Mas a retidão moral dela mal considerada em si não é boa nem má, nem move a vontade de qualquer maneira, mas, como prazer e dor, acompanha a própria ação ou é vista como consequência dela. O que é evidente dos castigos e recompensas que Deus anexou à retidão ou à privacidade como motivos adequados para a vontade, que seriam desnecessários se a retidão moral fosse ela própria boa e a privacidade moral má[71].

Na obra *Segundo Tratado sobre o Governo*, ele se vale da expressão: "vida, liberdade e propriedade", e de "vidas, liberdades e fortunas". Não há menções à felicidade, que vem aparecer no *Ensaio sobre o Entendimento Humano*[72]. Para Locke, a liberdade consistia em estar livre do risco da violação dos direitos naturais. Voltaremos a falar de Locke ao tratarmos da Declaração de Independência dos Estados Unidos.

1.11 Immanuel Kant: A Felicidade como Tolice Humana e sobre como a Ciência Contrapôs Kant

Desde a segunda revolução filosófica, a de Immanuel Kant, deixamos de acreditar no bem soberano. A virtude não é suficiente para proporcionar a felicidade e a felicidade não basta para motivar a virtude[73].

---

[70] LOCKE, John. An Essay Concerning Human Understanding. Ed., introd. Peter H. Nidditch. Oxford, Clarendon Press, II. xxi §47.

[71] LOCKE, John (1963) A commom-place Book to the Holy Bible. Citado em Darwall, Stephen (1995). The British Moralist and the Internal "Ought": 1640-1740. Cambridge, Cambridge University Press, p. 40.

[72] LOCKE, John. An Essay Concerning Human Understanding. Ed., introd. Peter H. Nidditch. Oxford, Clarendon Press, p. 330.

[73] Curioso buscar a felicidade em Immanuel Kant. Segundo Johann Friedrich Reichardt, o filósofo alemão "era mais seco do que poeira, tanto de corpo quanto de mente". Ele acordava pontualmente às 5h todos os dias e, imediatamente, mesmo sem tomar seu café da manhã, começava a escrever. À tarde, dava uma demorada "caminhada ao longo do rio, acompanhado do criado, Lampe, carregando um guarda-chuva pra o caso de chover". COHEN, Martin. Casos filosóficos. Tradução de Francisco Innocêncio. Ilustrações de Raúl Gonzáles. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012, p. 210.

Kant afirma que renunciar à felicidade seria o mesmo que renunciar a ser homem. Define a felicidade como a totalidade das satisfações possíveis. Veremos que, atualmente, o economista Amartya Sen, ao se referir ao utilitarismo, fala que a nova vertente do movimento se concentra nas preferências das pessoas ou nos seus desejos.

Tentando decifrar os enigmas da felicidade, Kant promoveu uma ruptura sem precedentes, pois se afastou tanto da condição moral como da tentativa de estabelecer graus de felicidade. Para ele, se uma pessoa tem ou não uma vontade moralmente boa, em nada define se ela é feliz. Defendendo um conceito empírico para felicidade, diverso da razão - na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* -, afirma que:

> Os homens não podem formar nenhum conceito certo e definido da soma da satisfação de todas as inclinações que é chamada felicidade, infelizmente, o conceito de felicidade é um conceito tão indeterminado que, mesmo que toda pessoa deseje conquistar a felicidade, ela, não obstante, nunca consegue dizer definitiva e coerentemente o que é que ela realmente deseja e valoriza[74].

Kant, com a afirmação acima, afasta por completo as bases da doutrina utilitarista, pois elimina a possibilidade de formulação de um conceito certo e definido da soma da satisfação de todas as inclinações. Essa constatação é muito importante para a elaboração contemporânea de uma teoria da jurisdição constitucional fincada na opção de decidir casos considerando os impactos sobre a felicidade da sociedade. Kant desconsidera a possibilidade de os próprios envolvidos saberem ao certo o que os tornaria felizes. Se isso é verdade, cai por terra muitas premissas da teoria da felicidade. No último capítulo do trabalho (vinte), falaremos sobre os danos hedônicos. Nessa oportunidade, voltaremos a conversar a respeito dessas premissas.

Kant faz indagações curiosas quanto à sensação de felicidade que cada homem pode sentir. Para ele, o homem não conseguiria visualizar, *a priori*, o que lhe faria feliz, pois não seria detentor de conhecimentos que o fizessem prever o futuro. Essa incapacidade humana sustentada por Kant, pode colocar a perder todas as pretensões de levar a felicidade para o centro das discussões acerca da formulação de decisões públicas. A colocação é desconcertante:

> Ora, é impossível para o ser de maior discernimento e, ao mesmo tempo, mais poderoso, mas não obstante finito, estruturar aqui um conceito determinado daquilo que ele realmente quer. Ele quer riqueza? Quanto angústia, inveja, intriga ele não

[74] Apud, WHITE, Nicholas. Breve história da felicidade (A brief history of happiness). Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Edições Loyola. 2009, p. 130.

> pode, com isto, trazer sobre sua cabeça?... Ou vida longa? Quem garante que não seria uma longa miséria? Ou saúde, pelo menos? Quantas vezes a fraqueza do corpo livrou-nos de excessos nos quais a saúde perfeita teria permitido que incorrêssemos, e assim por diante? Em suma, ele não é capaz, com base em qualquer princípio, de determinar com certeza completa o que o tornará feliz, porque fazê-lo exigiriam onisciência[75].

Kant se aproxima, aqui, de Friedrich Hayek, para quem a prática do utilitarismo pressupõe a onisciência[76]. Ao escrever a sua *Crítica da Razão Prática*, parece desacreditar até mesmo na cientificidade de uma teoria da felicidade. Kant nega a possibilidade de se estabelecer regras universais capazes de estruturar tal teoria:

> O princípio da felicidade pode realmente oferecer máximas, mas nunca máximas com competência para serem leis da vontade, mesmo que a felicidade universal fosse toda tornada o objeto. Pois, como o conhecimento desta baseia-se em meros dados da experiência, como cada julgamento dele depende da opinião muito mutável de cada pessoa, ele pode oferecer regras gerais, mas nunca regras universais[77].

Segundo o Filósofo, "satisfazer ao preceito empiricamente condicionado da felicidade, raramente, e nem de longe, é possível a qualquer um, sequer com vistas a um único objetivo". Ele prossegue com seu estilo habitual: "um mandamento de que cada um devesse procurar tornar-se feliz seria tolo; pois nunca se ordena a alguém aquilo que ele já por si inevitavelmente quer". Para Kant, o que dever-se-ia fazer é, antes, "ofecerer-lhe regras de procedimento, porque ninguém pode ter tudo o que quer"[78].

A alegação de Kant é séria. Temos visto que a felicidade é alvo da atenção dos estudiosos. Tentam conferir-lhe uma natureza objetiva capaz de ser identificada universalmente baseando-se em elementos comuns e testáveis. Contudo, há certa resistência a essa pretensão, ao argumento de que não seria possível definir felicidade, nem mensurá-la. Tal resistência pode ser encontrada mesmo em doutrinas filosóficas, a exemplo do que acabamos de ler. A descrença reside na ausência de informações consistentes quanto às variáveis envolvidas na construção conceitual da felicidade. Daí valer a pena ser sensível ao conselho de André Comte-Sponville, quando nos diz que,

---

[75] Apud, WHITE, Nicholas. Breve história da felicidade (A brief history of happiness). Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Edições Loyola. 2009, p. 130.

[76] Friedrich A. Hayek. Law, Legislation, and Liberty, vol. II, The Mirage of Social Justice: A new statement of the liberal principles of justice and policial economy, p. 17-23 (1976). The University of Chicago Press.

[77] KANT, Immanuel (1956) Critique of Practical Reason. Trad. Lewis White Beck. Indianapolis, Bobbs-Merril, V, p. 36.

[78] KANT, Immanuel. Crítica da razão prática Tradução baseada na edição original de 1788, com introdução e notas Valerio Rohden. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 61.

“apesar de o mero pensar não garantir o acesso à felicidade, fazer isso vale mais à pena do que permanecer na estupidez e na cegueira”[79].

A literatura especializada traz pesquisas respeitáveis que se dedicam a avaliar o grau de felicidade das sociedades. Essas pesquisas saem do âmbito individual e tentam traçar um mapa da felicidade geral de uma comunidade.

Estudantes chineses tiveram de responder à pergunta sobre a felicidade, uma vez em chinês e outra em inglês, com duas semanas de intervalo entre uma e outra. Os estudantes declararam quase exatamente o mesmo nível médio de felicidade em chinês e inglês, e as respostas nos diferentes idiomas foram correlacionadas entre todos eles. Na Suíça, a maioria das pessoas fala francês, alemão ou italiano. Todos esses grupos dão respostas parecidas para a pergunta quanto à felicidade. Além disso, os suíços, em todos os três grupos, são mais felizes do que as pessoas que falam o mesmo idioma nos países vizinhos – França, Alemanha ou Itália[80].

Teremos de dedicar algum tempo para contrapor Kant. Isso porque nos parece, realmente, que o filósofo se equivoca ao afastar a possibilidade de uma teoria da felicidade. Passaremos agora a compreender os fundamentos científicos da felicidade que a alçam como categoria universalmente testável, cujos elementos comuns podem ser alcançados por meio da investigação científica.

Pesquisas têm testado tanto a felicidade na sua acepção individual, ou seja, “a felicidade que eu quero para mim” como a felicidade coletiva, que diz respeito a como uma dada comunidade pode ser a mais feliz possível e padecer da menor intensidade de sofrimento. Essas pesquisas vão desde a utilização de eletrodos sobre o couro cabeludo das pessoas, até comparações de dados entre milhares de pessoas de países diversos. Até o momento, pelas informações colhidas em variadas fontes informativas, a felicidade tem ganhado esse jogo e mostrado que pode fornecer elementos universais e objetivos capazes de alçá-la a um patamar privilegiado no conhecimento científico.

No final do século XIX, médicos notaram algo nas pessoas com lesão cerebral. Segundo estudos, “as boas sensações são experimentadas pela atividade no lado esquerdo do cérebro, atrás da testa”. Logo, “as pessoas se sentem deprimidas se essa

[79] COMTE-Sponville, André. (La plus belle histoire du bonheur). A mais bela história da felicidade: a recuperação da existência humana diante da desordem do mundo. André Comte-Sponville, Jean Delumeau, Arlette Farge. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Difel, 2010, p. 21.

[80] LAYARD, Richard. Felicidade: lições de uma nova ciencias. Tradução Maria Clara De Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: BestSeller, 2008, p. 52. Também em VEENHOVEN, R. Freedom and happiness: A comparative study in 44 nations in the early 1990s, 2000, em Diener e Suh, 2000.

parte do cérebro, atrás da testa, pára de funcionar". Por outro lado, como "as más sensações estão ligadas à atividade cerebral atrás do lado direito da testa, quando essa parte do cérebro está inativa, as pessoas podem se sentir alegres". Segundo Layard, "esses avanços científicos mudaram nosso modo de pensar sobre a felicidade" uma vez que passamos a saber "que o que as pessoas dizem sobre como se sentem corresponde intimamente aos seus níveis reais de atividade em partes diferentes do cérebro, que podem ser mensurados de modos científicos padronizados"[81].

Richard Davidson, da *University of Wisconsin*, tem desenvolvido estudos acerca da possibilidade de, por elementos objetivos, se comparar os índices de felicidade entre pessoas diferentes. Por meio de eletrodos colocados sobre o couro cabeludo, Davidson consegue ler a atividade elétrica dos cérebros das pessoas e, assim, medir "a atividade em partes diferentes do cérebro". Essa atividade é chamada de EEG e passa a ser "relacionada com os sentimentos que as pessoas relatam". O resultado é interessante. Quando a pessoa experimenta um sentimento positivo (vê um trecho de um filme engraçado), "há mais atividade elétrica na parte frontal esquerda do cérebro". Já quando ela experimenta sentimentos negativos (assiste a uma passagem assustadora na TV), "há mais atividade na parte frontal direita"[82].

Há outras experiências dentro da neurociência. Em uma delas, pessoas são colocadas dentro de "aparelhos de imagem por ressonância magnética (IRM) ou tomografia por emissão de pósitron (PET, de *positron emission tomography*)". Inicialmente lhe são mostradas imagens de um bebê feliz. Em seguida, aparece um bebê doente. Segundo Layard, "a PET registra as mudanças correspondentes ao uso de glicose no cérebro como manchas claras nas fotografias", demonstrando que "a figura bonita ativa o lado esquerdo do cérebro", enquanto "a desagradável ativa o lado direito". Por meio desses estudos podemos nos valer de medidas físicas para comparar a felicidade das pessoas mostrando que elas diferem no padrão de seus EEGs. Aquelas pessoas "cujo lado esquerdo é especialmente ativo relatam lembranças e sentimentos mais positivos do que as que usam mais o lado direito". Essas pessoas "sorriem mais e seus amigos as consideram mais felizes". Por outro lado, "as pessoas cujo lado direito é

[81] LAYARD, Richard. Felicidade: lições de uma nova ciencias. Tradução Maria Clara De Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: BestSeller, 2008, p. 28.
[82] LAYARD, Richard. Felicidade: lições de uma nova ciencias. Tradução Maria Clara De Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: BestSeller, 2008, p. 34.

especialmente ativo relatam lembranças e pensamentos mais negativos, sorriem menos e seus amigos as consideram menos felizes"[83].

Logo, a ciência nos diz algo: é possível medir a felicidade comparando as atividades entre os lados esquerdo e direito do cérebro. Portanto, Kant parece ter se enganado ao negar a possibilidade de uma teoria da felicidade. Voltemos às suas ideias.

Segundo o Filósofo, como recompensa da virtude, alcançar-se-ia a felicidade e esta não seria, em si mesma, boa, uma vez que ela pressuporia uma "conduta em conformidade com a lei moral". Mesmo assim, a virtude e a felicidade, juntas, constituem "a posse do bem supremo para uma pessoa, e a felicidade na exata proporção da moralidade (como o valor de uma pessoa e ela ser digna de ser feliz) constitui o bem supremo de um mundo possível"[84].

Por fim, Kant não concebe a possibilidade de o conceito de felicidade ser dotado de grande coerência, até mesmo pelo fato de as avaliações racionais necessárias para a sua estruturação se misturarem com características morais do homem[85]. Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant afirma que "a razão adequadamente moral para abraçarmos nossas obrigações não deve incluir nenhuma consideração da felicidade", pois as "razões morais originam-se inteiramente do próprio imperativo categórico (respeito pela lei moral)". Segundo o Filósofo, o princípio da felicidade própria não compreenderia nenhum outro fundamento determinante da vontade, além dos que convêm à faculdade de apetição inferior e, portanto:

> ou não existe nenhuma faculdade de apetição [superior], ou a razão pura tem que ser por si só prática, isto é, tem que poder determinar a vontade pela simples forma da regra prática, sem pressuposição de nenhum sentimento, por conseguinte sem representações do agradável ou desagradável enquanto matéria da faculdade de apetição, que sempre é uma condição empírica dos princípios[86].

Interessante a consideração feita por Richard Posner quanto ao kantismo e à teoria da felicidade. Posner diz que, "seja como sistema ético pessoal, seja como

---

[83] LAYARD, Richard. Felicidade: lições de uma nova ciencias. Tradução Maria Clara De Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: BestSeller, 2008, p. 35.

[84] KANT, Immanuel (1956) Critique of Practical Reason. Trad. Lewis White Beck. Indianapolis, Bobbs-Merril, V, p. V, 110.

[85] WHITE, Nicholas. Breve história da felicidade (A brief history of happiness). Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Edições Loyola. 2009, p. 156.

[86] KANT, Immanuel. Crítica da razão prática Tradução baseada na edição original de 1788, com introdução e notas Valerio Rohden. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 42. Kant era um sujeito duro. Acreditava que o sexo antes do casamento – e qualquer ato sexual para outros fins que não a procriação – era imoral. Também era radicalmente contra a masturbação. Nisso, se distanciava de Nietzsche, cujas considerações acerca da felicidade iremos conhecer agora. SHAFFER, Andrew. Os grandes filósofos que fracassaram no amor. Tradução: Marcelo Barbão. São Paulo: Leya, 2012, p. 79.

paradigma para a tomada de decisões no âmbito social, o utilitarismo tem sérias deficiências. Mas o kantismo, comumente apresentado como segunda opção, também tem seus próprios defeitos graves, sendo um deles a semelhança com o utilitarismo"[87].

Kant é duro e pessimista quanto a sua visão de felicidade. Contudo, trata-se de um filósofo de tamanha envergadura intelectual que nenhuma de suas posições podem ser subestimadas.

1.12 Friedrich Nietzsche: A Felicidade nos Conflitos Interiores

Friedrich Nietzsche não coloca a felicidade como o objetivo primordial da pessoa, mas defende certa grandeza, que seria um "tipo de felicidade diferente daquela que a maioria das pessoas busca"[88]. O rompimento de Nietzshe com a ideia de harmonia de Platão foi total. Enquanto Platão defendia o equilíbrio entre as forças internas que moviam o ser humano, Nietzshe acreditava que os conflitos interiores serviriam de combustível para o progresso do ser e, consequentemente, poderia contribuir para o alcance da felicidade[89]. Para Nietzshe "os embates de desejos podem ser desejáveis". Para isso, seria suficiente que eles servissem de força propulsora de algum tipo de alegria seguida por uma realização grandiosa. Desse modo, não se teria o ostracismo, o sedentarismo e a inércia. O ser humano seria guiado pelos seus conflitos internos. A felicidade estava no conflito, daí porque, nesse ponto, sua teoria se mostra oposta a Platão, o filósofo do equilíbrio. É que o conflito, quando utilizado como elemento estimulador de energia e incentivos, faz surgir "aqueles mágicos, incompreensíveis e insondáveis homens – aqueles enigmáticos, predestinados à vitória e à sedução"[90].

A felicidade em Nietzshe é o resultado dos conflitos internos, que servem de combustível para a construções de novos horizontes dignos dos grandes seres humanos.

---

[87] POSNER, Richard. A economia da justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 72.

[88] Apud WHITE, Nicholas. A brief history of happiness. No Brasil, tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Edições Loyola. 2009, p. 140.

[89] O fim da vida de Nietzsche não foi dos mais felizes. Ele ficou louco depois de uma infecção sifilítica. Em 3 de janeiro de 1889, teve um surto psicótico em Turim. Ao ver um cavalo sendo chicoteado, abraçou o animal e caiu a seus pés, babando e balbuciando palavras sem sentido. Viveu louco os onze anos seguintes. O seu grande amigo e parceiro intelectual, Richard Wagner, sugeriu que os problemas de saúde dele eram causados pela masturbação excessiva. Nietzsche rompeu com ele e escreveu o ensaio "Nietzsche contra Wagner". É compreensível que Nietzsche tenha visto, no conflito interno, o rumo da felicidade. Cf. SHAFFER, Andrew. Os grandes filósofos que fracassaram no amor. Tradução: Marcelo Barbão. São Paulo: Leya, 2012, p. 138.

[90] NIETZSCHE, Friedrich (1966). Beyond Good and Evil. In: Basic Writings of Nietzsche. Trad. Ed. Walter Kaufmann. New York, Random House, § 200.

1.13 Arthur Schopenhauer: Dor e Tédio como Inimigos da Felicidade

Schopenhauer[91] ensinou que a sabedoria da vida seria um sinônimo de eudemonismo. Ele afasta a visão estóica de felicidade. O seu eudemonismo ensina como se pode viver da maneira mais feliz possível, sem grandes renúncias e esforços para superar a si mesmo. O eudemonismo se subdividiria em duas partes: 1) máximas para o nosso comportamento em relação a nós mesmos; 2) máximas para o nosso comportamento em relação aos outros. Em seguida, dá quatro passos para se alcançar a felicidade. Em primeiro lugar: serenidade de espírito, temperamento feliz, que determina a capacidade de sofrer e de sentir alegria. Em segundo: a saúde do corpo, ligada ao temperamento, condição quase imprescindível. Em terceiro lugar: a paz de espírito. Por fim, em quarto, bens exteriores em medida muito pequena. Schopenhauer lembra que Epicuro subdivide os bens em: 1) naturais e necessários; 2) naturais, mas não necessários; 3) nem naturais, nem necessários[92].

Schopenhauer discorreu sobre a felicidade por meio de máximas. Elas são fundamentais para que consigamos identificar os elementos centrais do seu pensamento. A Máxima 1 é a seguinte:

> Todos nós nascemos na Arcádia, todos viemos ao mundo cheios de pretensões de felicidade e prazer, e conservamos a insensata esperança de fazê-las valer, até o momento em que o destino nos aferra bruscamente e nos mostra que nada é nosso, mas tudo é dele, uma vez que ele detém um direito incontestável não apenas sobre nossas posses e nossos ganhos, mas também sobre nossos braços e nossas pernas, nossos olhos e nossos ouvidos, e até mesmo sobre nosso nariz no centro do rosto. A experiência vem em seguida e nos ensina que a felicidade e o prazer não passam de

[91] Bertrand Russel diz o seguinte sobre Schopenhauer: "Ele habitualmente jantava bem, num bom restaurante: tinha muitos casos amorosos triviais, que eram sensuais mas não apaixonados: era excessivamente irascível e geralmente avarento". Schopenhauer admirava Kant e, como ele, "vestia-se de maneira ultrapassada, comia em horários estritamente regulares e fazia uma caminhada diária, no seu caso, em companhia de sua adorada poodle Atma". Fazia "visitas ocasionais ao teatro e a leitura de jornais na biblioteca pública". Era o "modelo de um erudito recluso". Mesmo assim, teve vários relacionamentos e um filho ilegítimo "a quem ignorou e que morreu jovem por negligência". Uma polêmica em sua vida é o chamado "caso Marquet", episódio com traços de romance policial. Ao voltar para casa certo dia, Schopenhauer encontrou três mulheres conversando do lado de fora de sua porta. Uma delas, a costureira Caroline Luise Marquet. Ele, que não gostava de barulho, ordenou que fossem embora, mas elas se recusaram. Schopenhauer foi até o quarto e voltou com um bastão. Agarrando a costureira pela cintura, tentou forçá-la a se afastar dos seus aposentos. Ela gritou. Ele a empurrou e a mulher caiu. Ela moveu uma ação por danos, alegando que a havia chutado e espancado. Em maio de 1825, a Corte concedeu a ela uma pensão mensal. Quando a senhora morreu, 20 anos depois, Schopenhauer anotou em seu livro contábil: obit anus, abit onus (morre a velha, vai-se a carga). Cf. COHEN, Martin. Casos filosóficos. Tradução de Francisco Innocêncio. Ilustrações de Raúl Gonzáles. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012, p. 261.

[92] SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de ser feliz: exposta em 50 máximas. Organização e ensaio de Franco Volpi. Tradução de Marion Fleischer, Eduardo Bandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 08-09.

> uma quimera, mostrada à distância por uma ilusão, enquanto o sofrimento e a dor são reais e manifestam-se diretamente por si só, sem a necessidade da ilusão e da espera[93].

O trecho acima deixa claro o pessimismo do Filósofo. A quarta Máxima se volta para a intensidade dos desejos e a necessidade de satisfazê-los. Ela diz:

> Um homem não se sente totalmente privado dos bens aos quais nunca sonhou aspirar, mas fica muito satisfeito mesmo sem eles, enquanto outro que possua cem vezes mais do que o primeiro sente-se infeliz quando lhe falta uma única coisa que tenha desejado[94].

A Máxima nº 17 diz que quem quer medir a felicidade de uma vida inteira com base nas alegrias e nos prazeres assume um critério completamente errado, pois as alegrias são negativas; imaginar que elas possam fazer alguém feliz é uma ilusão criada e cultivada pela inveja, "uma vez que as alegrias não são sentidas em termos positivos, como ocorre com as dores; são estas, portanto, com sua ausência, que constituem o critério de medida da felicidade".

Nada obstante Schopenhauer tenha se dedicado a estudar as bases universais da felicidade, ele é conhecido como um grande pessimista: "uma das maiores quimeras que observamos na infância e das quais nos libertamos apenas mais tarde é aquela segundo a qual o valor empírico da vida reside nos seus prazeres, ou que existam alegrias e propriedades que façam alguém positivamente feliz" - disse.

O Filósofo destaca que se chega "a buscar sua realização, até a chegada tardia do desengano, até encontrarmos nessa caça à felicidade e ao prazer, que não existem de fato, o que realmente existe: a dor, o sofrimento, a doença, a preocupação e milhares de outras adversidades". Se, em vez disso, "reconhecêsse-mos precocemente que os bens positivos são uma quimera, enquanto as dores positivas são muito reais, pensaríamos apenas em evitá-los, segundo Aristóteles"[95].

É interessante a abordagem que o Filósofo faz quanto a elaboração de mitos em torno da ideia de felicidade, muitas vezes associando-os a figuras distantes da realidade de cada um de nós, tornando a sua busca algo sofrível e irreal. Schopenhauer valoriza a

---

[93] SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de ser feliz: exposta em 50 máximas. Organização e ensaio de Franco Volpi. Tradução de Marion Fleischer, Eduardo Bandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 10.

[94] SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de ser feliz: exposta em 50 máximas. Organização e ensaio de Franco Volpi. Tradução de Marion Fleischer, Eduardo Bandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 26.

[95] SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de ser feliz: exposta em 50 máximas. Organização e ensaio de Franco Volpi. Tradução de Marion Fleischer, Eduardo Bandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 48-50.

fuga da dor, entendendo que caso se consiga isso, é suficiente. O Filosófo fala da infelicidade em dois momentos da vida. Na primeira metade dela, a infelicidade vem da busca da felicidade em vida: "o resultado são esperanças e insatisfações continuamente frustradas. Visualizamos imagens enganosas de uma felicidade sonhada e indeterminada, entre figuras escolhidas por capricho, e procuramos em vão seu arquétipo". Na segunda metade da vida, a preocupação "com a infelicidade toma o lugar da aspiração sempre insatisfeita à felicidade; no entanto, encontrar um remédio para tal problema é objetivamente possível". A essa altura buscamos apenas tranquilidade e a maior ausência de dor possível, "o que pode ocasionar um estado consideravelmente mais satisfatório do que o primeiro, visto que ele deseja algo atingível, e que prevalece sobre as privações que caracterizam a segunda metade da vida"[96].

A Máxima nº 36 trata da necessidade de não buscar a felicidade incessantemente, sob pena de se deixar guiar por uma profunda ansiedade que levaria, inevitavelmente, à tristeza. O Filósofo afirma que os grandes inimigos da felicidade humana são dois: a dor e o tédio. Sábia, a natureza dotou a personalidade de um meio de defesa contra cada um deles: contra a dor que muitas vezes mais psíquica do que física, deu-lhe a serenidade; contra o tédio, o engenho.

1.14 Madame du Châtelet: Vida Amorosa Errante e Inspiradora

Ao longo do século XVIII, tivemos cerca de cinqüenta tratados dedicados à felicidade. Um deles foi escrito por uma mulher: Madame du Châtelet, com o seu *Discurso sobre a felicidade*[97]. Para Châtelet, "só vale a pena viver quando se têm

[96] SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de ser feliz: exposta em 50 máximas. Organização e ensaio de Franco Volpi. Tradução de Marion Fleischer, Eduardo Bandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 64-66.

[97] Aos trinta anos, Madame du Châtelet abandonou Paris, marido, filhos e amantes para ir viver com Voltaire em seu castelo de Cirey, próximo da fronteira da Lorena. Incrivelmente ativa, ela trabalhava, atuava e cantava óperas. Com Voltaire, seu comportamento era doentio. Ela cuidava dele, vestia-o e alimentava-o. Para impedir que notícias desagradáveis lhe chegassem, abria correspondências, censurava escritos e escondia os que julgava perigosos. Possessiva, levou-o de Cirey a Paris, e depois para Bruxelas. Entre eles, desde o início dos anos 1740, já não havia paixão, e o peso de uma ligação excessivamente exclusiva foi grande demais. Com um humor terrível, Voltaire tratava-a da forma mais dura possível. Ela chorava o dia inteiro. O conjunto de características desse relacionamento serviu de inspiração para a veia filosófica de Madame du Chatelêt. Seus escritos sobre a felicidade, nada obstante sejam marcados por uma intensa melancolia, são também um retrato de uma mulher que, ao tempo, era vista como revolucionária.

sensações e sentimentos agradáveis; e, quanto mais vívidos forem os sentimentos agradáveis, mais felizes somos"[98]. A virtude estava presente na concepção de felicidade:

> Quem quer que almeje a felicidade jamais deve dele se desviar; a observação estrita do decoro, contudo, é uma virtude, e já mencionei que, para ser feliz, deve-se ser virtuoso. É necessário ser virtuoso, porque não se pode ser devasso e feliz. Compreendo por virtude tudo o que concorre para a felicidade da sociedade e, por conseguinte, para a nossa, pois somos membros da sociedade[99].

Não havia qualquer negação, por parte da Filósofa, à busca pela satisfação dos desejos. Segundo ela, "só se é feliz pelos desejos satisfeitos; é preciso portanto só se permitir desejar as coisas que se pode obter sem demasiados cuidados e trabalho, e é um ponto sobre o qual temos muito poder para nossa felicidade". Ela ainda registra o seguinte:

> Amar o que se possui, saber usufruir isso, saborear as vantagens de nossa condição, não contemplar demais os que nos parecem mais felizes, empenhar-se em aperfeiçoá-la, e aproveitá-la da melhor maneira possível, eis o que se deve chamar de felicidade; e acredito oferecer uma boa definição dizendo que o mais feliz dos homens é aquele que menos deseja a mudança de sua condição.

Pesquisas recentes mostram que Chatelêt estava certa ao recomendar não dedicar muita atenção aos méritos alheios, sob pena de não conseguir, assim, ser feliz.

De acordo com Madame du Châtelet, "para gozar essa felicidade, é preciso curar-se ou prevenir-se de uma enfermidade de uma outra espécie que a ela se opõe por inteiro e que é demasiado comum: a inquietude. Essa disposição de espírito opõe-se a qualquer deleite, e, consequentemente, a qualquer espécie de felicidade". Por fim, ela recomendava:

> Empenhemo-nos portanto em ter boa saúde, em não ter preconceitos, em ter paixões, em fazê-las servir à nossa felicidade, em substituir nossas paixões por gostos, em conservar preciosamente nossas ilusões, em ser virtuosos, em jamais nos arrepender, em afastar de nós ideias tristes, e em jamais permitir que nosso coração conserve uma faísca de amor por alguém cujo gosto esteja diminuindo e que deixe de nos amar. É preciso abandonar o amor um dia, por menos que se envelheça, e esse dia deve ser aquele em que ele deixa de nos fazer feliz[100].

---

[98] SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de ser feliz: exposta em 50 máximas. Organização e ensaio de Franco Volpi. Tradução de Marion Fleischer, Eduardo Bandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 6.

[99] SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de ser feliz: exposta em 50 máximas. Organização e ensaio de Franco Volpi. Tradução de Marion Fleischer, Eduardo Bandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 13.

[100] DU CHÂTELET, Gabrielle Le Tonnelier De Breteuil, Marquêsa. Discurso sobre a felicidade. Prefácio de Elisabeth Badinter. Tradução de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 39-40.

Esse último trecho deixa claro a dor que ela carregou consigo pelo luto gerado com o amor não correspondido de Voltaire[101].

1.15 A Filosofia Iluminista da Felicidade na Alemanha e na Escócia

Trabalharemos, nessa tese, a influência do iluminismo em vários países do mundo, bem como suas conexões com a origem do constitucionalismo contemporâneo. Falaremos dos Estados Unidos da América, da França, do Brasil e do Reino Unido. Não poderíamos esquecer a Alemanha, que sofreu grande influência do iluminismo.

Christian Thomasius publicou, em 1687, em Leipzig, *Discurso sobre qual a forma de imitar os franceses na vida e na transformação conjunta?* Ele exorta a renovação da cultura alemã e o uso da língua alemã como linguagem científica. Também traz questionamentos "à nobreza e coloca no centro de sua filosofia o ser humano, aquele que desenvolve a vida cotidiana, especialmente o cidadão". Thomasius, entre os anos de 1688-1690, publicou o jornal iluminista *Conversas Mensais*. Em 1691, apresentou o *Introdução ao Ensino da Razão*, também dotado de viés iluminista. Assim como Friedrich Von Spee e o holandês Balthasar Bekker, enfrentou "a acusação de bruxaria com tal firmeza, que esse tipo de processo foi banido da Prússia"[102].

Em 1720 foi a vez de a Alemanha conhecer as obras iluministas de Christian Wolff. A trajetória de Wolff se deu por caminhos tortuosos. Em 1723, foi expulso de Halle. Defendeu a teoria sobre uma moralidade autônoma em *Ética Alemã*, em 1720, e, um ano depois, no *Discurso sobre a filosofia prática chinesa*, viu nos chineses, povo não cristão, certo grau de moralidade. Um decreto real determinou que Wolff abandonasse a Prússia no prazo de 48 horas "sob pena de ser enforcado".

---

[101] Apesar da vida amorosa errante, Madame du Chatalêt discorreu com lucidez sobre a felicidade, deixando claro que enxergava-a segundo os princípios aplicados em sua própria vida. Ela enfrentou todos os preconceitos de sua época sem jamais abrir mão de sua originalidade, sua independência e sua ambição. Chegou a se deparar com a inveja e o sarcasmo de contemporâneas, como a senhora du Deffand, que escreveu que Chatelêt havia se feito "geômetra para parecer acima das outras mulheres...e estuda geometria para conseguir entender seu livro". Voltaire, que a viu perdendo fortunas no jogo, a considerava como totalmente enganada quanto à inocência de sua paixão. A certa altura, ele teve que declarar publicamente que não seria o responsável por pagar as dívidas dela. Ao 42 anos, Madame se viu apaixonada por um jovem oficial da corte da Lorena, Saint-Lambert, dez anos mais novo. Ela perdeu completamente a cabeça por ele. Esse sentimento faz renascer sua personalidade possessiva, tirânica e insatisfeita. Em 9 de setembro de 1749, alguns dias após dar luz à filha de Saint-Lambert, Madame du Chatelêt morreu. DU CHÂTELET, Gabrielle Le Tonnelier De Breteuil, Marquêsa. Discurso sobre a felicidade. Prefácio de Elisabeth Badinter. Tradução de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[102] Filósofos do Século XVIII: Uma introdução. Organizador: Lothar Kreimendahl. Tradutor Dankwart Bernsmüller. Editora Unisinos. Coleção História da Filosofia. São Leopoldo: 2007, pp. 18-19.

O legado de Wolff é impressionante. São mais de 50 mil páginas impressas e publicadas. Foi traduzido para o francês, inglês, italiano, holandês, russo e latim. Também foi o primeiro alemão professor de filosofia que desenvolveu corrente própria, "a ponto de haver um wolffiano em praticamente todas as universidades protestantes alemãs". São centenas de artigos publicados a seu favor ou contra. Sua expulsão de Halle em 1723, "o transformou num Galileu protestante e num mártir do Iluminismo". Sua recondução para lá, dezessete anos mais tarde, "transformou-o num símbolo do triunfo desse movimento"[103].

Leibiniz criticou sua tese de doutoramento sobre ética, em 1703, fazendo com que Wolff, inicialmente, se convencesse "de que a definição de prazer ali empregada – sensação agradável – não faz sentido". Ele acrescenta a noção de que "cada sensação de prazer deve, consciente ou inconscientemente, fundar-se sobre a percepção de uma perfeição (*sensus perfectionis*)". Mais à frente, substitui a fórmula de Leibiniz por uma definição de cunho "fortemente visual-cognitiva, que se baseia em Descartes: prazer é a visão ou a percepção visualizada de qualquer perfeição, seja ela real ou apenas suposta". Segundo a máxima, "toda percepção humana de prazer exclui um momento de reconhecimento, podendo, portanto, acertar ou errar a perfeição procurada". Para Wolff, "o ser humano nunca é puramente um ser sensório em seu sentir e ansiar por algo, mas sempre um ser racional, capaz de tomar decisões sobre suas características naturais com julgamento e ponderação". Ele prossegue:

> Prazer e desgosto baseiam-se na capacidade de avaliar corretamente a qualidade do objeto que os ocasiona. A satisfação que se origina do próprio julgamento conta como uma das mais profundas fontes de realização humana. Disso advém a vantagem na oportunidade de atingir a felicidade que o detentor de experiência possui sobre o inexperiente, independente de qual possibilidade se trata[104].

Wolff propõe um conceito universal de felicidade (*beatitudo*). Em 1703, ao apresentar o seu primeiro estudo sobre a ética, "ele assume a definição de Descartes, pela qual o viver feliz nada mais é do que alegrar-se com uma mente perfeitamente satisfeita e tranqüila". Por se tratar de um conceito estático, Leibniz não tarda em criticá-lo, afirmando que "um ser finito e limitado como o humano não poderia atingir a plenitude de seus desejos multilaterais. Não está previsto no plano da Criação que se

[103] Filósofos do Século XVIII: Uma introdução. Organizador: Lothar Kreimendahl. Tradutor Dankwart Bernsmüller. Editora Unisinos. Coleção História da Filosofia. São Leopoldo: 2007, p. 66.
[104] Filósofos do Século XVIII: Uma introdução. Organizador: Lothar Kreimendahl. Tradutor Dankwart Bernsmüller. Editora Unisinos. Coleção História da Filosofia. São Leopoldo: 2007, pp. 84-85.

permaneça feliz e sem desejos aqui na Terra". Leibniz prossegue com sua crítica afirmando que "o sabor da modéstia serena e auto-suficiente pode ser entendida como sinal de acomodação ou até de tolice". Introduzindo a concepção de dinâmica e busca pelo aperfeiçoamento, "Leibniz enxerga a verdadeira felicidade na desenfreada busca por bens maiores". Wolff, atacado, resolve encarar a proposta teórica de Leibniz, segundo a qual haveria um "relacionamento interno entre desdobramentos dos talentos próprios e a obtenção da felicidade real". Segundo Wolff, "o bem maior ou a bem-aventurança do ser humano consiste em uma evolução irreversível rumo a uma perfeição cada dia maior". A plenitude permanente da existência "não está num ocioso *laissez-faire* ou na busca de um consumo passivo, mas, sim, no empenho das próprias forças e num sobrepujar-se a si mesmo"[105].

Wolff adverte que "o ser humano também precisa suportar desilusões e pode fracassar assim que tenta concretizar seus sonhos de felicidade". Felicidade seria algo mais do que "um estado passageiro de ânimo elevado ou uma euforia diáfana, somente podendo ser atingida por meio de um consistente planejamento de vida, orientado na realidade". Esse "empenho em desconstruir enganos ocorrerá com conflitos, mas abrirá perspectivas para uma vivência e convivência futura mais feliz"[106]. Falaremos de Wolff em vários momentos nesse trabalho.

Há mais mentes que ilustraram o desenvolvimento da filosofia iluminista centrada na busca da felicidade. Vamos falar, agora, da Escócia.

Uma família de pastores presbiterianos do norte da Irlanda, de origem escocesa, deu ao mundo Francis Hutcheson (1694/1746), o pai do Iluminismo escocês. Seus estudos e pesquisas filosóficas ocorreram na Universidade de Glasgow, na Escócia, "onde estudou de 1711 a 1717 e onde adquiriu o mestrado e o doutorado em teologia, e onde também atuou como professor de filosofia da moral, de 1727 até sua morte". Não é exagero afirmar que, no século XVIII, "Hutcheson foi o primeiro pensador de seu país que extrapolou as fronteiras de sua pátria e de cujas obras, já em vida, havia traduções para o alemão e o francês e, logo a seguir, reimpressões nas colônias americanas". No mesmo século, veio da escócia mentes como a de Adam Smith, David Hume, Thomas Reid e Adam Ferguson. Adam Smith, a propósito, foi aluno de Hutcheson, tendo estudado em Glasgow entre 1737 e 1740. Em 1752, Smith volta à universidade para

[105] Filósofos do Século XVIII: Uma introdução. Organizador: Lothar Kreimendahl. Tradutor Dankwart Bernsmüller. Editora Unisinos. Coleção História da Filosofia. São Leopoldo: 2007, pp. 86-87.
[106] Filósofos do Século XVIII: Uma introdução. Organizador: Lothar Kreimendahl. Tradutor Dankwart Bernsmüller. Editora Unisinos. Coleção História da Filosofia. São Leopoldo: 2007, pp. 86-87.

substituí-lo. Quando virou reitor da Universidade de Glasgow, em 1787, referiu-se ao seu mestre como o *never to be forgotten Hutcheson*[107].

Segundo Hutcheson, o senso moral percebe os objetos morais e os distingue, mas não fornece nenhum motivo para a ação. Para ele:

> A ação moral – independente de advir de uma regra como a do *greatest happiness for the greates number* ou de um motivo espontâneo – é movida pelo amor, que é a própria *causa efficiens* dessa ação moral, e somente então tal ação é aprovada ou desaprovada – no próprio agente ou por meio do observador de um agente observado – pela percepção mediante o senso moral[108].

O que Hutcheson fez foi apresentar o princípio da felicidade maior. A este respeito, John Rawls diz que: "Ao que tudo indica, Hutcheson foi o primeiro a formular claramente o principio de utilidade. Diz ele em *Inquiry* seção 3 parágrafo 8 que 'melhor é o ato que produz a maior felicidade para o maior número de pessoas; e pior é aquele que, de igual maneira, ocasiona infelicidade'"[109].

Em *Inquiry*, Hutcheson discorre sobre o conceito de bem-querer e suscita o tema da "qualidade e das condições que levam à aprovação ou desaprovação". Para ele, "com o auxílio da razão, estabelecemos uma comparação e julgamos as intenções morais, o interesse próprio e as possibilidades do agente, bem como a abrangência das conseqüências boas e ruins do fazer e do deixar de fazer". Esta comparação se dá por meio de uma fórmula matemática. Hutcheson defende que "a intenção da vontade está voltada para *greatest happiness for the greatest number*". Fica estampado que ele se guia pela linha central do princípio da felicidade maior imortalizado por Jeremy Bentham e sobre o qual discorreremos adiante.

O escocês Adam Smith[110] também adotou perspectivas iluministas e fundou seu raciocínio em premissas utilitaristas. Para ele, a educação de meninos em grandes

---

[107] Por intermédio de Molesworth (um dos líderes mais radicais dos Whigs e professor, político e confidente de Shaftesbury), Hutcheson conheceu o grupo dos real whigs ou commonwealthmen. Seus grandes líderes pensadores, autores e orientadores eram Harrington e Shaftesbury. Hutcheson morreu em 1746, em Dublin, durante sua última viagem à Irlanda. Era o seu 52º aniversário. Foi enterrado no cemitério de Santa Maria.

[108] FILÓSOFOS DO SÉCULO XIII: Uma introdução. Organizador: Lothar Kreimendahl. Tradutor Dankwart Bernsmüller. Editora Unisinos. Coleção História da Filosofia. São Leopoldo: 2007, pp. 119-120.

[109] RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vida. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 27.

[110] Richard Posner enaltece as propostas de Adam Smith: "A enumeração dos sentimentos morais feita por David Hume e Adam Smith, por exemplo, ilustra o tipo de filosofia moral que não critico neste livro".

escolas distantes, de rapazes em faculdades distantes, de jovens damas em internatos ou conventos distantes, "parece ter prejudicado, na sua profunda essência, a moral doméstica das camadas sociais mais altas, e consequentemente a felicidade doméstica, tanto na França, como na Inglaterra"[111]. O necessário compromisso com a virtude também aparece. Para Smith, "uma vez que a afeição fundada no amor da virtude é certamente a mais virtuosa das perfeições, é, portanto, também a mais feliz, bem como a mais permanente e mais segura". É que a natureza, "que formou os homens para aquela bondade recíproca tão necessária para a sua felicidade, torna todo homem objeto peculiar de bondade para pessoas para quem ele mesmo já foi bondoso"[112].

Falando do líder da nação (Adam Smith usa a expressão "líder do partido bem-sucedido"), ele afirma que se este tem autoridade para induzir seus amigos a agir com a temperança e moderação apropriadas (ele reconhece que frequentemente não a tem), e que "pode, às vezes, prestar a seu país um serviço muito mais essencial e importante do que as maiores vitórias e mais vastas conquistas". O líder pode ainda restabelecer e melhorar a constituição, e, por causa do seu próprio caráter muito duvidoso e ambíguo, pode assumir "o maior e mais nobre de todos os caracteres, o de reformador e legislador de um grande Estado; e, pela sabedoria de suas instituições, assegurar a tranqüilidade interna e a felicidade de seus concidadãos por muitas gerações sucessivas"[113]. Essa passagem é importante para a tese pelo fato de abrir espaço para a construção da felicidade como *telos* das decisões públicas.

Smith afirma que "o prazer e a dor são os grandes objetos de desejo e aversão; mas estes não se distinguem racionalmente, mas por sentidos e sentimentos imediatos". Ele diz que coube a Hutcheson distinguir em que medida todas as distinções morais procedem da razão, e em que medida se fundamentam em sentidos e sentimentos imediatos. Adam Smith diz que, para Hutcheson, o princípio da aprovação não estava

---

POSNER, Richard. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 08.

[111] SMITH, Adam. Teoria dos Sentimentos Morais, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, acrescidad e uma dissertação sobre a origem das línguas. Tradução Lya Luft. Revisão Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 278.

[112] SMITH, Adam. Teoria dos Sentimentos Morais, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, acrescidad e uma dissertação sobre a origem das línguas. Tradução Lya Luft. Revisão Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 282.

[113] SMITH, Adam. Teoria dos Sentimentos Morais, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, acrescidad e uma dissertação sobre a origem das línguas. Tradução Lya Luft. Revisão Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 291.

fundado sobre o amor de si e não podia proceder de uma operação racional. Excluídos o amor de si e a razão, "achou não haver outra faculdade do espírito já conhecida que pudesse de algum modo satisfazer esse propósito".

Por fim, vale rememorar as afirmações de Adam Smith quanto a Hutcheson, quando diz que este denominou senso moral esse novo poder de percepção, análogo aos sentidos externos: assim como os corpos que nos cercam, que ao serem afetados "mostram possuir diferentes qualidades de som, gosto, odor e cor, também os vários afetos do espírito humano, ao tocarem essa faculdade especial, aparentam possuir diferentes qualidades de amável e odioso, virtuoso e vicioso, certo e errado". Tais sensações seriam de duas espécies: (i) sensações diretas ou antecedentes e (ii) reflexas ou conseqüentes. As diretas seriam as faculdades das coisas que o espírito derivaria a percepção das espécies de coisas que não pressuporiam a percepção antecedente de nenhuma outra: sons e cores. As reflexas ou conseqüentes seriam as faculdades das quais o espírito derivaria a percepção das espécies de coisas que pressuporiam a percepção antecedente de alguma coisa: harmonia e beleza. O senso moral seria dessa espécie[114].

Aqui temos, portanto, algumas notas a respeito das ideias iluministas que ganharam consistência no mundo a partir da Alemanha e da Escócia, todas tratando sobre a felicidade, dando mostras de que essa aspiração constitui uma bandeira universal perseguida por muitas civilizações durante milênios.

[114] SMITH, Adam. Teoria dos Sentimentos Morais, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, acrescidad e uma dissertação sobre a origem das línguas. Tradução Lya Luft. Revisão Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 398-401.

2. O UTILITARISMO NA SUA PRIMEIRA VERSÃO: JEREMY BENTHAM

2.1 A Personalidade Exótica

O utilitarismo teve três pioneiros: William Paley (1785), Jeremy Bentham (1789) e William Godwin (1793). Todos compartilhavam os valores do Iluminismo. Paley era ministro da Igreja da Inglaterra e via no utilitarismo uma forma de se determinar a vontade divina. Godwin tinha uma visão extrema do utilitarismo: uma moralidade completamente imparcial. Um dos exemplos trazidos por ele era designado de "O arcebispo e a camareira" e continha o seguinte problema: "Você está preso em um prédio em chamas com outras duas pessoas. Uma delas é um arcebispo, o qual é um grande benfeitor da humanidade, e a outra é uma camareira. Você só tem tempo para salvar uma pessoa. O que você deve fazer?" Para Godwin, você deveria salvar o arcebispo, pois a vida dele tem mais valor para a felicidade humana do que a da camareira. A conclusão é a mesma se a camareira for a sua mãe ou você mesmo[115].

Há ainda Jeremy Bentham. No século XVIII, os debates filosóficos, políticos e jurídicos foram enriquecidos pelas inovações teóricas trazidas por Bentham, alguém que quis ser visto como um "homem tímido e bondoso que nunca se casou, doou seu dinheiro para boas causas e foi um dos primeiros intelectuais a praticar corrida, ou trote, como a chamava"[116]. Ele morreu em 1832, aos 84 anos. Atendendo a uma exigência testamentária, seu corpo está embalsamado e exposto perto do saguão de entrada sob o pórtico da *University College London*, idoso, com roupas do século XVIII e sentado em uma caixa de vidro. O embalsamamento de sua cabeça não deu certo e a que está lá é de cera. Sua cabeça verdadeira é mantida em um porão. Outra exigência atendida foi a de que seus amigos e admiradores se reunissem uma vez por ano para homenagear "o fundador do maior sistema de felicidade moral e legal de todos os tempos". Embalsamado, ele é levado para reuniões do conselho diretor da faculdade, cujas atas o registram como "presente, porém não votante"[117].

---

[115] MULGAN, Tim. Utilitarismo. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012, p.15.
[116] LAYARD, P. R. G. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008, pp. 18-19.
[117] SANDEL, Justiça. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2011, p. 72.

Bentham era filho e neto de advogados. Escreveu muito, publicando apenas uma *Introdução* e um *Fragmento*. Quando morreu, deixou 70.000 folhas manuscritas de papel almaço, com trabalhos teóricos e projetos detalhados para estados, prisões e outros. Ele visitou a Polônia e a Alemanha. Foi à Rússia com o propósito de oferecer instruções à Imperatriz Catarina, "a Grande". Lá, escondeu-se em uma casa de campo de uma propriedade isolada, para escrever. Era um eremita. Tinha paixão por música, tendo sido um tecladista bem-sucedido. Contudo, desprezava a poesia, por enxergá-la como uma forma deliberada de obscurecimento da comunicação[118]. Bentham passou anos tentando obter financiamento do governo britânico para o seu panóptico, sem sucesso. Ele perdeu boa parte de sua herança. Acabou sendo-lhe concedido £ 23.000 por um ato do Parlamento. Ele ficou com o dinheiro[119].

Bentham advogava regularmente, até se chocar com a falta de lógica nas leis e punições. Para ele, todas as leis deveriam ter por meta gerar a maior felicidade possível, pois uma boa sociedade seria aquela na qual seus cidadãos fossem felizes.

2.2 Mendicância, Animais, Esporte, Tortura, Voto, e Outras Ideias

Não é fácil estudar Jeremy Bentham. Ao longo de sua vida ele escreveu muito, mas somente uma pequena parcela de tudo o que escreveu foi publicado. Não se trata de um teórico, mas de "um reformador de leis" que se especializou em idealizar "codificações", termo que criou. Bentham jamais se dedicou a conhecer alguma instituição social ou jurídica. Também não pretendeu compreender o racional de funcionamento das instituições que buscava reformar. Simplesmente idealizava-as fundadas no princípio da felicidade maior. Depois pensava em como implementá-las[120].

Ele tanto se comportou como liberal, como sugeriu leis paternalistas. Uma das suas propostas mais polêmicas tratava da mendicância. Bentham propôs torná-la ilegal, colocando os mendigos na prisão. Eles poderiam sair mediante um contrato de servidão, que valeria até que reembolsassem a prisão pelas despesas com seu sustento. Só então os mendigos conquistariam a liberdade. Segundo Bentham, a servidão só poderia ter dois efeitos sobre as pessoas a quem se pede esmolas: despertaria a "dor da simpatia",

[118] Ver Jeremy Bentham, The Philosophy of Economic Science, em Jeremy Bentham´s Economic Writings 81, 115-6 (W. Stark [org] 1952); Abba P. Lerner, The Economics of Control: Principles of Welfare Economics 35-6 (1944).
[119] MULGAN, Tim. Utilitarismo. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 27.
[120] POSNER, Richard. A economia da justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 48-49.

ou se a elas faltasse esse sentimento, a "dor do desgosto". A soma dessas dores seria maior que a diferença, para o bem-estar do mendigo, entre mendigar e trabalhar.

Para Jeremy Bentham, leis que proibiam empréstimos a juros eram paternalistas. Ele, que adorava gatos, foi autor de leis contra os maus tratos de animais. Também partiu dele leis para a reeducação forçada de criminosos e leis que exigiam dos transeuntes que ajudassem pessoas em dificuldade. Pretendeu proibir a pesca por esporte. Defendeu direitos iguais para as mulheres, incluindo o direito ao voto e ao divórcio. Era favorável ao fim da escravidão e à abolição da punição física, entre elas o tratamento brutal dado às crianças em nome da construção do caráter. Ele propôs um plano para lidar com a pobreza, no qual pessoas pobres receberiam abrigo, alimentos e roupas num sistema de asilos situados em torno de um posto de observação central. Em seguida, seriam obrigados a fazer trabalho produtivo[121].

Seus críticos são vorazes. Richard Posner é um deles[122]. Posner afirma que Bentham desenvolveu técnicas de lavagem cerebral. Também que defendia que as pessoas deveriam ter seus nomes tatuados no corpo para facilitar a execução das leis penais. Por fim, que defendeu a imposição de testemunho em prejuízo próprio, tortura, denúncia anônima, menosprezo aos direitos, abolição do júri e do sigilo profissional do advogado. Posner reputa totalitárias muitas das ideias de Bentham. Ele também enxerga o utilitarismo como "uma teoria tanto da moral individual como da justiça social". O homem íntegro é aquele que se esforça por elevar a soma total de felicidade (a sua mais a dos outros), e a sociedade justa é aquela que busca elevar essa soma total a seu valor máximo. Posner esclarece que, "o maximizante, na visão da maioria dos utilitaristas, não é um estado psicológico específico, como o êxtase ou a euforia, mas, sim, o mais amplo conceito possível de satisfação"[123].

---

[121] BOK, Sissela. Explorando a felicidade: de Aristóteles à neurociência. Tradução Patrícia Azevedo. Rio de Janeiro: Tinta Negra, 2012, p. 145.

[122] Richard Posner tem o corpo esguio, cabeça calva, óculos grandes e com uma armação pesada à frente dos olhos. Seus olhos são azuis (ou verdes?). Ele é magro. É casado com Charlene e apaixonado por sua gata, Dina. Pelo menos quanto ao amor aos gatos, Posner se alinha a Jeremy Bentham. Ele afirma que gatos não nascem em árvores . Diz que "o gato é um animal social. Se ele vir outro gato (que não seja seu próprio filhote) sofrendo, reage com indiferença. Não faz isso por ser malvado, mas porque, quanto menor o número de gatos melhor para os gatos restantes – fica mais fácil caçar". POSNER, Richard. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, pp. 52-53.

[123] POSNER, Richard. A economia da justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 49-50.

2.3 O Princípio da Felicidade Maior

A essência do pensamento de Bentham reside na premissa de que qualquer decisão, pública ou privada, deveria ser avaliada por seu impacto na felicidade de todos aqueles a que diz respeito, cada pessoa contando igualmente. É o princípio da felicidade maior: a ação certa é a que produz a maior felicidade geral. De acordo com Bentham:

> A natureza colocou a humanidade sob o governo de dois amos soberanos, a dor e o prazer. Cabe a eles somente indicar o que devemos fazer, bem como determinar o que faremos. Por um lado, o padrão do certo e do errado, por outro, a cadeia de causas e efeitos, estão presos ao seu trono[124].

Bentham se antecipava a dizer que o utilitarismo não era "uma teoria nova e pouco segura, ou inútil", mas um "dado com o qual concorda plena e perfeitamente a experiência do gênero humano, onde quer que os homens possuam uma visão clara acerca dos seus próprios interesses"[125]. Ele conceitua assim o princípio da utilidade:

> Aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, (...) segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. (...) Isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo em particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo[126].

Segundo Bentham, o princípio que estabelece a maior felicidade de todos aqueles cujo interesse está em jogo seria a "justa e adequada finalidade da ação humana, e até a única finalidade justa, adequada e universalmente desejável". Essa ação humana, segundo ele, deveria ser compreendida "em qualquer situação ou estado de vida, sobretudo na condição de um funcionário ou grupo de funcionários, que exercem os poderes do governo"[127]. Pelo princípio da utilidade poderíamos nos valer de um mal, desde que o fosse para impedir um mal ainda maior. Bentham chega a dizer que "não é necessário consultar Platão ou Aristóteles. "Dor e Prazer são o que todos sentem como tais – o mendigo e o príncipe, o iletrado e o filósofo" - afirmou[128].

---

[124] Introduction to the Principles of Morals and Legislation, impresso em 1780 e publicado em 1789.
[125] BENTHAM, Jeremy. Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789, Ed. J. H. Burns, H. L. A. Hart. London, Athlone Press, p. 24.
[126] BENTHAM, Jeremy. Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789 Ed. J. H. Burns, H. L. A. Hart. London, Athlone Press.
[127] BENTHAM, Jeremy. Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789, Ed. J. H. Burns, H. L. A. Hart. London, Athlone Press, p. 10.
[128] Jeremy Bentham, theory of Legislation (Kegan, Paul, 1932), vol. I, 90, 15.

Os utilitaristas realizaram estudos voltados para aferir a capacidade que o hedonismo quantitativo tinha de enfrentar questões éticas por meio da medição da quantidade de prazer a ser gerada com a implementação de uma ou outra política.

Os questionamentos de Richard Posner acerca da consistência da proposta de Jeremy Bentham quanto ao princípio da felicidade maior prosseguem. Uma das provocações mais desconcertantes é a indagação sobre qual o universo abrangido pelo cálculo utilitarista de Bentham, ou seja, a quem interessaria a felicidade para o cômputo geral das preferências. Posner afirma que, caso contemple os animais, "para a ética utilitarista, um motorista que, para se desviar de dois carneiros, matasse deliberadamente uma criança, não poderia ser considerado um homem mau, pois sua ação teria aumentado a quantidade de felicidade no mundo". Jeremy Bentham, como sabemos, foi o criador de leis de defesa dos animais, além de ser apaixonado por gatos. Difícil imaginar que ele lideraria a morte de carneirinhos ou que estruturaria uma teoria que a justificasse. Como já dito, no que diz respeito ao amor pelos animais e, especialmente aos gatos, Bentham e Posner estão juntos.

Também fala dos estrangeiros: "A política dos Estados Unidos deveria ser a de elevar ao máximo a felicidade dos norte-americanos, atribuindo peso nulo à dos estrangeiros? Ou seria necessária uma perspectiva mais ecumênica?" – pergunta Posner.

Por fim, lembra dos fetos: "O que dizer então daqueles que ainda não nasceram?". Isso porque,

> a inclusão destes na população cuja felicidade há de ser maximizada pode gerar, relativamente a temas como aborto, adoção, homossexualismo, poupança etc., políticas diferentes das que se adequariam a uma contagem censitária de felicidade na qual só se incluíssem os indivíduos viventes[129].

As provocações de Posner são consistentes, mas não são originais. Para Aristóteles, "dispomos de boas razões para não nos referirmos a um boi ou a um cavalo, ou a qualquer outro animal como sendo feliz porque nenhum deles é capaz de participar de atividades nobres". Aristóteles afirma ainda que as crianças não estão aptas a ser felizes, "pois não tem idade suficiente para serem capazes de atos nobres. Quando nos referimos às crianças como sendo felizes, trata-se de um cumprimento pelas

[129] POSNER, Richard. A economia da justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 65.

expectativas que alimentamos em relação a elas para o futuro" [130]. Portanto, Posner ilustrou suas objeções ao utilitarismo de Bentham com algo pitoresco. Sem qualquer originalidade, contudo. Aristóteles já o havia formulado.

Outra acusação feita por estudiosos diz que Bentham não conferia a devida atenção aos estudos realizados por filósofos clássicos, a exemplo de Platão e Aristóteles, estudos esses seminais para a estruturação da sua teoria da felicidade. Stuart Mill entendia como um erro ter procedido assim. Para ele, "Bentham falhou quanto a buscar as luzes de outras mentes". Outra crítica de Mill se volta para a falta de testes por meios de experiências às suas teorias, o que resultava na formulação de trabalhos de difícil comprovação empírica, enfraquecendo a relevância de suas contribuições teóricas[131].

2.4 As Inspirações

Não chega a ser surpreendente Jeremy Bentham desenvolver um pensamento que diga que é nosso dever nos esforçarmos para o bem-estar das pessoas. Richard Cumberland já havia dito que

> a maior benevolência de todo agente racional para com todo o resto constitui o estado mais feliz de cada um e de todos, na medida em que depende do seu próprio poder e é necessariamente requerida para a sua felicidade; portanto, o bem comum será a lei suprema[132].

Richard Posner, por sua vez, encontra em Priestley e Beccaria raciocínios semelhantes ao de Bentham[133]. Quanto a Priestley, a menção de Posner desperta curiosidade. É que o unitarista Joseph Priestley – figura de destaque do Iluminismo inglês – era um grande amigo de Thomas Jefferson, autor da Declaração da Independência dos Estados Unidos e responsável pela introdução, no documento, da expressão "busca da felicidade". Mais à frente nos dedicaremos a conhecer todo o tirocínio que circundou a elaboração da Declaração[134]. Vítima da Revolução Francesa,

---

[130] ARISTÓTELES (384-322 a.C). Ética a Nicômano. Traduções, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009, p. 56.

[131] On liberty, em Elizabeth Rapaport (org) (Indianápolis: Hackett, 1978). The subjection of womem, em On liberty and other essays, introd. E org. John Gray (Nova York: Oxford University Press, 1991).

[132] Cumberland, Richard, 1631–1718. De legibus naturae. English. A treatise of the laws of nature; translated, with introduction and appendix by John Maxwell (1727); edited and with a foreword by Jon Parkin, I.4.

[133] POSNER, Richard. A economia da justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 40.

[134] Jefferson para o dr. Joseph Priestley, 9 de abril de 1803. Basic writings. The Theological and Liscellaneous Works of Joseph Priestley 13 (John Towill Rutt (org), 1832.

Priestley caiu nas mãos da turba conservadora do partido *Tory*, "por simpatizar excessivamente com a Revolução"[135]. Não seria exagerado supor que, de fato, Bentham possa ter colhido na fonte de Priestley seus ensinamentos quanto à teoria da felicidade.

No que diz respeito ao Marquês de Beccaria, Cesare Bonesana, sabe-se que ele trouxe luzes aos debates quanto a um novo Direito Penal, afastado da crueldade, quando, em 1764 publicou a obra *Dos Delitos e das Penas*. Segundo Beccaria, "é necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu"[136]. A obra de Beccaria impressionou a Europa ao propor maneiras de medir e comparar formas de punição, calculando níveis de segurança, intensidade e duração para cada uma e argumentando em prol do abandono da tortura e da pena capital[137]. Beccaria se valeu da expressão "a maior felicidade do maior número" ao propor que este deveria ser o critério para avaliar as leis e políticas sociais. Bentham afirmou que esta expressão o convertera quando a encontrou pela primeira vez aos vinte anos de idade, numa obra de Joseph Pristley: "Foi por aquele panfleto e esta frase escrita que meus princípios sobre o assunto da moralidade pública e privada foram determinados"[138] - disse.

Um ano antes, o economista italiano Pietro Verri havia abordado perguntas sobre a felicidade em termos de cálculo, em seu livro *Meditazione sulla felicitá*.

2.5 As Críticas

2.5.1 O Prazer

A primeira premissa questionável à proposta de Jeremy Bentham consiste em igualar felicidade e prazer (a humanidade era governada pela dor e pelo prazer). Esse

[135] HOBSBAWN, Eric J. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. A era das revoluções, 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, p. 441.
[136] BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: RT, 1999, p. 52.
[137] BOK, Sissela. Explorando a felicidade: de Aristóteles à neurociência. Tradução Patrícia Azevedo. Rio de Janeiro: Tinta Negra, 2012. Também Cesare Beccaria, On Crimes and Punishments (Hackett, 1986).
[138] Citado por Mary Warnock, Introduction, em Mary Warnock (org.), John Stuart Mill: Utilitarianism, On Liberty, Essay on Bentham, together with Selected Writings of Jeremy Bentham and John Austin (Wolrd Publishing, 1965), 7.

hedonismo quantitativo pode encontrar referências filosóficas no Protágoras de Platão, para quem "a quantidade de prazer pode ser medida com precisão"[139].

A teoria de Bentham tratou de modo diverso a felicidade coletiva e a felicidade individual. A diferenciação abriu uma ampla avenida que tornou possível a construção de uma teoria voltada para a resolução dos problemas da coletividade. Não seria presunçoso afirmar que tal distinção facilitou a atual utilização da teoria da felicidade como elemento norteador de decisões públicas.

2.5.2 As Comparações Interpessoais

Jeremy Bentham encontra resistência quanto às comparações interpessoais de utilidade (prazer). A primeira indagação que surge é: como seria possível comparar reciprocamente os prazeres e desprazeres das diferentes pessoas? Para Richard Posner, "não se pode medir e agrupar felicidade de milhões de pessoas diferentes com a finalidade de comparar a utilidade de políticas alternativas"[140]. Na mesma linha, Ronald Dworkin afirma ser duvidoso que exista um estado psicológico simples de prazer que seja comum a todos os que se beneficiam de uma política, ou de dor, comum a todos os que com ela têm a perder. Ele diz ainda ser "impossível identificar, medir e somar os diferentes prazeres e sofrimentos experimentados por grandes contingentes de pessoas"[141]. Novas críticas à proposta vêm de Alf Ross. Para ele, Bentham se equivoca em sua teoria, pelo fato de se tratar de um "postulado metafísico baseado na intuição". Outro erro consistiria no fato de "nossas necessidades e desejos diferirem qualitativamente e serem mutuamente incomensuráveis". Para ilustrar, Ross afirma:

> Se todas minhas necessidades não podem ser satisfeitas e me encontro diante de uma escolha, por exemplo, entre ouvir uma sinfonia e saborear uma boa comida, essa escolha não pode ser descrita como uma alternativa racional entre duas quantidades comensuráveis de prazer[142].

[139] WHITE, Nicholas. Breve história da felicidade (A brief history of happiness). Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Edições Loyola. 2009, p. 75.
[140] POSNER, Richard. A economia da justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 40.
[141] ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: SP: Edipro, 2003, p. 359.
[142] ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: SP: Edipro, 2003, p. 339.

Apesar das acusações quanto a supostos problemas das comparações interpessoais, Bentham não via qualquer motivo para preocupação. Seria suficiente adicionar uma nova dimensão da quantidade, tendo, como ação adequada, a produção de prazer para o maior número de pessoas.

Amartya Sen, por sua vez, afirma que esse equívoco metodológico de Bentham, no uso das comparações interpessoais de utilidades, foi admitido até mesmo pelos pais do utilitarismo, como W.S. Jevons, para quem "toda mente é inescrutável para todas as outras mentes, sendo impossível um denominador comum de sentimento". Sen diz que, atualmente, considera-se "a utilidade nada mais do que a representação da preferência de uma pessoa". Logo, "dizer que uma pessoa tem mais utilidade em um estado x do que em um estado y não difere essencialmente de dizer que ela preferiria estar no estado x a estar no estado y". O premiado economista segue com críticas. Segundo ele, "se pessoas diferentes têm preferências diferentes, obviamente não existe um modo de obter comparações interpessoais com base nessas preferências diversas". Na sequência, indaga: "Mas e se elas compartilhassem a mesma preferência e fizessem as mesmas escolhas em circunstâncias semelhantes?". Como resposta, nos diz que a hipótese produziria as mesmas preferências e comportamento de escolha para todos, mas isso também ocorreria no caso de muitas outras suposições. Para ilustrar, Amartya Sen diz o seguinte:

> se uma pessoa obtém a metade (ou um terço, um centésimo, um milionésimo) da utilidade que outra pessoa obtém de cada pacote de mercadorias, ambas terão o mesmo comportamento de escolha e uma função de demanda idêntica, mas não o mesmo nível de utilidade de qualquer pacote de mercadorias[143].

Ele nos dá outros dois exemplos:

> (i) mesmo se uma pessoa que está deprimida, incapacitada ou doente, por acaso tiver uma função de demanda para pacotes de mercadorias igual à de outra pessoa não portadora dessas desvantagens, seria um absurdo insistir em que ela está obtendo a mesma utilidade (ou bem-estar ou qualidade de vida) de um dado pacote de mercadorias que a outra pessoa poderia obter dele.
>
> (ii) um indivíduo pobre com uma doença parasítica do estômago pode preferir dois quilos de arroz a um quilo, exatamente como outro indivíduo – igualmente pobre, mas não doente – poderia preferir, mas seria difícil demonstrar que ambos obteriam o mesmo benefício de, digamos, um quilo de arroz.

[143] SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 95-96.

Ao longo da tese trabalharemos as premissas teóricas trazidas por Amartya Sen a respeito do utilitarismo. O ponto aqui se refere somente às críticas formuladas pelos estudiosos quanto às comparações interpessoais de Jeremy Bentham.

2.5.3 O Problema da Adaptação

Alguém que não come há dias pode se dizer incrivelmente feliz quando passa a comer duas vezes por dia. Isso não representa qualquer avanço da sociedade fiada num ideal de maximização da felicidade. A adaptação corrompe a ideia de Jeremy Bentham. Carol Graham realizou importantes pesquisas acerca do impacto da adaptação na felicidade. Ela concluiu que há várias formas de entender a adaptação como sendo benéfica ou nociva para a realização pessoal. Segundo a Pesquisadora:

> quanto menos custos sofrer o bem-estar, mais as pessoas serão tolerantes ou adaptáveis a tais eventos e, portanto, terão menos tendência para agir. Ao mesmo tempo, a nível individual, é muito difícil afastarmo-nos de uma elevada norma de criminalidade/corrupção – e potencialmente muito onerosa.

Para ela, embora a adaptação possa ser benéfica para o bem-estar individual, também poderá "ser negativo num sentido coletivo, pois leva a que as sociedades resvalem para equilíbrios perigosos e assim permaneçam – como é o caso do prolongamento de regimes muito corruptos e/ou violentos". Graham encerra seu raciocínio ilustrando situações vivenciadas pelos cidadãos em países variados. Ela diz:

> Essa dinâmica adaptativa ajuda a explicar o motivo pelo qual regimes como o de Mobutu, no Zaire, ou o de Fujimori, no Peru, conseguiram manter-se no poder muito para além do tempo que previa a maioria dos mais experientes conservadores[144].

Percebe-se que as análises de Graham acerca da adaptação, sustentadas por consistentes trabalhos de investigação com resultados empíricos, apontam para a manutenção de um estado de apatia na sociedade quando ela se vê sem instrumentos de defesa diante do estado de coisas a ela apresentado. Nada obstante tenhamos na história exemplos de revoluções, realmente devemos convir que elas não ocorrem diariamente. Ronald Dworkin é outro pensador que aborda a questão da adaptação. Ele o faz da seguinte forma:

[144] GRAHAM, Carol. O que nos faz feliz por esse mundo fora. Tradução Michelle Hapetian e revisão de Alice Soares. Alfragide: Texto Editores, 2011, pp. 260-261.

> Vamos supor que digamos a um grupo fervorosamente pró-vida que deveríamos ser experimentais e tentar pôr em prática uma política pública extremamente permissiva durante um certo tempo, para ver se a tensão social gerada pelo problema acabaria por diluir-se. Se a tensão realmente desaparecer e as pessoas aparentemente deixarem de se preocupar com a questão, poderíamos dizer que isso era a prova de que a solução permissiva já havia funcionado para nós. O grupo pró-vida replicaria, horrorizado, que essa perspectiva não demonstraria se a política permissiva teria funcionado; ao contrário, demonstraria a existência de um desastre ainda mais hediondo, pois teria tornado a comunidade totalmente insensível[145].

Ainda quanto ao fenômeno da adaptação, Derek Bok afirma que mesmo que pudesse ser demonstrado "que quase todas as famílias de baixa renda se adaptam à sua condição de vida e alcançam um surpreendente grau de felicidade, não significa, necessariamente, que os formuladores de políticas públicas não têm motivo para ajudá-las". Isso porque, "se for possível comprovar que a condição econômica é injusta, (por exemplo, porque eles tinham sido enganados por seu empregador), isso poderia recomendar um esforço para que sejam feitos ajustes ao destino dessas famílias"[146].

A adaptação, portanto, não encerra a discussão quanto à justiça de determinadas decisões. O fato de uma comunidade estar acostumada à opressão não quer dizer que oprimi-las seja a coisa certa a fazer. E não é só a adaptação que traz indagações à teoria da felicidade aliada à jurisdição constitucional. Há também fatores biológicos que desafiam a intenção de compreender os fenômenos que envolvem a felicidade.

Os psicólogos David Lykken e Auke Tellegen defendem que até 80% da variação na felicidade é fixada geneticamente e não pode ser alterada de forma significativa pela intervenção humana. Afirmam ainda que, enquanto os eventos particulares, como ganhar na loteria ou perder um ente querido, podem trazer prazer ou dor inicial, a maioria dos indivíduos vai se adaptar e voltar a um estado fixo, determinado geneticamente, de bem-estar. Os autores basearam esta conclusão em estudos de gêmeos idênticos, que mostraram níveis muito semelhantes de felicidade, apesar de terem sido criados em famílias diferentes. Os autores concluem que: "tentar ser feliz é tão inútil como tentar ser mais alto"[147]. O pessimismo lembra Kant.

Pesquisadores apontam que 50% da felicidade da pessoa decorre da carga hereditária e os outros 50% vem dos eventos, circunstâncias e escolhas. Alguns fatores

---

[145] DWORKIN, Ronald. A justiça de toga. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Fernando Santos. Revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 93.

[146] BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 56.

[147] BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 52.

genéticos que afetam o bem-estar são tratáveis, a exemplo da depressão clínica, que traz infelicidade aguda, mas muitas vezes é controlável por medicamentos, psicoterapia ou uma combinação dos dois[148].

A adaptação foi desconsiderada por Jeremy Bentham, abrindo espaço para ataques da doutrina contemporânea, a exemplo de Amartya Sen, para quem "concentrar-se apenas em características mentais (como prazer, felicidade ou desejo) pode ser particularmente restritivo quando são feitas comparações interpessoais de bem-estar e privação". Isso porque, nossos desejos e habilidades para sentir prazer "ajustam-se às circunstâncias, sobretudo para tornar a vida suportável em situações adversas. O cálculo de utilidade pode ser demasiado injusto com aqueles que são persistentemente destituídos". Daí em diante, Sen traz inúmeros grupos que sobrevivem em situações de opressão e que, para suportar essa situação, necessitam se adaptarem a elas. São eles:

> i) pobres-diabos usuais em sociedades estratificadas;
>
> ii) as minorias perpetuamente oprimidas em comunidades intolerantes;
>
> iii) os meeiros em propriedades agrícolas – tradicionalmente em situação de trabalho precária, vivendo em um mundo de incerteza;
>
> iv) os empregados exauridos por seu trabalho diário em sweatshops [estabelecimentos que remuneram pessimamente e exigem demasiadas horas de trabalho];
>
> v) as donas de casa submissas ao extremo em conformar-se com sua privação pela pura necessidade de sobrevivência e podem, em consequência, não ter coragem de exigir alguma mudança radical, chegando mesmo a ajustar seus desejos e expectativas àquilo que sem nenhuma ambição consideram exequível.

Após reafirmar que "essa medida mental está sujeita a distorções acarretadas pelo ajustamento psicológico à privação persistente", Sen indaga: "É possível livrar o utilitarismo dessa limitação?"[149]. Sim. Basta recordar os pressupostos teóricos de Stuart Mill, para quem não há que se falar em felicidade se não há, nesse cálculo, acesso à liberdade. Os ataques ao problema da adaptação passam ao largo de muitas ideias utilitaristas lançadas não só por Stuart Mill, como também pelo próprio Bentham. Há, no utilitarismo, máximas *prima facie*, princípios apriorísticos. A liberdade é o primeiro deles. Todos os utilitaristas – que se assemelham muito aos positivistas – compreendem

[148] BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 53.
[149] SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 95.

que a liberdade é condição primeira para a felicidade, razão pela qual seria difícil avançar nessa discussão caso suprimíssemos dela o acesso à liberdade. Quando Sen fala de "pobres diabos", está implícito a ausência de inúmeras liberdades a eles, razão pela qual não há qualquer limitação a apontar ao utilitarismo nesse ponto.

Bentham não é somente um saco de pancadas. Há quem o defenda, afastando a ideia de que o princípio da felicidade maior estimularia a uma adaptação à pobreza e à opressão. Richard Layard é um deles. O Economista diz que, "a adaptação é ainda maior no topo e explica por que os ricos ganham tão pouco com sua riqueza". Para ele, "os ganhos para os ricos podem ser diretamente comparados com os maiores ganhos que os pobres teriam se o dinheiro fosse mais igualmente distribuído". Nesse ponto, reforça o seu argumento na defesa da redistribuição destacando que o princípio da felicidade maior "é inerentemente a favor dos pobres e provavelmente não apoiaria a redução dos impostos nos Estados Unidos". Segundo Layard, "a maior felicidade, assim como o critério adequado para as decisões éticas privadas, é uma diretriz certa para a política pública". A sociedade feliz de Layard, "tem de ser construída sobre duas bases: a primeira é o maior nível de solidariedade e a segundo são os princípios morais mais sólidos de imparcialidade". Para promovermos a maior felicidade, precisamos saber quais são as condições que influem na felicidade das pessoas e o quanto. Isso seria possível por meio da utilização de bases empíricas[150].

Carol Graham chegou a uma desconcertante conclusão após analisar pesquisas nos Estados Unidos e na Europa: a desigualdade produz efeitos modestos ou não significativos sobre a felicidade. Esses resultados "poderão refletir o fato de que a desigualdade pode ser tanto um sinal de futura oportunidade e mobilidade como de injustiça" – afirma ela. Contudo, a mais recente pesquisa na América Latina mostra "que a desigualdade é negativa para o bem-estar dos pobres e positiva para os ricos". Segundo a Pesquisadora, numa região em que a desigualdade seja muito mais elevada e onde as instituições públicas e os mercados laborais sejam notoriamente ineficazes, a desigualdade assinala persistente desvantagem ou vantagem em vez de oportunidades e mobilidade[151]. Conclui-se que há divergências sobre a forma a encarar o papel da adaptação às condições adversas e o seu impacto na teoria da felicidade.

---

[150] LAYARD, P. R. G. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008. p. 141.

[151] GRAHAM, Carol. O que nos faz feliz por esse mundo fora. Tradução Michelle Hapetian e revisão de Alice Soares. Alfragide: Texto Editores, 2011, p. 39.

2.5.4 Alf Ross

Alf Ross também se dedicou a Jeremy Bentham. Para ele, a consciência moral de Bentham é a de que não se trataria da revelação de verdades eternas, mas de "um catálogo de opiniões tradicionais e preconceitos difíceis de ser abolidos porque foram inculcados nas mentes das pessoas desde sua mais tenra infância". Ele afirma que o Filósofo, em vez de elevar, de forma dogmática, os sentimentos morais aos níveis de validade absoluta, defende uma teoria que deve atingir o princípio racional que se encontra por trás do sentimento moral e dirigí-lo. Este princípio atua inconsciente e instintivamente. Só quando "é trazido à plena consciência, proporciona um fundamento racional e critica e corrige o sentimento moral se houver risco de que este se torne retrógrado ou pervertido"[152].

Ross prossegue com suas críticas: "a pressuposição utilitarista é uma enorme distorção racionalista da vida mental". Ela "reduz o fundamento irracional de nossas ações à valoração única de que o prazer é preferido à dor e transforma tudo o mais num cômputo racional de quantidades de prazer e de dor". Como arremate do seu raciocínio, Ross diz que "a incomensurabilidade das necessidades não permite uma maximização quantitativa". Logo, "o princípio utilitarista é inaplicável em situações de conduta nas quais haja competição de muitas necessidades (interesses, considerações) qualitativamente diferentes"[153].

Chega a impressionar a intensidade das críticas que grandes pensadores contemporâneos fazem a Bentham. Mais curioso é entender a razão de eles investirem tanto nisso, já que, segundo os próprios, as ideias de Bentham são toscas. Bentham é insistentemente atacado, na mesma proporção em que é lembrado. Certamente há algo de envolvente em seus raciocínios que despertam tanta atenção assim.

2.5.5 Michael Sandel

Não se nega a persuasão que Michael Sandel tem diante do estudo da filosofia política. Contudo, suas críticas ao utilitarismo ignoram alguns pontos expostos pelos próprios utilitaristas, a exemplo de Stuart Mill. O que parece é que Sandel encontra

[152] ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: SP: Edipro, 2003, p. 336.
[153] ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: SP: Edipro, 2003, p. 340.

grande rejeição nas ideias de Jeremy Bentham. Mas o utilitarismo não se resume a Bentham. Ele o supera como movimento político, jurídico, filosófico e social que ganhou múltiplas perspectivas com o passar dos tempos. Mesmo Richard Posner, um crítico de Bentham, reconhece isso. Ele destaca que "o benthamismo é o utilitarismo na sua versão mais intransigente", deixando claro que o movimento utilitarista foi ganhando novas conformações à medida que foi se desenvolvendo por meio de novos pensadores. Posner ressalta que "a fonte principal e inesgotável de políticas grotescas a partir de premissas do utilitarismo é Jeremy Bentham"[154].

O utilitarismo foi remodelado no início do século XX. Passou-se a compreender que "as preferências de uma pessoa podiam ser reveladas à investigação empírica, como veio a ser amplamente sustentado, pelas escolhas que ela efetivamente fazia"[155].

A ideia da felicidade como elemento norteador de uma decisão pública, a exemplo de uma decisão judicial, não caminha afastada dos direitos fundamentais. Nada impede, portanto, que, diante de colisões aparentes de direitos fundamentais, a felicidade seja um *telos* disponível ao julgador no momento de buscar a resposta correta àquele conflito da vida levado a julgamento.

Sandel enxerga egoísmo ao se considerar apenas a soma das satisfações quando se elabora uma política pública ou se toma uma decisão, uma vez que pode ser muito cruel com o indivíduo isolado. Mas essa ideia corresponde a uma leitura apressada das primeiras manifestações de Jeremy Bentham acerca do princípio da felicidade maior. O próprio Benthan adiciona outros elementos a sua proposta teórica. Stuart Mill, então, sequer a abraça. Logo, não é correto afirmar que a soma das satisfações ao se elaborar uma política pública resume o movimento utilitarista.

Ao se referir à tortura, Sandel esclarece que os utilitaristas não são necessariamente favoráveis à tortura, mas a rejeitariam por razões de ordem prática. Para eles, "ela raramente funciona porque as informações extraídas sob coação nem sempre são confiáveis. Inflige-se a dor, mas a comunidade não fica mais segura com isso: não há acréscimo à utilidade coletiva". Diz que eles receiam que, se o país adotar a tortura, os soldados "possam enfrentar um tratamento mais cruel se forem feitos prisioneiros. Essa consequência poderia resultar, no cômputo geral, em redução da

[154] POSNER, Richard. A economia da justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 58 e 68.
[155] WHITE, Nicholas. Breve história da felicidade (A brief history of happiness). Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Edições Loyola. 2009, p. 85.

utilidade"[156]. Essa consideração merece reparos. Mill, ao falar dos prazeres perversos, mostra que o utilitarismo não é indiferente aos direitos fundamentais. Não parece acertado afirmar que, no caso ilustrado por Sandel, o raciocínio utilitarista toleraria a tortura. Não sem razão, Sandel enxerga Mill como "o filósofo mais humano" do utilitarismo. Ele, de fato, o é. Para Mill, "o argumento mais adequado é o senso de dignidade que todos os seres humanos possuem de uma forma ou de outra"[157].

Quanto a Jeremy Bentham, apesar de se referir a ele como "o mais consistente" dos utilitaristas, Sandel diz que ele "desprezava profundamente a ideia dos direitos naturais, considerando-os um absurdo"[158]. Não é bem assim. Bentham registrou que "o princípio da maior felicidade exige que o legislador deve proibir todos os atos que tendam a produzir um espírito de desumanidade". Ele era o que hoje se convencionou chamar de positivista, enxergando na "codificação" – termo criado por ele – o fundamento de validade do Direito. Por esse prisma, de fato, ele era indiferente aos direitos naturais, mas isso não quer dizer que seria aos chamados direitos fundamentais que temos atualmente, um rol cada vez mais extenso.

Ao discorrermos sobre a jurisdição constitucional veremos que Hans Kelsen também afasta essa possibilidade relativa aos direitos naturais, todavia, isso não o faz um sujeito descomprometido com os direitos fundamentais e, ao contrário, o coloca como grande defensor dos direitos das minorias.

Parece claro que a obra *Justiça*, de Michael Sandel, tenta ridicularizar Jeremy Bentham. Basta ler o trecho que trata do *Panopticon*, um presídio com uma torre central de inspeção que permitia ao supervisor observar os detentos sem que eles o vissem. É bem verdade que a personalidade exótica de Bentham torna fácil a ridicularização de suas propostas. Todavia, o *Panopticon* foi uma ideia visando tornar a lei penal mais eficiente e humana. Ao tratar do presídio, Sandel diz que ele deveria ser dirigido por um empresário que gerenciaria a prisão em troca dos lucros gerados pelo trabalho dos prisioneiros, que trabalhariam 16 horas por dia. Nesse ponto, ironiza Bentham ao registrar que o presídio deveria ser gerido, de preferência, por ele mesmo (Bentham)[159].

---

[156] SANDEL, Justiça. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2011, p. 53.
[157] MILL, John Stuart. Utilitarianism. Edited by Roger Crisp. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 57.
[158] SANDEL, Justiça. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2011, p. 57.
[159] SANDEL, Justiça. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2011, p. 49.

Na atualidade, a ideia de terceirizar os presídios para companhias privadas tem sido colocada em prática. Para ilustrar, Ribeirão das Nevez, na região metropolitana de Belo Horizonte, em Minas Gerais, passou a sediar, em janeiro de 2013, o primeiro presídio privado do Brasil, resultado de uma parceria entre o Estado e um grupo de empresas que formou a Gestores Prisionais Associados (GPA), em uma Parceria Público-Privada (PPP). Bentham talvez tenha sido avançado demais para sua época.

Outro ponto irônico de Sandel ao se referir a Bentham trata do embalsamento do corpo do grande utilitarista. Referindo-se a cabeça de Bentham, Sandel diz que "estudantes roubaram-na e cobraram como resgate que a universidade doasse dinheiro a uma obra de caridade". Na sequência, arremata: "Mesmo depois de morto, Jeremy Bentham promove o bem maior para o maior número de pessoas"[160]. Fica clara a resistência de Michael Sandel a Bentham, não ao utilitarismo.

Uma das últimas armas usadas por Sandel contra o utilitarismo de Bentham consiste em retratar o conto de Ursula K. Le Guin (*The Ones Who Walked Away from Omelas*). Ele descreve uma cidade chamada Omelas – lugar de felicidade e celebração cívica, sem reis ou escravos, sem propaganda ou bolsa de valores, sem bomba atômica. Todavia:

> Em um porão sob um dos belos prédios públicos de Omelas, ou talvez na adega de uma das suas espaçosas residências particulares, existe um quarto com uma porta trancada e sem janelas. E nesse quarto há uma criança. A criança é oligofrênica, está mal nutrida e abandonada. Ela passa os dias em extremo sofrimento.

Depois de narrar o cenário acima, Sandel indaga: Vale à pena?

O utilitarismo, em nenhuma de suas versões, nem com Bentham, concordaria teoricamente com o abandono de uma criança oligofrênica no porão de uma casa, sofrendo torturas, como condição para manutenção da felicidade coletiva. Algumas explicações vindas de Posner ajudam a responder Sandel. Posner esclarece que "boa parte da teorização moral moderna tem o objetivo de demonstrar que o utilitarismo é insatisfatório como teoria moral". Segundo ele:

> O principal método de ataque consiste não em pôr em cheque os cursos de ação efetivamente preconizados pelos utilitaristas, mas em provar, mediante argumentos, que o utilitarismo implica outros cursos e ação inaceitáveis que a maioria dos utilitaristas nem sequer cegou a conceber.

[160] SANDEL, Justiça. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2011, p. 72.

Os exemplos são: tributar as pessoas de tendência ascética em benefício dos hedonistas; permitir o estupro se o prazer que o estuprador sente com o caráter coercivo de o ato superar a dor da vítima; permitir a punição de inocentes e a tortura de suspeitos; subsidiar a procriação humana, aumentando, assim, o *quantum* total de felicidade dos seres humanos; e atribuir aos animais sencientes o mesmo *status* moral dos humanos (o que, por sua vez, talvez exija a promoção da procriação animal em detrimento da humana). Posner esclarece que esse método de refutação "é chamado *reductio ad absurdum* (redução ao absurdo), e é uma forma de argumento lógico". Segundo ele:

> Não é capaz de refutar efetivamente o utilitarismo, pois pode ser que o utilitarista esteja disposto a acatar todos os resultados produzidos pela lógica de sua teoria. Entretanto, se ele não estiver disposto a isso, se rejeitar os cursos de ação que sua teoria logicamente acarreta (e que ele não tinha percebido), é possível que aquela elaboração lógica altere suas crenças morais. A possibilidade mais realista, porém, é a de que ela leve os utilitaristas quer a negar que aqueles cursos de ação hipotéticos realmente maximizem a utilidade, quer a procurar novos fundamentos pragmáticos para os cursos de ação por eles favorecidos[161].

Posner faz questão de situar o utilitarismo e suas bases teóricas no contexto da sociedade contemporânea. Ele afirma que ninguém pode crer que "utilitarista é quem acredita que, se a execução de um inocente permite que duas ou mais vidas se salvem, devemos executá-lo". Ele esclarece que assim que se coloca a questão de saber a quem a sociedade confiaria a responsabilidade de escolher os inocentes a serem executados, "torna-se evidente que a ocasional execução de um inocente em nome do bem maior não aumentaria de fato o total de felicidade". Posner encerra seu raciocínio destacando que "os direitos e as normas, a limitação da discricionariedade das autoridades são elementos de uma ciência política utilitarista inteligente"[162]. Sandel, de fato, se equivoca ao lançar exemplos chocantes ao público explicando o utilitarismo de modo superficial.

A nossa proposta considera um importante rol de direitos fundamentais e o utilitarismo surgiria como critério definidor de respostas judiciais que precisam realizar ponderações. Diante de duas respostas possíveis, ambas com base em direitos fundamentais, o julgador poderia optar por aquela que maximizasse a felicidade coletiva. Teríamos a possibilidade de resgate dos mais importantes ideais utilitaristas como elemento norteador de uma decisão no âmbito da jurisdição constitucional.

---

[161] POSNER, Richard. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 23.
[162] POSNER, Richard. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 195.

2.5.6 Amartya Sen

A crítica de Amartya Sen ao utilitarismo é tão repleta de detalhes que teremos de nos dedicar com afinco a trazer todos os pontos tocados por ele. Divergindo dos utilitaristas, o Economista constrói seu pensamento alicerçado na ideia de que o bem-estar não é a coisa mais adequada na qual concentrar a política social, pois o correto seria "medir, comparar e avaliar a justiça". Deve haver uma distribuição justa e equitativa das capacidades para conseguir funcionamentos valiosos[163].

Sen lembra história retratada no século VIII a.C sobre a riqueza como instrumento de felicidade. No texto em sânscrito (*Brihadaranyaka Upanishad*), Maitreyee e seu marido, Yajnavalkya, debatem em que medida a riqueza os ajudariam a obter o que eles desejavam. Maitreyee almejava a imortalidade. Ela conseguiria isso com a riqueza? Yajnavalkya responde que não, no que Maitreyee finaliza: "De que me serve isso, se não me torna imortal?"[164]. A conversa introduz um aspecto que, segundo Sen, "diz respeito à relação entre rendas e realizações, entre mercadorias e capacidades, entre nossa riqueza econômica e nossa possibilidade de viver do modo como gostaríamos". Esse "viver como gostaríamos" apresenta a ideia de desejo como equivalente moderno da "felicidade". As linhas mais atuais dos utilitaristas introduziriam, segundo Sen, a ideia de felicidade como satisfação dos desejos, sejam eles quais forem. Ser feliz é satisfazer um plano de desejos.

A partir do momento em que se trabalha a relação entre riqueza econômica e a possibilidade de viver do modo como gostaríamos, Sen analisa a relação entre riqueza econômica e felicidade. Ele nos fala que uma sociedade injusta nessa perspectiva seria aquela na qual as pessoas são significativamente menos felizes, consideradas conjuntamente, do que precisariam ser. O que é relevante passa a ser "a intensidade do desejo que está sendo realizado, não a intensidade da felicidade que é gerada"[165].

Sen traz a *Parábola de Annapurna*, utilizada para resolver um conflito hipotético à luz das teorias da felicidade disponíveis, especialmente a utilitarista. Annapurna quer que alguém arrume o jardim de sua casa. Três trabalhadores – Dinu, Bishanno e Rogini – desejam fazê-lo. Ela tem de escolher um deles. De qualquer um desses indivíduos "ela

[163] WHITE, Nicholas. (A brief history of happiness). Breve história da felicidade. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Edições Loyola. 2009, p. 182.
[164] SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 27.
[165] SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 85.

obteria praticamente o mesmo trabalho feito por praticamente o mesmo pagamento, mas, sendo uma pessoa ponderada, ela gostaria de saber para qual dos três seria mais acertado dar o serviço" – esclarece Sen. O cenário é:

> i) Dinu é o mais pobre dos três;
>
> ii) Bishanno empobreceu há pouco tempo e se encontra psicologicamente mais deprimido. Ele é o mais infeliz dos três e ganharia mais em felicidade do que os outros;
>
> iii) Rogini está debilitada em razão de uma doença crônica – suportada estoicamente – e poderia usar o dinheiro para livrar-se dessa terrível moléstia. Rogini é a menos pobre e não é a mais infeliz, mesmo assim Annapurna acha que "talvez fosse correto dar o trabalho a Rogini, pois faria a maior diferença para a qualidade de vida e para a liberdade de não estar doente"[166].

Para Amartya Sen há (i) em favor de Dinu: o argumento da renda igualitária focado na ideia de renda e pobreza; (ii) em favor de Bishanno: o argumento utilitarista clássico focado na medida do prazer e da felicidade; (iii) em favor de Rogini: o argumento da qualidade de vida voltada para os tipos de vida que os três podem levar. Todas as três opções contemplariam a felicidade, mas por prismas distintos.

Amartya Sen afirma que o utilitarismo contemporâneo converte o ideal de "prazer, satisfação ou felicidade" em outro, que seria "um desejo ou algum tipo de representação do comportamento de escolha de uma pessoa". Essa alteração "não elimina, por si mesma, a indiferença às liberdades substantivas, direitos e liberdades formais que caracteriza o utilitarismo em geral"[167]. Aqui ele se alinha ao equívoco de Michael Sandel. Sen fala isso sem se recordar que a maior contribuição que Mill trouxe foi exatamente a sua exortação intensa e corajosa de defesa das liberdades individuais.

O alimento do utilitarismo (chamado por Sen de 'base informacional') seria "o somatório das utilidades dos estados de coisas", logo, "a utilidade de uma pessoa é representada por alguma medida de seu prazer ou felicidade". Essa é mais uma cena da mesma novela, qual seja, a crítica que se faz ao conceito, elaborado por Bentham, das "comparações interpessoais". Segundo Amartya Sen, uma fragilidade do utilitarismo seria "não conduzir imediatamente a nenhum modo de fazer comparações interpessoais, uma vez que se concentra na escolha de cada indivíduo considerada separadamente". Dessa forma, seria impossível "o ranking pela soma, o qual requer a comparabilidade

[166] SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 78-79.
[167] SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 81-82.

interpessoal"[168]. O Economista prossegue na sua análise dividindo em três componentes os requisitos da avaliação utilitarista:

> i) *Consequencialismo:* todas as escolhas devem ser julgadas por suas consequências, rejeitando-se a tendência de algumas teorias normativas a considerar acertados determinados princípios independentemente de seus resultados.
>
> ii) *Welfarismo:* restringe os juízos sobre os estados de coisas às utilidades nos respectivos Estados (sem atentar diretamente para coisas como a fruição ou a violação de direitos ou deveres).
>
> iii) *Ranking pela soma [sum-ranking]:* exige-se que as utilidades de diferentes pessoas sejam simplesmente somadas conjuntamente para se obter seu mérito agregado, sem atentar para a distribuição desse total pelos indivíduos (a soma das utilidades deve ser maximizada sem levar em consideração o grau de desigualdade na distribuição das utilidades)[169].

Para exemplificar o uso do utilitarismo na sua abordagem consequencialista, ele se vale do exemplo do direito de propriedade. Segundo o Economista "alguns os consideraram constitutivos da independência individual e passaram a reivindicar que nenhuma restrição seja imposta à herança e ao uso da propriedade, rejeitando até mesmo a ideia de tributar a propriedade ou a renda" enquanto outros "sentiriam repulsa pela ideia das desigualdades de propriedade – alguns com tanto e outros com tão pouco – e se superam a exigir a abolição da propriedade privada". Para Sen "a abordagem consequencialista sugere que não devemos ser influenciados apenas por essas características, sendo preciso examinar as consequências de ter ou não direitos de propriedade". Pela perspectiva consequencialista, a posição central a prevalecer deveria ser aquela segundo a qual a propriedade privada se revelou, em termos de resultados, um propulsor poderoso da expansão econômica e da prosperidade geral. Para Sen, ainda pelo foco dos resultados:

> Há muitas evidências que sugerem que o uso irrefreado da propriedade privada – sem restrições e tributos – pode contribuir para a pobreza arraigada e dificultar a existência de sustento social para os que ficam para trás por razões fora de seu controle (incluindo incapacitação, idade, doença e reveses econômicos e sociais). Também pode ser ineficaz para assegurar a preservação ambiental e o desenvolvimento de infraestrutura social[170].

---

[168] SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 86.
[169] SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 85.
[170] SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 87.

Amartya Sen emprega a visão dos resultados para o direito a propriedade e obtém como resposta visões díspares a respeito do aludido direito. Por essa razão, sugere que "as disposições concernentes à propriedade talvez tenham de ser julgadas, ao menos parcialmente, por suas consequências prováveis", conclusão que se aproximaria do "espírito utilitarista, embora o utilitarismo pleno viesse a insistir em um modo muito específico de julgar as consequências e sua relevância". Mesmo sendo possível configurar posições díspares por meio da utilização da perspectiva utilitarista tradicional, Sen não deixa de reconhecer que "o argumento geral para considerar integralmente os resultados no julgamento de políticas e instituições é um requisito importante e plausível que foi muito beneficiado com a defesa da ética utilitarista".

Apontando limitações na perspectiva utilitarista, Amartya Sen endereça à base informacional da perspectiva a fonte das suas desvantagens. Para ele, o conjunto de fragilidades poderia ser assim apresentado:

> 1) Indiferença distributiva: desconsideração pela desigualdades na distribuição da felicidade, pois "importa apenas a soma total, independentemente do quanto sua distribuição seja desigual". Podemos estar interessados na felicidade geral e, contudo, desejar prestar atenção não apenas nas magnitudes 'agregadas', mas também nos graus de desigualdade na felicidade.
>
> 2) Descaso com os direitos, liberdades e outras considerações desvinculadas da utilidade: falta de relevo às reivindicações de direitos e liberdades (eles são valorizados apenas indiretamente e somente no grau em que influenciam as utilidades). "É sensato levar em consideração a felicidade, mas não necessariamente desejamos escravos felizes ou vassalos delirantes".
>
> 3) Adaptação e condicionamento mental: nem mesmo a visão que a abordagem utilitarista tem do bem-estar individual é muito sólida, pois ele pode facilmente ser influenciado por condicionamento mental e atitudes adaptativas[171].

A medida mental do prazer ou do desejo seria maleável demais para constituir-se em um guia confiável para a privação e a desvantagem. O conselho que dá é "favorecer a criação de condições nas quais as pessoas tenham oportunidades reais de julgar o tipo de vida que gostariam de levar"[172]. Não há dúvidas de que Sen se afastou da filosofia clássica sobre a felicidade, dirigindo sua doutrina para questões relativa à distribuição de bens e as maneiras de ampliá-la na coletividade. Também se equivoca ao desconsiderar que no constitucionalismo contemporâneo o principio da dignidade da

[171] SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 89.
[172] SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 90.

pessoa humana tem sido lembrado frequentemente e, na teoria da felicidade, ele aparece como escudo protetor de eventuais excessos que o utilitarismo poderia cometer contra os direitos fundamentais dos indivíduos isolados.

2.5.7 John Rawls

John Rawls diz haver muitas formas de utilitarismo e reconhece que a evolução da teoria teve continuidade em anos recentes. Seu objetivo é elaborar uma teoria da justiça que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista em geral e, portanto, a todas as suas versões. Ele descreve a doutrina clássica estrita do utilitarismo, colhida em Sidgwick, cuja ideia principal é que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas principais instituições estão organizadas de modo a alcançar o maior saldo líquido de satisfação, calculado com base na satisfação de todos os indivíduos que a ela pertencem[173].

Para Rawls, há, de fato, um modo de ver a sociedade que facilita a hipótese de que a concepção mais racional de justiça é a utilitarista. Assim, como o bem-estar de uma pessoa se constrói com um série de satisfações obtidas em momentos diversos no decorrer da vida, da mesma maneira deve-se construir o bem-estar da sociedade com base na satisfação dos sistemas de desejos dos muitos indivíduos que a ela pertencem. Já que o princípio para o indivíduo é elevar ao máximo o próprio bem-estar, o princípio

[173] RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vida. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 27. Rawls usa a obra de Henry Sidwick, The Methods of Ethics, 7ª Ed. (Londer, 1907), como síntese do desenvolvimento da teoria moral utilitarista. Ele diz que o livro III de seus Principles of Political Economy (Londres, 1883) aplica essa doutrina à questões de justiça social e econômica, e é precursor de A.C. Pigou, The Economics of Welfare (Londres, Macmillian, 1920). A obra de Sidgwick, Outlines of the History of Ethics, 5ª Ed. (Londres, 1902), contém uma breve história da tradição utilitarista. Diz: "Podemos segui-la na suposição, um tão arbitraria, de que ela começa com An Inquiry Concerning Virtue and Merit (1711) de Shaftesbury e An Inquiry Concerning Moral Good and Evil (1725) de Hutcheson. Ao que tudo indica, Hutcheson foi o primeiro a formular claramente o principio de utilidade. Diz ele em Inquiry seção 3 parágrafo 8 que 'melhor é o ato que produz a maior felicidade para o maior número de pessoas; e pior é aquele que, de igual maneira, ocasiona infelicidade'". Também afirma e outros trabalhos importantes do século XVIII são as obras de Hume, A Treatise of Human Nature (1739) e An Enquiry Concerning the Principles of Morals (1751), a obra de Adam Smith, A Theory of the Moral Sentiments (1759) [trad. Brás Teria dos Sentimentos morais, São Paulo, Martins Fontes, 1999], e a de Benham, The Principles of Morals and Legislation (1789). A essas obras, devemos acrescentar os textos de J. S. Mill representados por Utilitarianism (1863) e de F. Y. Edgeworth, Mathematical Psychics (Londres, 1888). Por fim, Rawls diz que nos últimos anos a discussão do utilitarismo tomou outro rumo ao concentra-se no que podemos chamar de problema da coordenação e das questões correlatas de publicidade. Essa mudança provem dos textos de R. F. Harrod, "Utilitarianism Revised", Mind, vol. 45 (1936); J. D. Mabbott, "Punishment", Mind, vol. 48 (1939); Jonathan Harrison, "Utilitarianism, Universalization, and Our Duty To Be Just", Proceedings of the Aristotelian society, vol. 53 (1952-1953); e J. O. Urmson, "the interpretation of the philosophy of J.S.Mill", Philosophical Quarterly, vol. 3 (1953).].

para a sociedade é promover ao máximo o bem-estar do grupo, realizar no mais alto grau o sistema abrangente de desejos ao qual se chega a partir dos desejos de seus membros. Rawls afirma que, por meio dessas ponderações, chega-se ao princípio da utilidade de maneira natural: a sociedade está bem-ordenada quando suas instituições elevam ao máximo o saldo líquido de satisfações. Ele prossegue afirmando que, se dizemos que o prazer é o único bem, então é provável que se possa reconhecer e classificar os prazeres pelo valor por meio de critérios que não pressupor nenhum modelo do que é justo, ou do que em geral julgaríamos como tal[174].

Rawls afirma que, para a teoria utilitarista da justiça, não importa, exceto indiretamente, o modo de como essa soma de satisfações se distribui entre os indivíduos nem como cada pessoa distribui suas satisfações ao longo do tempo. Não haveria, pelo menos em princípio, porque os ganhos maiores de alguns não pudessem compensar as perdas menores de outros; ou por que a violação da liberdade de poucos não pudesse ser justificada pelo bem maior compartilhado por muitos. Para Rawls, o utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas, excluindo o raciocínio que equilibra os ganhos e as perdas de várias pessoas como se fossem uma só. Só que, segundo ele, em uma sociedade justa, as liberdades fundamentais são inquestionáveis e os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociação política nem ao cálculo dos interesses sociais[175]. Esse último ponto do raciocínio de Rawls parece não se confirmar na prática. Diariamente os indivíduos abrem mãe de parcelas de suas liberdades em favor de bens reputados relevantes, como o interesse coletivo, por exemplo. Quando Rawls afirma que "as liberdades fundamentais são inquestionáveis e os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociação política nem ao cálculo dos interesses sociais", ele apresenta um viés absoluto dos direitos fundamentais incompatível com a vida coletiva. Não há espaços amplos para direitos fundamentais absolutos, a começar pelo direito à vida, que é alvo de intervenções de toda ordem (Estado de guerra, legítima defesa, fetos anecéfalos, gravidez em caso de estupro...).

Rawls propõe, com sua teoria da justiça, um contraposto ao utilitarismo, mas o que faz, em verdade, é esmiuçar o utilitarismo com ideias já contidas nessa própria teoria. Ele afirma que, no cálculo do maior saldo de satisfação, não importa, exceto

[174] RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vida. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 30.
[175] RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vida. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 31-34.

indiretamente, quais são os objetos de desejo, já que devemos organizar as instituições de modo a obter a soma mais alta de satisfações, sem questionarmos sua origem nem sua qualidade, mas apenas o modo como realizá-las influiria na totalidade de bem-estar. O bem-estar social dependeria, portanto, direta e exclusivamente, dos níveis de satisfação ou insatisfação dos indivíduos. Logo, Rawls diz que se os seres humanos têm certo prazer em discriminar uns aos outros, na sujeição de outrem a um grau inferior de liberdade como meio de aumentar seu auto-respeito, então a satisfação desses desejos deve ser avaliada segundo sua intensidade, ou qualquer outro parâmetro, juntamente com outros desejos. Se a sociedade decidir negar-lhes a satisfação ou suprimí-los, será porque esses desejos tendem a ser socialmente destrutivos e se pode obter um bem-estar de outras maneiras. Essa é a leitura que Rawls faz. Em seguida, ele afirma que na justiça como equidade, por outro lado, "as pessoas aceitam de antemão um princípio de liberdade igual, e sem conhecer os seus próprios objetivos específicos". Implicitamente concordam, portanto, "em adaptar suas concepções de seu próprio bem àquilo que os princípios de justiça exigem, ou pelo menos em não reivindicar nada que os transgrida".

Rawls esclarece que o indivíduo que descobre gostar de ver outros em situações de liberdade menor compreende que não tem direito algum a essa satisfação[176]. Mas isso Stuart Mill já dizia. Não há novidades. Mill afirmava que a satisfação decorrente da opressão constitui um prazer sádico que não compõe a teoria utilitarista. Todo o legado deixado por Mill quanto à diferenciação dos prazeres – que tem remissões aristotélicas - , possibilita chegar à mesma conclusão que Rawls chega. É certo que parece presunçoso afirmar isso, mas para indicar esse parte de sua teoria, não precisaríamos de Rawls. Mill já nos fornece elementos teóricos suficientes quando fala dos prazeres nobres e dos prazeres perversos.

Para Rawls, sua justiça como equidade pensa a sociedade bem-ordenada como um sistema de cooperação para vantagens recíprocas regulado por princípios que seriam escolhidos em uma situação inicial equitativa. No utilitarismo, por sua vez, como a administração eficiente dos recursos sociais a fim de elevar ao máximo a satisfação do

[176] RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vida. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 37.

sistema de desejos construído pelo observador imparcial a partir dos inúmeros sistemas de desejos aceitos como dado[177].

Segundo John Rawls, o utilitarismo costuma ser visto como uma teoria geral, aplicando-se da mesma maneira a todas as formas sociais, assim como às ações dos indivíduos. Falando do utilitarismo da regra, afirma que ele reconhece que certas distinções entre os objetos podem levantar problemas particulares:

> A distinção entre regra e ato, além de ser muito geral, é uma distinção categorial ou metafísica, e não uma distinção no seio da classe das formas sociais. Ela visa à questão da aplicação do principio da utilidade por meio das diferenças de categorias; e a maneira como o utilitarismo da regra trata essa questão permanece afastada da perspectiva do contrato[178].

Rawls sabe que a teoria utilitarista "reconhece as particularidades dos diferentes tipos de casos", mas, para ele, "essas particularidades são tratadas como resultantes de diferentes tipos de efeitos e de relações causais que se devem levar em conta":

> Ela poderá assim admitir que a estrutura básica é um complexo importante de instituições, dadas a natureza profunda e a extensão de seus efeitos sociais e psicológicos. Ela poderia igualmente admitir a utilidade de distinguir essa estrutura das associações particulares no seu interior, assim como no sistema mais vasto do meio internacional.

Ele ressalta que essas distinções podem ser úteis numa aplicação sistemática do principio da utilidade. Entretanto, em caso algum há mudança do princípio primeiro, muito embora diversos preceitos e normas secundárias, derivados da utilidade, possam ser justificados, dadas as características próprias dos diferentes problemas. A conclusão de Rawls é que, para o utilitarismo, nem o número dos indivíduos em questão, nem as formas institucionais que organizam suas decisões e suas atividades afetam o alcance universal do princípio da utilidade: o número e a estrutura só são pertinentes de forma indireta, "por seu efeito sobre a maneira como a maior soma total de satisfação (calculada por adição por todas as pessoas em questão) é mais seguramente atingida". Rawls diz que o utilitarismo rejeita a ideia de que princípios primeiros especiais sejam necessários para a estrutura básica[179].

---

[177] RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vida. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 41.

[178] RAWLS, John. Justiça e democracia. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 06.

[179] RAWLS, John. Justiça e democracia. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins fontes, 2000, pp. 07-09.

John Rawls troca o utilitarismo pelo liberalismo, construindo uma doutrina que não tem interesse direto na felicidade ou na satisfação de desejos, alimentando-se da busca por liberdades formais e direitos variados. Martha C. Nussbaum lembra que o trabalho de Rawls é voltado para a construção de um grupo de direitos que se torna objeto de "um consenso sobreposto entre pessoas que têm diferentes visões abrangentes, religiosas e seculares quanto ao significado e propósito da vida humana". Ela ilustra a possibilidade de concretização desse ideal de Rawls da seguinte forma: "os *amish* acreditam que é errado votar, mas podem alegremente endossar o direito de voto como um direito fundamental de todos os cidadãos em uma sociedade pluralista". Nussbaum diz ainda que:

> Uma pessoa cuja escolha pessoal é viver um estilo de vida extremamente insalubre e nunca ir ao médico pode, feliz, endossar um programa de cuidados decentes de saúde nacional: ninguém está forçando-a a usá-la, e ela percebe que seus concidadãos, a quem ela respeita, não compartilham suas preferências de estilo de vida[180].

John Rawls realiza uma análise sobre os bens primários fornecendo um quadro mais amplo dos recursos de que as pessoas necessitam independentemente de quais sejam seus respectivos objetivos. Para ele, bens primários são meios de uso geral que ajudam as pessoas a promoverem seus próprios fins, como direitos, liberdade e oportunidades, renda e riqueza e as bases sociais do respeito próprio. Os objetivos de cada um correspondem às suas buscas segundo o que entendem ser o bem, variáveis de pessoa para pessoa. Uma ilustração que faz é a seguinte. Se uma pessoa tem uma cesta de bens primários igual à de outra (ou até mesmo maior) e ainda assim acaba sendo menos feliz do que essa outra (por exemplo, porque tem gostos caros), então não necessariamente haveria injustiças no espaço das utilidades. Isso porque, para Rawls, a pessoa tem de assumir as responsabilidades por suas preferências[181].

John Rawls defende que, após identificarmos as pessoas mais "mal situadas", devemos adotar medidas que aumentem a sua condição de bem-estar. O primeiro requisito para isso seria a "prioridade da liberdade formal". A liberdade formal teria precedência política sobre a promoção de objetivos sociais. Ela assumiria a forma de restrições colaterais, que não podem ser violadas. Por esse raciocínio, os procedimentos

[180] Apud, WHITE, Nicholas. A brief history of happiness. No Brasil, tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Edições Loyola. 2009, p. 105.
[181] SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 102.

responsáveis pela garantia de direitos, aceitos independentemente das consequências, não estão no mesmo plano que as coisas que podemos julgar desejáveis. Os direitos que recebem precedência consistem essencialmente em várias liberdades formais pessoais, como alguns direitos políticos e civis básicos. A precedência desses direitos deve ser total e não podem ser de modo algum comprometidos pela força das necessidades econômicas[182]. Rawls defende que a liberdade e a igualdade das pessoas morais devem ter uma forma pública, e o conteúdo dos dois princípios responde a essa expectativa. Isso não se dá no utilitarismo (pelo menos no clássico) que considera como fundamental a capacidade de experimentar prazer e sofrimento ou de fazer que certas experiências institucionais "sejam especialmente exigidas, apesar de certas formas sociais serem evidentemente superiores a outras na medida em que são meios mais eficazes para se atingir uma soma total de satisfação ou de valor mais elevados"[183].

O raciocínio de Rawls apresentado no parágrafo acima não é, de modo algum, novo. Ele está absolutamente indicado no utilitarismo de Stuart Mill, dependendo, para essa constatação, somente de uma leitura atenta e de mais sistematização. Mill dedicou toda sua obra à exaltar o relevo da liberdade, associando-a, claro, à condição de felicidade, conferindo a ela um *status* de princípio apriorístico sem o qual a felicidade não se realizaria. Quando Rawls aponta a liberdade como princípio primeiro de sua teoria da justiça, ele não afasta seu pensamento do utilitarismo. Pelo contrário. Ele atira sua proposta num rio corrente cujas águas nascem e deságuam nas ideias de Stuart Mill.

2.5.8 Richard Layard

Richard Layard, analisando os pressupostos utilitaristas, ressalta que é mais importante reduzir o sofrimento do que gerar felicidade extrema. Também afirma que "a opressão é uma das maiores fontes de infelicidade. Consequentemente, o princípio da felicidade maior condenaria firmemente a opressão de qualquer grupo ou indivíduo"[184]. Vejam que Layard, um estudioso consistente das ideias utilitaristas, realça o compromisso com o indivíduo. Como supor que no cálculo da felicidade entraria uma criança oligofrênica trancada num porão e vítima de torturas? Só Sandel...

[182] SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 91.
[183] RAWLS, John. Justiça e democracia. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 32.
[184] LAYARD, P. R. G. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008, p. 149.

Layard relembra que "Aristóteles acreditava que o objetivo da vida era a eudemonia, ou um tipo de felicidade associada à conduta virtuosa e reflexão filosófica". Ele recorda que no século XIX houve uma retomada da definição de tipos de felicidade, de prazeres maiores ou menores, patrocinada por John Stuart Mill que acreditava que "a felicidade de experiências diferentes podia variar em quantidade e qualidade".

Layard se refere ao pensamento de Mill exposto no seu *Utilitarianism* (1861), publicado depois de *On Liberty*. Como vimos, Mill defendia que os utilitaristas sabiam diferenciar prazeres elevados, dos menos nobres. Para Layard, "a intuição de Mill estava certa, mas sua formulação errada", pois "as pessoas que encontram um sentido em suas vidas são mais felizes do que as que passam de um prazer para outro".

Nesse ponto, Layard se vale das evidências trazidas pelas pesquisas de Carol Ryff, da *University of Wisconsin*, que "compilou avaliações refinadas de coisas como objetivo de vida, autonomia, relacionamentos positivos, crescimento pessoal e auto-aceitação e as usou para criar um índice de bem-estar psicológico". O estudo mostra que "numa amostra de adultos americanos esse índice está altamente correlacionado com o padrão das avaliações auto-relatadas de felicidade e satisfação com a vida".

Daí Layard acreditar que "Mill estava certo em sua intuição sobre as verdadeiras fontes da felicidade duradoura, mas errado em argumentar que alguns tipos de felicidade são intrinsecamente melhores do que outros". Para ele, "fazer isso é essencialmente paternalista", pois seria "óbvio que alguns prazeres, como os fornecidos pela cocaína, não podem em sua natureza ser duradouros; trabalham contra a felicidade da pessoa a longo prazo". Do mesmo modo que "alguns prazeres doentios, como os dos sádicos, devem ser evitados porque diminuem a felicidade das pessoas"[185].

Pela perspectiva coletiva, fica muito fácil visualizar o raciocínio de Stuart Mill e perceber que Layard não está tão distante dele quanto anuncia. Mill entende que há prazeres nobres que devem ser estimulados por fazerem bem à coletividade, e prazeres perversos, que apesar de trazerem satisfação a quem os têm, prejudica a coletividade e, no longo prazo, aos próprios indivíduos dedicados a gozarem desse tipo de felicidade.

[185] LAYARD, P. R. G. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008, p. 39.

Para Richard Layard, o princípio da felicidade maior é "fundamentalmente igualitário (a felicidade de todos deve ter o mesmo valor) e "fundamentalmente humano" (o que importa é o que as pessoa sentem[186].

2.6 A Importância das ideias

Mesmo com todas as críticas feitas à teoria de Jeremy Bentham, é inegável a força de suas ideias e a influência que sua proposta teórica continua a gerar. Não sem razão, dificilmente se encontra um livro sofre filosofia política sem que Bentham apareça como alvo principal a ser destrinchado. Não se pode desconsiderar os méritos dele ao sistematizar uma teoria da felicidade, propiciando a construção de um estudo empírico crescente não só da ação humana vista individualmente, mas da ação coletiva.

Richard Posner, um crítico de Bentham, reconhece suas inúmeras contribuições, como luta pela liberdade religiosa, pelo divórcio, por um sistema penal humanizado, pela reforma processual e pela extinção de restrições desnecessárias à liberdade econômica. Há ainda suas contribuições à teoria da utilidade, à teoria da prova e à análise econômica do direito e de outras atividades não mercadológicas.

Ronald Dworkin recorda que há, na obra de Jeremy Bentham, uma parte conceitual e uma parte normativa: "A parte conceitual, o positivismo jurídico, foi aperfeiçoado por filósofos e jurista como John Austin e H. L. Hart. A parte normativa, o utilitarismo, foi aprimorado pela Análise Econômica do direito, tendo como maior expositor na atualidade o juiz norte-americano Richard Posner" – registra Dworkin.

Richard Layard é outro estudioso da doutrina de Bentham. Para ele, "uma sociedade feliz tem de ser construída sobre duas bases: (i) o maior nível de solidariedade; e (ii) os princípios morais mais sólidos de imparcialidade. "Não há nada de errado com a ideia de que as pessoas querem ser felizes e de que a vida é, de muitos modos, uma busca pelas atividades que dão mais prazer" – diz. Para ele, "em um mundo devidamente educado, essas atividades incluem a busca da felicidade alheia". Layard tem tentado fazer ressurgir ideias utilitaristas, bem como tem se esforçado para promover uma releitura de Jeremy Bentham. Segundo ele, o princípio benthamista envolve dois pontos distintos: um sobre justiça (todos são iguais) e outro sobre

[186] LAYARD, P. R. G. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008, p. 148.

felicidade (é o bem supremo). Ele afirma que "a ideia de Bentham estava certa e deveríamos adotá-la sem medo e aplicá-la à nossa vida"[187].

Mesmo os críticos mais fervorosos de certos aspectos do utilitarismo, como Amartya Sen, reconhecem os méritos do movimento: "vale levar em consideração os resultados das disposições sociais ao julgá-las bem como se atentar para o bem-estar das pessoas envolvidas ao julgar as disposições sociais e seus resultados" - registra. Nesse ponto, afirma que "o interesse no bem-estar das pessoas tem atrativos óbvios, mesmo se discordando do modo de julgá-lo por uma medida mental centrada na utilidade"[188].

Emmanuelle Jouannet diz que Bentham luta contra os interesses pessoais e somente a satisfação de desejos egoístas. Para ela, Bentham queria "construir um sistema de direito visando a justiça assim como a maximização do bem estar coletivo". Desde Adam Smith, "o utilitarismo anglo-saxão vai se apaixonar pelo o que chamamos hoje de justiça social"[189].

Encontramos, mesmo entre os maiores parceiros de Bentham, resistências às suas propostas. A mais consistente veio de John Stuart Mill, talvez o primeiro grande estudioso das suas ideias que o criticou com propriedade. Falaremos sobre ele.

[187] LAYARD, P. R. G. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008, p. 138.
[188] SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 87.
[189] JOUANNET, Emmanuelle. Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international, Bruylant, 2011, (Collection de droit international, n°69). O trecho transcrito consta no capítulo V, intitulado "La finalité providentialiste du droit des gens moderne: Bonheur des peuples et perfectionnement des États".

3. O UTILITARISMO REVISITADO: JOHN STUART MILL

3.1 A Personalidade: Genialidade e Dificuldades Práticas

O escocês James Mill, pai de John Stuart Mil (1773-1836), foi um "afilhado" de Jeremy Bentham, tendo vivido com sua família no chalé do jardim da sua casa, em *Queen´s Square*, Londres. Ele era psicólogo, economista e historiador. James Mill criou em sua mente um protótipo do filho ideal, que seria muito culto, realmente um prodígio.

Aos quatro anos de idade, Stuart lia textos gregos. Aos oito, livros em latim. Aos onze, escreveu uma história das leis romanas. Quando adolescente, tinha todo o conhecimento sobre filosofia. Mill leu Aristóteles, reputando suas ideias "as melhores observações dos antigos sobre a natureza humana e sobre a vida". O seu pai o obrigava a resumir o assunto em quadros sinóticos. Mill também leu, aos treze anos, os Poemas de Campbell, que lhes deram sensações que ele nunca havia experimentado antes. Enquanto Bentham achava que a poesia subvertia a linguagem, Stuart Mill se deliciava com os poemas de Shakeaspeare. Mill estudou Platão e os seus famosos *Diálogos*, especialmente Górgias, Protágoras e *A República*. Para ele, o método socrático é insuperável "para corrigir os erros que decorrem de uma mente abandonada a si mesma", fazendo com que o homem raciocine de maneira exata. A educação severa à qual foi submetido trouxe-lhe algumas aberrações comportamentais. Ele levou muito mais tempo do que as demais crianças para aprender a se vestir e a fazer um nó. Somente aos 16 anos de idade conseguiu pronunciar a letra 'r'. Era inábil quanto a tarefas manuais e questões práticas[190].

3.2 A Depressão

A sua genialidade – testada arduamente pelo pai – teve um revés quando Stuart Mill alcançou vinte anos de idade, no outono de 1826. O jovem tombou diante de uma intensa depressão que lhe maltratou por dois anos. Ele enfrentou acessos de desespero, colapsos nervosos, esgotamento físico e se mostrava inquieto e indiferente. Nesse período, ele se questionou se, caso tivesse os objetivos de vida alcançados, com todos os sonhos de desenvolvimento realizados, ele, então, teria "motivo para uma grande

[190] MILL, John Stuart. Autobiography, 1873, p. 51.

felicidade". Entendeu que não e deixou registrado um fragmento da sua dor: "Meu coração afundou em mim: os fundamentos sobre os quais tinha erguido a minha vida caíram todos por terra". Mill avança na sua auto-avaliação afirmando: "Toda a minha felicidade estivera vinculada à busca contínua desse fim. Esse fim tinha cessado de me seduzir; como poderia voltar a existir qualquer interesse pelos meios de atingí-lo? Parecia que eu não tinha mais nada pelo que viver"[191]. Ele prossegue narrando o drama pelo qual passou:

> Eu havia me acostumado a me congratular pelas certeza da vida feliz que eu levava, colocando a minha felicidade em algo durável e distante, em que sempre pode haver alguma medida de progresso, embora este nunca possa ser inteiramente esgotado em realizações cabais.

Na sequência, arremata:

> esse esquema funcionou muito bem durante vários anos, ao longo dos quais as melhorias gerais que se desenrolavam no mundo e a idéia de mim mesmo como alguém envolvido com outros no emprego de promovê-las pareciam suficientes para preencher uma existência interessante e animada.

A melancolia tomou Mill. Ele dizia: "Uma noite de sono, soberano remédio para os pequenos desgostos da vida, não produziu efeito nesse caso". Quanto à distância afetiva existente entre ele e seu pai, admitiu que "se amasse alguém o suficiente para chegar a confidenciar-lhe suas aflições, talvez não haveria chegado à situação em que estava". Mill relatou como se sentia fazendo uma comparação a um barco sem vela:

> Estava, pois, - como eu dizia a mim mesmo – encalhado no começo de minha viagem: equipado com um bom barco e um bom leme, mas sem vela, sem um verdadeiro desejo de alcançar os fins para os quais eu havia sido cuidadosamente preparado para alcançar. Não me comprazia nem na virtude, nem no bem geral, nem tampouco em nenhuma outra coisa [...][192].

O cientista social retratou o seu despertar: "Mas chegou um momento em que despertei disso, como se de um sonho". O levante de Mill contra sua doença veio por meio de uma espécie de auto-retrato. Ele lia *Memórias de Marmotel* quando se comoveu profundamente com a passagem que relatava a morte do pai de um jovem. Esse jovem,

[191] MILL, John Stuart. Autobiography, 1873, p. 81.
[192] MILL, John Stuart. Autobiography, 1873, p. 128.

então, passaria a constituir tudo para a família. Ao ler e pensar a respeito dessa passagem, Mill desabou em lágrimas. Daí em diante o seu fardo se tornou mais leve[193].

Ao se recuperar, Mill acreditou que a depressão decorria da severa criação que lhe foi imposta pelo pai. Ele passou a questionar as bases filosóficas da teoria de Bentham. Concluiu que há formas maiores e menores de felicidade, caso contrário "teríamos de acreditar que um tolo satisfeito estava em melhor situação do que um Sócrates insatisfeito". Mill também afirmou que "pode ser melhor ser um John Knox do que um Alcibíades, mas é melhor ser um Péricles do que qualquer dos dois; e se houvesse um Péricles, nos dias de hoje, nada de bom que tenha pertencido a John Knox lhe faltaria"[194]. John Stuart Mill faleceu em 1873[195].

3.3 A Releitura da Teoria de Jeremy Bentham

John Stuart Mill, referindo-se ao utilitarismo, diz que "esta teoria se tornou, agora, a base da minha filosofia de vida". Ele prossegue com uma análise acerca do princípio da utilidade de Bentham, afirmando que ele se "encaixava exatamente no lugar, como a pedra angular capaz de unir os componentes soltos e fragmentados dos meus conhecimentos e crenças". Isso porque, o princípio benthamista

> introduzia unidade na minha concepção de coisas. Agora eu tinha opiniões: um credo, uma doutrina, uma filosofia; em um dos melhores sentidos do termo, uma

[193] MILL, John Stuart. Autobiography, 1873, p. 129.
[194] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 115.
[195] Importante o papel que a esposa de Stuart Mill, Harriet Taylor (1807-1858), teve em sua vida pessoal e profissional. Em 1826, Harriet era casada com John Taylor e tinha dois filhos. Nasceu entre ela e Mill uma amizade íntima a partir de 1830, gerando escândalo na sociedade. Vinte anos depois, Harriet ficou viúva. Em seguida, se casou com Stuart Mill e, juntos, passaram a ter uma excelente produção filosófica. Eis a dedicatória de Mill a Harriet na obra "A sujeição das mulheres". Dedico este livro à bem-amada e dolorosa memória daquela que foi a inspiradora, e em parte a autora, de tudo o que há de melhor nos meus escritos – a amiga e esposa cujo elevado sentido de verdade e rectidão foi o meu mais forte incentivo, e cuja aprovação foi a minha principal recompensa. Como tudo o que tenho escrito desde há muitos anos, este livro pertence tanto a mim como a ela. Mas a obra, tal como está, teve, num grau muito insuficiente, a vantagem inestimável da sua revisão, tendo sido algumas das porções mais importantes reservadas para um mais cuidadoso reexame, agora destinadas a nunca receber. Fosse u capaz de explicar ao mundo metade dos grandiosos pensamentos e nobres sentimentos que jazem no seu sepulcro, e seria o veículo para o mundo de um maior benefício do que provavelmente alguma vez resultará de qualquer coisa que eu possa escrever sem o estímulo e a ajuda da sua quase inigualada sabedoria. Harriet se notabilizou por um intenso ativismo quanto ao direito das mulheres e foi sua parceira na tarefa de revisitar a doutrina de Bentham. Mill reconhece que o elementos éticos de sua filosofia foram o resultado das discussões que mantinha com a esposa sobre a natureza da igualdade, da liberdade e do individualismo. COHEN, Martin. Casos filosóficos. Tradução de Francisco Innocêncio. Ilustrações de Raúl Gonzáles. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012, p. 387.

> religião; inculcá-lo e difundí-lo poderia muito bem se tornar o principal objetivo expresso de uma vida[196].

Na verdade, essa menção feita por Mill à doutrina de Bentham é voltada para suas impressões iniciais, antes de tombar diante da depressão. Ele retrata de que forma enxergava as ideias benthamistas, deixando claro que a influência que elas tiveram sobre ele assumiam um viés messiânico.

Stuart Mill começou a apontar divergências ainda sutis quanto ao pensamento benthamista: "nunca, na verdade, abandonei a convicção de que a felicidade é o teste de todas as regras de conduta e a finalidade da vida. Mas, agora, acho que essa finalidade só poderia ser alcançada se não fosse transformada num objetivo direto". Em suas novas reflexões, afirma:

> são felizes (penso eu) somente aqueles que dedicam suas ideias a algo diverso de sua felicidade pessoal: a felicidade dos outros, o progresso da humanidade, até mesmo alguma forma de arte ou empreendimento, com que a pessoa se envolve não como meio para algum outro fim, mas como um objetivo ideal em si mesmo[197].

Mill registrou, em várias oportunidades, que a humanidade, desde sempre, se dedicou a estudar e tentar compreender o que torna as pessoas felizes. Segundo ele:

> Desde a aurora da filosofia, a questão referente ao *summun bonun* ou, o que é a mesma coisa, referente à fundação da moralidade foi considerada o principal problema no pensamento especulativo, ocupou os intelectos mais dotados e os dividiu em seitas e escolas. (...) E, após mais de dois mil anos, as mesmas discussões continuam..., e nem os pensadores nem a humanidade em geral parecem mais perto de ser unânimes quanto ao tema do que quando o jovem Sócrates ouviu o velho Protágoras[198].

Muitas premissas filosóficas de Stuart Mill podem ser encontradas na monumental obra de Aristóteles. Mill chega a falar num "sensato utilitarismo de Aristóteles"[199]. Mais adiante mostraremos sintonias entre os dois.

Stuart Mill, contrapondo aberta e frontalmente Bentham, disse que nem dores nem prazeres são homogêneos, pois existem diferenças em espécie "que se mostram evidentes para qualquer juiz competente". O que Mill faz é testar a consistência das "comparações interpessoais de utilidade (prazer)" de Bentham. Caso se reconheça que

[196] MILL, John Stuart. Autobiography, 1873, p. 75.
[197] MILL, John Stuart. Autobiography, 1873, p. 83.
[198] MILL, John Stuart. Utilitarianism, cap. 1.
[199] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 62.

há diferenças qualitativas entre prazeres superiores e inferiores, como seria possível decidir entre eles? Stuart Mill, suprindo uma lacuna que entende haver na teoria de Bentham, aponta, como resposta à indagação acima, a escolha de um juiz competente que tenha experimentado as duas alternativas (prazeres superiores e prazeres inferiores)[200].

O ensaio de Mill intitulado *Bentham* foi publicado na *London Westminster Review*, em 1838. Ele escreveu o seguinte:

> embora após as devidas explicações concordemos inteiramente com Bentham em seu princípio, não concordamos com ele quando diz que todo modo correto de pensar sobre os detalhes da moral depende de suas asserções expressas.

Para Mill, "a utilidade ou a felicidade são complexas demais e fins excessivamente indefinidos para serem buscados, exceto por intermédio de vários objetivos secundários"[201]. A releitura da doutrina de Bentham é evidente.

Podemos comparar Stuart Mill a Immanuel Kant. Enquanto este entende o princípio da (intencionalidade) ética como aquele em que a ação moral pressupõe a auto-realização do indivíduo agente como ser racional, Mill entende o princípio da (responsabilidade) ética condicionando o vínculo da ação moral do individuo à utilidade social dessa mesma ação. Kant condiciona a moral à liberdade, vinculando a moralidade à racionalidade, restrita ao ser humano. Mill introduz uma ética utilitarista que difere os diversos tipos de prazer, a fim de evitar o mal-entendido de que a ação moral seja idêntica à concretização de qualquer forma de prazer, inclusive aquelas que também são possíveis para os animais[202].

Falamos que Mill dirige sua obra na direção aristotélica, em alguns pontos. Podemos ilustrar. Ele enxergava os prazeres assim como Aristóteles, sendo a própria atividade ou as experiências decorrentes da atividade. Num dado momento de sua vida, aponta quais seriam os principais prazeres: "música, virtude e a saúde"[203].

---

[200] MILL, John Stuart. Utilitarianism, p. 84.
[201] London and Westminster Review, Aug. 1838, revised in 1859 in Dissertations and Discussion, vol. 1., p. 85.
[202] Filósofos do século XIX. Uma introdução. Tradução Dankwart Bernsmüller. Editora Unisinos. Coleção História da Filosofia 7., São Leopoldo 2006, p. 211.
[203] MILL, John Stuart. Autobiography, 1873, p. 85.

3.4 Os Direitos Fundamentais

A dinâmica humanista que Stuart Mill conferiu ao utilitarismo não foi o único aperfeiçoamento operado por ele. Para ele, mesmo se a intensidade e a duração dos prazeres altruístas e perversos fossem iguais, os primeiros diferiram dos segundos na qualidade e, portanto, também no valor. É singela a distinção, mas poderosa, pois guia o utilitarismo para outro rumo, possibilitando que se torne um movimento atual. Para Mill, seria absurdo "que enquanto, ao estimar todas as outras coisas, a qualidade seja considerada, assim como a quantidade, deva-se supor que a estimativa dos prazeres depende da quantidade apenas". É que ele tinha seus receios para com o hedonismo. Basta lembrar da sua clássica colocação: "É melhor ser um humano insatisfeito do que um porco satisfeito; é melhor ser Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito. E, se o tolo ou o porco tiverem uma opinião diferente, é porque eles só conhecem o próprio lado da questão"[204].

Mill promove um resgate ao ideal aristotélico de felicidade ligada ao caráter ético da ação ou do prazer dela gerado, resgate este necessário ao utilitarismo e que não foi inserido explicitamente por Bentham, certamente pelo fato de ele não considerar em suas teorias os ensinamentos de estudiosos clássicos, como o próprio Aristóteles. Essa perspicácia de Mill abriu espaço para que esse importante movimento filosófico, político e jurídico – o utilitarismo - entrasse no centro das mais recentes discussões constitucionais, mostrando, com isso, o seu vigor intelectual. A partir do momento que o utilitarismo se aproxima da ética, ele abre espaço para dialogar com a teoria dos direitos constitucionais fundamentais, cuja base de sustentação vem, quase totalmente, de premissas éticas universais.

Para Mill, a liberdade "não significava apenas o direito à liberdade de obrigações (políticas), mas representava antes uma condição indispensável à auto-realização individual e, por conseqüência, da felicidade humana"[205]. Ele refuta a ideia de que o povo não tem qualquer necessidade de limitar o seu poder sobre si mesmo, pois, para ele, "poderia aparecer evidente quando o governo popular era uma coisa sobre a qual apenas se sonhava, ou que se via que tinha existido num período remoto". Ele afirma que esse raciocínio também não foi abalado por "aberrações temporárias" como as a

[204] MILL, John Stuart. Utilitarianism, cap. 2.
[205] Filósofos do século XIX. Uma introdução. Tradução Dankwart Bernsmüller. Editora Unisinos. Coleção História da Filosofia 7., São Leopoldo 2006, p. 202.

Revolução Francesa, tendo, as piores, sido obras de uns quantos usurpadores – "aberrações que, em todo o caso, não estiveram associadas ao funcionamento permanente de instituições populares, mas sim a uma insurreição súbita e convulsiva contra o despotismo monárquico e aristocrático"[206].

Stuart Mill afirma que "ser restringido em coisas que não afetam o bem dos outros, simplesmente porque essas coisas são desagradáveis, nada desenvolve de valioso, exceto uma força de caráter que se possa desenvolver através da resistência ao constrangimento". Para Mill, tudo o que esmague a individualidade é despotismo. Há, todavia, algumas exceções. Quando pessoas, pela embriaguez, fazem mal aos outros, embebedar-se é um crime contra os outros. Também se, por ociosidade ou por qualquer outra causa evitável, uma pessoa não cumpre os seus deveres legais para com outros, "como por exemplo o dever de sustentar os seus filhos, não é qualquer tirania forçá-lo a cumprir essa obrigação – através de trabalho compulsivo, se não estiverem disponíveis quaisquer outros meios"[207].

Mill foi um corajoso defensor dos direitos das mulheres. Ele apontava graves malefícios impostos a elas, tais como: (i) perda da mais estimulante e exaltante forma de prazer pessoal; (ii) cansaço, desilusão e profunda insatisfação com a vida. Mill afirma que os receios dos homens quanto às mulheres apenas os levam a pôr piores males no lugar daqueles por que futilmente se preocupam. Além disso, todo o constrangimento à liberdade de ação que não vise unicamente responsabilizá-lo de qualquer prejuízo dela decorrente, deixa a nossa espécie incalculavelmente empobrecida em tudo o que representa o valor da vida para um indivíduo. Ele lamenta o fato de a história demonstrar que o respeito pela vida, pelos bens e por toda a felicidade terrena de uma qualquer categoria de pessoas era diretamente proporcional ao poder que elas tinham[208].

A igualdade de Mill é exposta quando ele afirma que estar-se-ia entrando numa era em que a justiça seria de novo a virtude primordial, alicerçada, como antes, numa associação igualitária, "mas também empática, entre os indivíduos, que já não terá por raiz o instituto de auto-proteção entre iguais, mas uma simpatia cultivada entre eles – e que não excluirá ninguém, sendo, em idêntica medida, extensiva a todos"[209].

Ele enxerga outras fontes de felicidade, além do sentimento de dignidade pessoal que a livre direção e disposição das faculdades próprias de cada um. Também vê como

[206] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 31.
[207] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 165.
[208] MILL, John. A sujeição das mulheres. Coimbra: 2006, Almedina, pp. 44-45
[209] MILL, John. A sujeição das mulheres. Coimbra: 2006, Almedina, p. 115.

infelicidade ver-se restringido no seu exercício. Ele afirma que "não existe nada, a seguir à doença, à indigência e à culpa, que seja tão fatal para um aprazível desfrutar da vida como a privação de um objeto digno onde aplicar as faculdades ativas".[210]

Essa é mais uma ponte de aproximação entre o utilitarismo e o constitucionalismo contemporâneo. A partir do momento em que se afirma que sem a liberdade não é possível construir qualquer teoria da felicidade que seja, Stuart Mill assume que seu utilitarismo não caminha pela ideia de que os fins justificam os meios. Pelo contrário. Ele estabelece um conteúdo apriorístico do utilitarismo, qual seja, o respeito às liberdades. Se aliarmos esse pressuposto à diferenciação quanto às qualidades do prazeres, a proposta teórica de Mill assume grande sistematicidade afastando a felicidade de qualquer vazio conceitual. Além disso, há também o papel que a igualdade exerce para os projetos individuais de felicidade e isto foi enfatizado por Mill. Por mais que tenhamos dificuldade em conceituá-la, podemos iniciar esse desafio atribuindo-lhes características e valores intrínsecos, como a liberdade e igualdade.

3.5 A Qualidade dos Prazeres

Talvez a maior colaboração de Stuart Mill tenha sido a construção conceitual dos chamados prazeres perversos. Pensando a teoria da felicidade como política pública, esse conceito é importante, uma vez que impede possíveis decisões de serem tomadas considerando uma suposta felicidade por parte de grupos, mas consistente na mera emanação de prazeres perversos que em nada enriquecem a ideia de felicidade coletiva.

Mill destaca que os homens têm um grande prazer em subordinarem mulheres, porque isso os ajuda a se sentirem superiores. O mesmo com a alegria por ter um servo dócil. Contudo, ao aferir os ganhos para a sociedade que a igualdade sexual traria, sequer considera – e nem o poderia - a dor que certamente será causada aos homens por esta revogação de privilégios. Tal prazer não serviria ao bem-estar social.

Nesse sentido, o Prêmio Nobel, John Harsanyi, exclui, do campo da formulação de políticas de bem-estar, aquelas voltadas para os "prazeres sádicos ou mal-intencionados". Harsanyi afirma que os "prazeres ruins serão aqueles que insistem em subordinar os outros ou que, de outras maneiras, não respeitam a dignidade humana e a

[210] MILL, John. A sujeição das mulheres. Coimbra: 2006, Almedina, p. 220.

igualdade"[211]. O que o Prêmio Nobel introduz é uma espécie de escudo contra possíveis excessos dos cálculos utilitários e esse escudo estaria no respeito à dignidade humana e à igualdade. Logo, o desenvolvimento do utilitarismo dependeria do seu compromisso com as bases dos direitos fundamentais, compromisso esse celebrado com a humanização dessa doutrina operada por Stuart Mill. Ainda assim temos estudiosos que desconsideram essa importante diferenciação feita pelos utilitaristas. Eles elaboram situações que chegam a ser caricatas. Alan Donagan é um desses:

> (...) pode ser que, ao assassinar, fria e sorrateiramente, seu agourento, velho e infeliz avô, um indivíduo gerasse mais benefícios e menos prejuízos do que se não o fizesse: libertaria o parente de sua miserável existência, daria aos filhos dele a alegria da herança, libertando-os do sofrimento causado por sua maldade; e ainda poderia gozar antecipadamente a recompensa prometida àqueles que praticam o bem no anonimato[212].

Michael Sandel recorda que "quando os romanos atiravam cristãos aos leões no Coliseu, ele proporcionava prazeres perversos, em vez de prazeres nobres"[213].

É recorrente a diferenciação dos tipos de felicidades, desejos, ou preferências, em boas ou ruins, nobres ou sádicas, simples ou refinadas. Essa divisão dos tipos de prazeres, desejos ou preferências é mais um alvo das críticas de Richard Posner, que a chama de "velha tática utilitarista de dividir as preferências entre 'superiores' e 'inferiores' segundo critérios inevitavelmente variáveis e subjetivos, o que não leva a lugar algum"[214]. Nada obstante tenhamos registrado a crítica de Posner, temos essa interessante classificação operada pelo utilitarismo como uma porta de entrada aos direitos fundamentais, evitando descuidos com a proteção das minorias quando a felicidade das maiorias for a meta. Qualquer tipo de satisfação que decorrer da opressão a grupos minoritários ou mesmo da supressão de direitos, deve ser evitada.

Explodir o *World Trade Center* pode trazer prazer aos terroristas? Sim. Mas isso não significa que a satisfação de prazeres perversos amplie a sensação de felicidade geral da população, seja a norte-americana, seja a dos países dos terroristas envolvidos. O gozo de um prazer sádico, no longo prazo, empurra a sociedade para um caminho ruim, tornando pior sua existência. Basta pensar na insegurança. Ademais, do ponto de

---

[211] Harsanyi, 1982, p. 96.
[212] DONAGAN, Alan. Is There a Credible form of Utilitarisanism? Em Contemporary Utilitarianism 187, 188 (Michael D. Bayles [org], 1968), p. 69.
[213] SANDEL, Justiça. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2011, p. 66.
[214] POSNER, Richard. A economia da justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 64.

vista aristotélico, não há qualquer virtude em explodir um prédio no qual centenas de pessoas estavam. Portanto, ao associarmos o exercício da jurisdição constitucional – protetora dos direitos fundamentais -, à teoria da felicidade, podemos afastar, de imediato, a satisfação de prazeres perversos como elemento constitutivo da felicidade coletiva. Esse pressuposto confere coerência ao argumento de que a felicidade coletiva pode ser um fator alvo da consideração do intérprete da Constituição, no momento em que ele se dispõe a resolver um caso concreto.

Se pesquisarmos com mais dedicação referências filosóficas acerca do que foi exposto por Stuart Mill quanto às qualidades dos prazeres, encontraremos raciocínios semelhantes. Madame du Châtelet afirmava que "é preciso ter paixões para ser feliz", contudo, alertava para o fato de que "existem algumas às quais é preciso proibir a entrada em nossa alma". Um dos exemplos é a ambição[215].

Michael Sandel trabalha com casos fictícios e aplica o utilitarismo mostrando como ele pode ser inadequado. Num dos casos, imagina um terrorista que sabe onde está uma bomba prestes a explodir e matar milhares de inocentes. Os benefícios de torturar o terrorista para descobrir onde a bomba estaria e desativá-la seriam divididos com toda a sociedade e a única pessoa a sair perdendo seria o terrorista torturado. Para Sandel "nos termos do utilitarismo, é moralmente justificável infligir dor intensa a uma pessoa se isso evitar morte e sofrimento em grande escala"[216]. Sandel faz uma análise apressada. Mesmo Aristóteles alertava para esse tipo de raciocínio, que cria um ambiente de envolvência capaz de concordar com ideias. O Estagirita, desenvolvendo argumentos utilitaristas, apresentava as falhas desse tipo de raciocínio empregado por Sandel da seguinte forma: "Toda a carga de uma embarcação é lançada ao mar durante tempestade para salvar os homens a bordo. Neste caso, o ato de se desfazer da carga é involuntário em si, mas voluntário de um certo resultado – salvar a tripulação". Para Aristóteles, "não é nada fácil estabelecer regras para decidir qual dessas alternativas seria a melhor, porque os casos particulares diferem amplamente entre si"[217]. É o que ocorre com os exemplos de Sandel. Casos particulares diferem muito entre si e, além disso, se revestem de situações improváveis sob múltiplos aspectos.

---

[215] DU CHÂTELET, Gabrielle Emilie Tonnerlier de Breteuil, Marquêsa. Discurso sobre a felicidade. Tradução de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 20.
[216] SANDEL, Justiça. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2011, p. 52.
[217] Ética a Nicômano III 1, 110ª, 35-110b 5, p. 50.

O que Stuart Mill traz é a porta de entrada para a conciliação do utilitarismo com a moderna doutrina dos direitos fundamentais. O que ele afirmou foi que a felicidade masculina em oprimir as mulheres negando-lhes direitos, macula o princípio da igualdade e, por tal razão, eles devem ser impedidos de tal prática. Não poderíamos pensar num projeto coletivo voltado para o bem-estar se um grupo se sente feliz ferindo acordos básicos como o respeito à igualdade.

O arremate de Mill contra a proposta de Bentham é dado com a seguinte declaração: "Ele não consegue, legitimamente, ser forçado a fazer ou revelar algo porque será melhor para ele, porque o tornará mais feliz, porque na opinião dos outros seria sensato ou até mesmo correto agir assim". Mill afirma que o "benefício mais direto de todos os que estavam associados com a liberação das mulheres seria o ganho indizível, na liberdade privada, da metade liberada da espécie". Para ele, "aquele que aprecia corretamente o valor da independência pessoal como ingrediente da felicidade, deve considerar o valor que ele mesmo atribui a ela como um ingrediente da sua felicidade pessoal"[218].

Stuart Mill foi brilhante em suas considerações filosóficas acerca da felicidade e da sociedade. Seus ensinamentos, além de atuais, propiciam um reencontro entre a escola utilitarista e o constitucionalismo contemporâneo, fazendo com que tenhamos um instrumental rico e envolvente para trabalharmos.

[218] MILL, John Stuart. Coimbra: Almedina, 2006, p. 91.

4. A FELICIDADE TESTADA: AS PESQUISAS

4.1 O Batismo: Richard Easterlin

Esse capítulo será conduzido pelo marco da pesquisadora Carol Graham, para quem "inúmeros estudos, demonstrando que os níveis de felicidade podem mudar significativamente devido a vários fatores, sugerem que a investigação pode reunir informação relevante sobre o bem-estar humano para ajudar os juristas"[219].

Se perguntarmos quantos trabalhos acadêmicos de economistas, há três décadas, utilizaram a palavra felicidade, a resposta será direta: nenhum. Graham fala que, em 2007, o número de textos com a palavra felicidade no título nos jornais de economia, ultrapassava a espantosa marca de 1000[220].

A Pesquisadora lembra que Richard Easterlin foi o primeiro economista moderno a, em 1970, rever o conceito de felicidade. Ele explorou a relação entre os níveis médios de felicidade e os rendimentos *per capita* de um país em várias décadas. Sua conclusão aponta um paradoxo: os níveis médios de felicidade não acompanharam o crescimento material do país em termos de riqueza – e de saúde – ao longo do tempo. Carol Graham interpreta o Paradoxo como sendo a prova de que as pessoas "entraram na corrida do hedonismo: as aspirações aumentam a par do rendimento e, satisfeitas as necessidades básicas, o que mais interessa para o bem-estar são os níveis relativos de rendimento e não os níveis absolutos" [221].

Graham nos lembra também da importante teoria do ponto fixo, veiculada por psicólogos, segundo a qual "cada pessoa tem um nível de felicidade a que retorna sempre, ao longo do tempo, mesmo após grandes eventos, como ganhar na loteria ou um divórcio". Apesar dessa constatação, isso não quer dizer que durante o período no qual as pessoas estiveram infelizes elas não tenham sofrido bastante, o suficiente para que a dor seja objeto da atenção da jurisdição constitucional ou dos formuladores das políticas públicas. Durante esse período, os prejuízos podem ser imensos, razão pela qual o ordenamento jurídico poderia atuar para minimizar essa cruel sensação.

---

[219] GRAHAM, Carol. O que nos faz feliz por esse mundo fora. Tradução Michelle Hapetian e revisão de Alice Soares. Alfragide: Texto Editores, 2011, pp. 37-38.
[220] GRAHAM, Carol. O que nos faz feliz por esse mundo fora. Tradução Michelle Hapetian e revisão de Alice Soares. Alfragide: Texto Editores, 2011, p. 22.
[221] GRAHAM, Carol. O que nos faz feliz por esse mundo fora. Tradução Michelle Hapetian e revisão de Alice Soares. Alfragide: Texto Editores, 2011, p. 48.

4.2 Os Números no Ocidente

Os reflexos da teoria da felicidade nas políticas pública é algo incontroverso. Carol Graham menciona estudos sobre a tributação mostrando que o aumento dos impostos sobre comidas hiper-calóricas aumenta a felicidade dos obesos, pois lhes dá a sensação de ajuda externa às pretensões de ter uma vida mais saudável. O mesmo acontece com os fumantes[222].

Vimos que o economista Richard Esterlin, desde 1970, mostra que o fato de as nações ficarem mais ricas, não torna seus cidadãos igualmente mais felizes. Estudos têm provado que para a maioria dos ocidentais a vida não melhorou desde 1950. Outra evidência é testada examinando-se a mesma pessoa ao longo da sua vida. Comprova-se que ela não se tornou mais feliz, mesmo tendo se tornado mais rica. A Bélgica tem experimentado índices decrescentes de felicidade. Na Europa Continental, há uma ligeira tendência ascendente na felicidade, especialmente na Itália, havendo uma queda acentuada na Bélgica[223]. A seguir, temos uma pesquisa que compara o nível médio de satisfação com o poder de compra correspondente a cada país (100 = Estados Unidos). Trata-se de uma pesquisa internacional envolvendo dezenas de milhares de adultos.

PAÍS	SATISFAÇÃO COM A VIDA	PODER DE COMPRA
Bulgária	**5,03**	**22**
Rússia	**5,37**	**27**
Bielo-Rússia	**5,52**	**30**
Letônia	**5,70**	**20**
Romênia	**5,88**	**12**
Estônia	**6,00**	**27**
Lituânia	**6,01**	**16**
Hungria	**6,03**	**25**
Turquia	**6,41**	**22**
Japão	**6,53**	**87**
Nigéria	**6,59**	**6**

[222] GRAHAM, Carol. O que nos faz feliz por esse mundo fora. Tradução Michelle Hapetian e revisão de Alice Soares. Alfragide: Texto Editores, 2011, p. 260.
[223] LAYARD, P. R. G. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008, p. 48.

Coréia do Sul	**6,69**	**39**
Índia	**6,70**	**5**
Portugal	**7,07**	**44**
Espanha	**7,15**	**57**
Alemanha	**7,22**	**89**
Argentina	**7,25**	**25**
República Popular da China	**7,29**	**9**
Itália	**7,30**	**77**
Brasil	**7,38**	**23**
Chile	**7,55**	**35**
Noruega	**7.68**	**78**
Finlândia	**7,68**	**69**
Estados Unidos	**7,73**	**100**
Holanda	**7,77**	**76**
Irlanda	**7,88**	**52**
Canadá	**7,89**	**85**
Dinamarca	**8,16**	**81**
Suíça	**8,36**	**96**

O *PhD* em psicologia, Martin Seligman, estabeleceu uma equação para a felicidade: H = S + C + V em que H (*happiness*) é o seu nível constante de felicidade, S (*set range*) são seus limites estabelecidos, C (*circumstances*) são as circunstâncias da vida e V (*voluntary*) representa os fatores que obedecem ao seu controle voluntário. Segundo Seligman, analisando a pesquisa acima, o poder geral de compra do país e a satisfação média com a vida guardam correlação. Contudo, assim que o PIB atinge e excede 8 mil dólares por pessoa, a correlação desaparece e o aumento da riqueza não indica maior satisfação com a vida. Para ele "os suíços ricos são mais felizes que os búlgaros pobres, mas a riqueza tem pouca importância quando se trata de um cidadão da Irlanda, Itália, Noruega ou dos Estados Unidos". Brasil, China continental e Argentina

encontra-se muito mais satisfação na vida do que seria de supor com base em sua riqueza. Para Seligman:

> Os valores culturais de Brasil e Argentina e os valores políticos da China podem servir de apoio à emoção positiva, e a difícil emergência do comunismo (acompanhada de mudanças sociais e da deteriorização da saúde) provavelmente reduz a felicidade no Leste Europeu[224].

O argumento do Psicólogo dirige aos nossos valores culturais as razões do elevado índice de felicidade. Além disso, veremos os fatores relativos à adaptação e, principalmente, o fato de a felicidade aumentar bastante quando se sai da pobreza ou se ascende a novos *status* sociais, fenômeno experimentado recentemente por milhões de brasileiros, como mostra a pesquisa do IPEA sobre a qual teceremos considerações.

Na filosofia, Schopenhauer afirmou que a "alegria e a melancolia humanas não são determinadas pelas circunstâncias externas, pela riqueza ou posição social, já que pelo menos encontramos rostos felizes igualmente entre os pobres e entre os ricos" [225]. Esse raciocínio serve de lastro teórico ao que se viu em nações como China, Índia e Nigéria. Para Seligman, "o alto nível de satisfação das nações mais pobres – China, Índia e Nigéria, – nos diz que o dinheiro não necessariamente compra a felicidade", máxima que ganha reforço quando se vê na pesquisa que o aumento do poder de compra nos países ricos, como Estados Unidos, França e Japão, além do dobro, nos últimos cinquenta anos não foi suficiente para aumentar a satisfação com a vida[226]. Aristóteles dizia que, "quanto à vida [caracterizada] pela acumulação de dinheiro, trata-se de um tipo forçado de vida e fica claro que a riqueza não é o bem objeto de nossa busca, porque só é um bem na medida em que é útil"[227].

De posse de dados que demonstram uma estagnação - ou mesmo diminuição - do nível de felicidade de nações ricas e desenvolvidas, abre-se espaço para mais uma

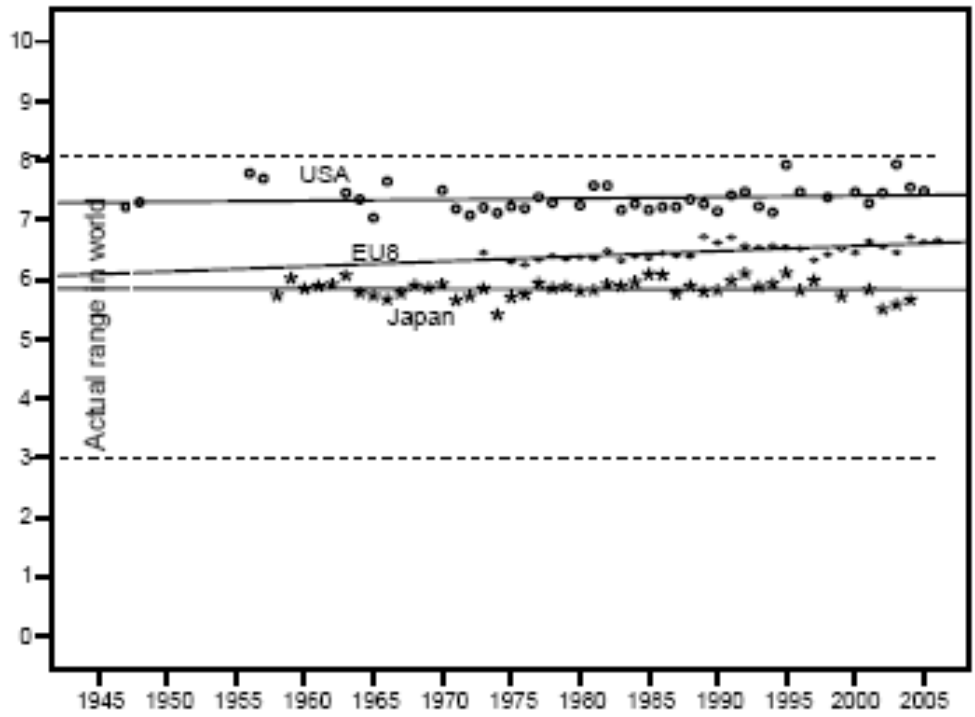
---

[224] SELIGMAN, Martin E. P. Felicidade autêntica: usando a nova psicologia positiva para a realização permanente. Tradução Neuza Capelo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 91.
[225] SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de ser feliz: expoxta em 50 máximas. Organização e ensaio de Franco Volpi. Tradução de Marion Fleischer, Eduardo Bandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Breves Encontros, p. 32.
[226] SELIGMAN, Martin E. P. Felicidade autêntica: usando a nova psicologia positiva para a realização permanente. Tradução Neuza Capelo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, pp. 90-91.
[227] ARISTÓTELES (384-322 a.C). Ética a Nicômano. Traduções, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009, p. 43.

contribuição filosófica de Arthur Schopenhauer, para quem "a riqueza assemelha-se à água do mar; quanto mais dela se bebe, mais sede se tem"[228].

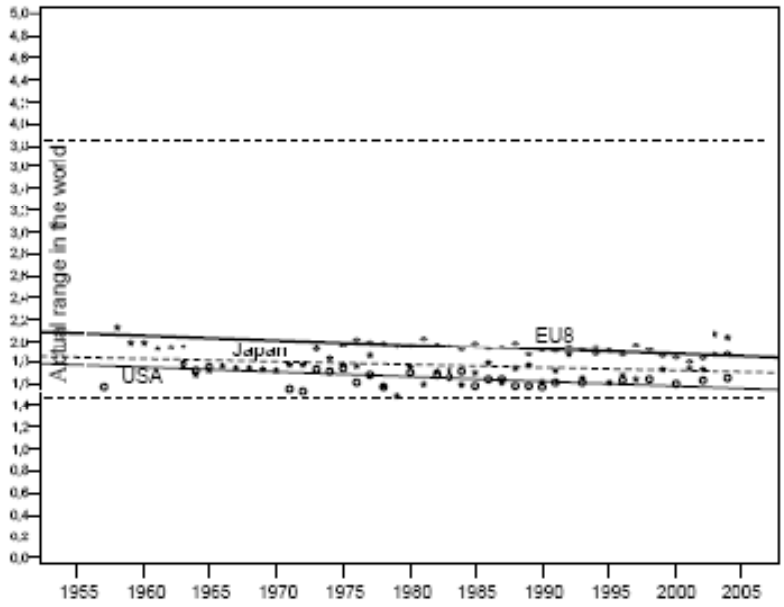
4.3 Medidas da Felicidade Interna Bruta

O sociólogo holandês, Ruut Veenhoven, nos traz um gráfico sobre a média de felicidade em oito países europeus, nos Estados Unidos e no Japão, demonstrando que, mesmo com a evolução de renda obtida em todas as nações pesquisadas, os índices de felicidade continuam os mesmos ou levemente mais baixos:



Outro gráfico mostra a dispersão dos índices de satisfação de vida na União Européia:

[228] SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de ser feliz: expoxta em 50 máximas. Organização e ensaio de Franco Volpi. Tradução de Marion Fleischer, Eduardo Bandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Breves Encontros, p. 27.



Para Veenhoven, elementos colhidos em suas pesquisas sugerem que há boas razões para crer que uma justiça social irá melhorar o nível de felicidade de uma nação. Essa expectativa é corroborada por meio de correlações com o Estado de Direito, respeito pelos direitos civis e ausência de corrupção[229]. A partir do momento em que o Sociólogo afirma que o Estado de Direito e o respeito pelos direitos civis são elementos decisivos na maximização da felicidade das sociedades, estabelece-se uma conexão direta entre a felicidade e o constitucionalismo. O estabelecimento dos Estados, fiados no respeito ao que se convencionou chamar de direitos fundamentais, corresponde a um decisivo fator de impacto na felicidade das sociedades contempladas pelo projeto de vida coletiva. Se nos convencermos da força que as Cortes Constitucionais exercem na concretização dessa aspiração, então não seria exagero concluir que elas, da mesma forma, são decisivas para as sensações de bem-estar dos povos.

São ricos os dados trazidos na apresentação *Medidas da Felicidade Interna Bruta*, feita pelo Sociólogo, na OCDE, em abril de 2007, em Roma, na conferência "Mensurabilidade e Relevância Política da Felicidade". Partindo da premissa de que a felicidade seria o gozo da vida como um todo, ela pode ser medida utilizando perguntas diretas a serem aplicadas em pesquisas feitas em larga escala com a população em geral. As respostas das pessoas pesquisadas geram quatro medidas de felicidade das nações: 1) A felicidade média, 2) Anos de vida feliz, 3) A desigualdade da Felicidade e 4) A

[229] Apresentação feita na OCDE na conferência medidas e relevância política da felicidade, 02-03 de abril de 2007, intitulada Medidas da Felicidade Nacional Bruta, de autoria do sociólogo holandês Ruut Veenhoven, da Erasmus University Rotterdam. Disponível em: www.oecd.org/site/worldforum06/38704149.pdf.

desigualdade ajustada da Felicidade. Após realizar várias comparações entre os números apresentados por pesquisas que levam essas quatro medidas em consideração, Ruut Veenhoven conclui que a felicidade é um objetivo político realista e que "a felicidade de um grande número de pessoas é aparentemente possível na sociedade moderna, assim como o aumento do nível de felicidade existente"[230]. O que ele faz, com sua conclusão, é abrir uma ampla avenida para que os países pensem mais a respeito da felicidade dos seus cidadãos. A maioria dos ganhos em felicidade vem de políticas que se concentram em liberdade e justiça. Inegável, portanto, o relevo das constituições, uma vez que são responsáveis por garantir, por meio da jurisdição constitucional, as liberdades lançadas e mesmo o ideal de justiça decorrente do ordenamento jurídico vigente.

Crescimento econômico não acrescenta muito para a felicidade em nações ricas, assim como a redução de diferenças de renda ou uma maior segurança social. Isso não quer dizer que a felicidade seja indiferente a condições básicas de sobrevivência. Linda Keller adverte que "enquanto parecer impossível fixar uma definição precisa de felicidade, é razoável concluir que essa busca exige certamente condições econômicas básicas"[231]. A sabedoria de Aristóteles dizia que sem o mínimo necessário à existência não é possível sequer viver, e muito menos viver bem.

Veenhoven incorpora o ideal utilitarista esboçado por Bentham ao afirmar que "a felicidade é uma preocupação crescente na agenda política e isso requer medidas adotadas pelas nações na criação de uma grande felicidade para um grande número de pessoas". Isso seria feito "da mesma forma que se elabora medidas de sucesso na criação de riqueza, como o PIB". O que o Sociólogo demonstra é o real interesse das mais variadas esferas da ciência no estudo consistente acerca da felicidade dos povos, provando que não estamos transitando em balões de ensaio, ou seja, que podemos construir uma teoria da felicidade aliada ao constitucionalismo contemporâneo.

---

[230] Apresentação feita na OCDE na conferência medidas e relevância política da felicidade, 02-03 de abril de 2007, intitulada Medidas da Felicidade Nacional Bruta, de autoria do sociólogo holandês Ruut Veenhoven, da Erasmus University Rotterdam. Disponível em: www.oecd.org/site/worldforum06/38704149.pdf.

[231] Linda M Keller, 'The American Rejection of Economic Rights as Human Rights & the Declaration of Independence: Does the Pursuit of Happiness Require Basic Economic Rights?' (2003) 19 N.YL. Sch. J. Hum. Rts. 557, p. 613.

4.4 O Comunicado IPEA nº 158/2012: O Brasil e a Felicidade

Quando as pessoas se tornam mais ricas em comparação com outras pessoas, tornam-se mais felizes. Mas quando sociedades inteiras se tornam mais ricas, não se tornam mais felizes. Essa é a conclusão que nos traz Richard Layard, ao analisar pesquisas a respeito. Tendo os países industriais do Ocidente como foco, comprova-se que os mais ricos não são mais felizes do que os mais pobres e que nos países com mais de 20 mil dólares *per capita* a renda adicional não está associada à felicidade extra. Por sua vez, quanto a países como a Índia, o México, as Filipinas, o Brasil e a Coréia do Sul, colhe-se evidências de que "sua felicidade média aumentou" motivado pelo fato de que "a renda extra é realmente valiosa quando tira as pessoas da pura pobreza física", comprovando-se uma das crenças dos economistas do século XIX: "a felicidade extra proporcionada pela renda extra é maior quando você é pobre e diminui constantemente à medida que você se torna mais rico"[232].

Derek Bok afirma que o crescimento econômico aumenta o bem-estar substancialmente apenas em países relativamente pobres, onde a maioria das pessoas tinham muito pouco para atender às suas necessidades básicas[233]. A conclusão é: o efeito da renda na felicidade é maior nos países mais pobres, onde as pessoas estão mais perto da linha da pobreza. O pobre sente-se mais feliz com sua majoração de renda – ainda que singela -, do que o rico.

Nesse trabalho só nos valemos de uma pesquisa genuinamente brasileira e há razões para isso. Estamos nos referindo à análise do Ipea divulgada em dezembro de 2012 por meio do "Comunicado do Ipea - 2012 - Dezembro - nº 158", intitulado *2012: Desenvolvimento Inclusivo Sustentável*[234].

O primeiro motivo foi a confiabilidade do Instituto. Em seguida, a atualidade do estudo. Outra razão foi a equivalência na utilização das expressões felicidade e bem-estar, assim como defendemos haver no constitucionalismo brasileiro e na Constituição Federal de 1988, que trouxe um subsistema constitucional da felicidade baseado na

---

[232] LAYARD, P. R. G. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008, p. 51.

[233] BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 13.

[234] O Ipea aplicou em outubro perguntas padronizadas de questionários internacionais em 3.800 domicílios e confirmou o alto grau de felicidade prevalecente no país. Em uma escala de 0 a 10, os brasileiros dão, em média, nota 7,1 para suas vidas. Esse nível colocaria o país em 16º lugar entre 147 países pesquisados no Gallup World Poll, que apontava uma felicidade média de 6,8 no Brasil em 2010.

proteção do bem-estar em vários campos da vida coletiva. Por fim, a bibliografia utilizada no trabalho. Além de se valerem dos ensinamentos de Carol Graham, cujas contribuições para essa tese de doutoramento são inestimáveis, também há fartas referências teóricas da melhor qualidade, a exemplo de Richard Easterlin, Bruno Frey, A. Stutzer, Diener Kahneman, Richard Layard, Joseph Stiglitz e Amartya Sen. A bibliografia guarda toda sintonia com esse trabalho[235].

Segundo o Ipea, a pergunta feita aos entrevistados foi quanto ao nível de bem-estar. O Comunicado esclarece:

> a principal ideia é que o conceito de felicidade subjetiva nos possibilitaria captar diretamente o bem-estar humano, em vez de mensurar renda ou outras coisas que não são exatamente o que as pessoas querem ao fim e ao cabo, mas que são, ao contrário, os meios através dos quais se pode conseguir – ou não – usufruir da felicidade.

O Comunicado mostra que a nota média de felicidade brasileira hoje é 7,1, o que nos colocaria em 16º lugar entre 147 países segundo dados do *Gallup World Poll* de 2011, demonstrando avanço frente o 22º lugar entre 132 países em 2006. Em 2010, a felicidade média dos brasileiros era de 6,8. Quanto ao impacto da renda na felicidade, a nota média de satisfação com a vida de quem recebe mais de 10 salários mínimos é 8,4, contra 6,5 de quem vive apenas com o mínimo e 3,7 dos sem renda. A região mais feliz do país é o Nordeste, com média de 7,38. Se fosse um país, estaria em 9º lugar no ranking global, entre a Finlândia e a Bélgica. As médias das demais regiões são 7,37 no Centro-Oeste, 7,2 no Sul, 7,13 no Norte e 6,68 no Sudeste.

Analisando os dados do *Gallup World Poll* de 2006, quanto ao impacto da renda ao nível mundial sobre a satisfação com a vida, mostra que "Togo ocupa a lanterninha com 3,2 numa escala de 0 a 10 e a Dinamarca, o ápice com 8,02". O Comunicado Ipea esclarece que "o Brasil está numa posição mais para a nação européia do que para a africana, atingindo naquele ano 6,64, acima da norma internacional de felicidade dado o seu PIB per capita". Quando se compara pessoas com os mesmos atributos de sexo,

[235] EASTERLIN, Richard A. "Does economic growth improve the human lot? some empirical evidence". University of Pennsylvania, 1974. FREY, B. S.; STUTZER, A. "The economics of happiness". Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2002. GRAHAM, Carol. The Pursuit of Happiness: an Economy of Well-Being. Brookings Institution Press, 2011. KAHNEMAN, D., DIENER, E.; SCHWARZ, N. (Eds.) "Well-being: the foundations of hedonic psychology". New York, Russell Sage Foundation, 1999.
KAHNEMAN, D., KRUEGER, A. B. "Developments in the measurement of subjective well-being". Journal of Economic Perspective 20(1) Winter, 2006. LAYARD, R. Happiness: lessons from a new science, Nueva York, Penguin Press. 2005. STIGLITZ, J.; SEN, A e FITOUSI, Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress, 2009. September, 2009.

idade, estado civil, escolaridade e renda familiar, a felicidade cresce com a renda. Para o Ipea, "a renda familiar é um determinante da felicidade brasileira" [236].

As pesquisas sobre a felicidade no nordeste mostra uma evolução boa e importante, mas ela não pode ser superestimada e parece que há, sim, um exagero de aspirações na análise do IPEA.

É evidente a ampliação do poder aquisitivo das pessoas da região nordeste, mas esse conjunto de bens materiais não é suficiente para manter ascendente o nível de felicidade. O ser humano se adapta e as pretensões se ampliam. O equívoco da análise é remeter ao poder aquisitivo as únicas razões da felicidade e, consequentemente, as razões pelas quais se deve buscar a felicidade. Mesmo preenchidas materialmente as pessoas necessitam, para alcançarem seu pleno desenvolvimento, de outros elementos constitutivos da vida como nos disse Stuart Mill ao falar sobre a liberdade. Outro elemento é a democracia. Viver coletivamente num ambiente no qual se sabe que a sua opinião é considerada e vale tanto quanto a opinião de qualquer semelhante é outro fato que incrementa a felicidade.

Assim, parece superficial a constatação que o incremento no poder aquisitivo dos nordestinos ampliou a sensação de felicidade das pessoas dessa região do Brasil e que, assim, tudo vai bem. Essa ampliação das condições econômicas deve vir aliada à maior participação nas decisões públicas e maior liberdade, além do combate a inúmeras outras anomalias sociais. Caso não, estamos vendo um mero balão de ensaio. Podemos ilustrar com o que ocorreu com o mundo depois da Segunda Guerra.

Richard Layard nos diz que apesar de desde a Segunda Guerra Mundial a maior renda nacional ter propiciado certo aumento na felicidade, essa felicidade extra foi anulada pelo maior sofrimento causado por relacionamentos sociais menos harmoniosos. As "tendências à depressão, ao alcoolismo e ao crime são indicações de que a infelicidade aumentou rapidamente no período pós-guerra" - afirma. Mesmo com os investimentos para a reconstrução dos países derrotados, tivemos depressão,

[236] Comunicado do Ipea - 2012 - Dezembro - nº 158. "2012: Desenvolvimento Inclusivo Sustentável". Os Comunicados do Ipea têm por objetivo antecipar estudos e pesquisas mais amplas conduzidas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, com uma comunicação sintética e objetiva e sem a pretensão de encerrar o debate sobre os temas que aborda, mas motivá-lo. Em geral, são sucedidos por notas técnicas, textos para discussão, livros e demais publicações. Os Comunicados são elaborados pela assessoria técnica da Presidência do Instituto e por técnicos de planejamento e pesquisa de todas as diretorias do Ipea. Desde 2007, mais de cem técnicos participaram da produção e divulgação de tais documentos, sob os mais variados temas. A partir do número 40, eles deixam de ser Comunicados da Presidência e passam a se chamar Comunicados do Ipea. A nova denominação sintetiza todo o processo produtivo desses estudos e sua institucionalização em todas as diretorias e áreas técnicas do Ipea.

alcoolismo e crime. Os países reconstruídos não podiam opinar nas decisões a serem tomadas quanto aos seus próprios destinos. Eles estavam sendo beneficiados, mas não eram ouvidos. Richard Layard dá outro exemplo. Ele lembra que os escravos americanos queriam sua liberdade não porque lhes daria rendas mais altas, mas devido à humilhação de serem escravizados[237]. As escolhas dos seres humanos são a nossa melhor informação acerca do que torna as pessoas felizes. Como ninguém jamais escolhe voluntariamente a escravidão, devemos concluir que os escravos nunca são felizes. O princípio da utilidade de Bentham quer dizer que "os interesses dos muito impotentes devem ter precedência sobre os interesses dos poucos poderosos". Também que "se um determinado benefício não puder ser provido a todos, então ele deve ser provido a tantas pessoas quantas seja possível"[238].

Nem mesmo pelo prisma exclusivamente econômico os resultados do IPEA acerca da felicidade do nordeste brasileiro deve se manter. É que, apesar de a aquisição de bens ampliar a sensação de bem-estar, mais adiante a sociedade irá querer mais, como a elevação do próprio *status*. Rafael DiTella e Robert MacCulloch mostram que a sensação de bem-estar gerada com um aumento salarial dura 1 ano, enquanto que a gerada pela elevação de *status* permanece por 5 anos[239].

Portanto, para que passemos a falar de crescimento e estabilização da felicidade na região nordeste do Brasil, o Governo deve se esforçar para, além da ampliação dos intitulamentos econômicos das pessoas, também incremente o poder de decisão, amplie o gozo das liberdades, reduza as desigualdades e assegure que a rede de segurança social funcionará plenamente. Atendidas essas condições, todos os caracteres da teoria da felicidade estariam contemplados.

4.5 O Risco das Comparações

Comparações com referenciais distantes da nossa realidade tendem a nos trazer infelicidade. Esse é mais um resultado obtido após a realização de pesquisas por amostragem que demonstram a atualidade de um raciocínio filosófico. Sêneca já dizia:

---

[237] LAYARD, P. R. G. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008. p. 53.
[238] Apud MULGAN, Tim. Utilitarismo. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 19.
[239] GRAHAM, Carol. O que nos faz feliz por esse mundo fora. Tradução Michelle Hapetian e revisão de Alice Soares. Alfragide: Texto Editores, 2011.

"nunca serás feliz enquanto te atormentares porque outro é mais feliz"[240]. Uma interessante pesquisa foi realizada em Harvard. Os elementos são os seguintes:

> Suponha que lhe pedissem para escolher viver em dois mundos imaginários, onde os preços fossem os mesmos: No primeiro mundo você ganha 50 mil dólares por ano, enquanto as outras pessoas ganham 25 mil (em média); No segundo você ganha 100 mil dólares por ano, enquanto as outras pessoas ganham 250 mil (em média). Qual você escolheria?[241].

A maioria dos estudantes de Harvard respondeu: *o primeiro tipo de mundo.*

Há muitos casos em que as pessoas melhoraram objetivamente de vida, mas se sentiram subjetivamente piores. Vale citar o exemplo da Alemanha Oriental. Lá, o padrão de vida das pessoas empregadas subiu após 1990, mas o nível de felicidade caiu, pois com a reunificação da Alemanha os habitantes da Alemanha Oriental começaram a se comparar com os da Alemanha Ocidental, em vez de com os outros países do antigo bloco soviético[242]. Interessante lembrar, nesse aspecto, das lições filosóficas de Madame du Châtelet, para quem "uma das coisas que mais contribuem para a felicidade é contentar-se com sua situação, e preocupar-se mais com torná-la feliz do que com mudá-la". Quanto ao grande segredo da felicidade, ela diz: "moderar os desejos e amar as coisas que se possui"[243].

Nos Estados Unidos, a felicidade das mulheres diminuiu em relação à dos homens. Para Layard "talvez agora elas se comparem mais diretamente com os homens do que antes e por isso se concentrem mais nas diferenças ainda existentes". Outro importante estudo sugere que "se as outras pessoas ganham 1% a mais que você, sua felicidade diminui um terço, tanto quanto aumentaria se você ganhasse 1% a mais". Se a renda de todos aumentasse igualmente, sua felicidade aumentaria, mas apenas dois terço do que aumentaria se apenas sua renda crescesse[244].

Esse acirramento competitivo está muito ligado à renda – mormente com a consolidação do capitalismo -, e não se verifica em outros valores como, por exemplo, o lazer. Pesquisadores de Harvard apresentaram aos estudantes dois mundos alternativos:

---

[240] Sêneca, De ira, iii, 30, 3.
[241] LAYARD, P. R. G. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008, p. 59.
[242] LAYARD, P. R. G. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008, p. 63.
[243] DU CHÂTELET, Gabrielle Emilie Tonnerlier de Breteuil, Marquêsa. Discurso sobre a felicidade. Tradução de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 7 e 24.
[244] LAYARD, P. R. G. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008, p. 65.

i) Você tem duas semanas de férias e os outros têm uma semana;
ii) Você tem quatro semanas de férias e os outros têm oito semanas.

Apenas 20% escolheram o primeiro mundo mostrando que "a maioria das pessoas não tem sentimentos de rivalidade em relação ao lazer"[245].

O que se prova nesse ponto é que as comparações, tão estimuladas em ambientes competitivos, podem trazer uma sensação de frustração e impossibilitar o pleno desenvolvimento da felicidade. A partir do momento em que escolhemos grandes referenciais a serem perseguidos, passamos a correr o risco de frustração profunda quando não alcançamos esse objetivo. Por outro lado, mesmo que alcancemos, rapidamente iremos nos adaptar e, então, buscar um outro elemento como meta. Aqui surge, claro, a dúvida sobre se isso, apesar de angustiante, não trazia desenvolvimento ao homem e, também, a própria sociedade.

[245] LAYARD, P. R. G. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008. p. 66.

5. A DETURPAÇÃO DA TEORIA DA FELICIDADE NO REINO DO BUTÃO

5.1 O Discurso Corrompido

A ideia de um direito à felicidade ou de uma teoria da felicidade não pode abrir portas para exageros, muito menos para demagogias ou manipulações. É importante que saibamos situar bem a questão da felicidade como objetivo do constitucionalismo, sob pena de desvirtuarmos essa doutrina e criarmos um discurso legitimador perigoso. Não podemos dirigir os estudos sobre a teoria da felicidade de modo a enfraquecer suas premissas em razão da utilização incriteriosa de seus ensinamentos. John Rawls já refletia a respeito do assunto. Ele traz um histórico das interferências injustificadas de nações sobre países mais frágeis:

> (...) dadas as deficiências de regimes atuais alegadamente constitucionais e democráticos, não é surpresa que intervenham muitas vezes em países mais fracos, inclusive os que exibem alguns aspectos de democracia, ou mesmo que travem guerras por razões expansionistas. Quanto a primeira situação, os Estados Unidos derrubara as democracias de Allende, no Chile, Arbenz, na Guatemala, Mossadegh, no Irã e, alguns acrescentariam os sandinistas, na Nicarágua. Quaisquer que sejam os méritos desses regimes operações ocultas foram levadas a cabo por um governo movido por interesses monopolistas e oligárquicos, sem o conhecimento nem a crítica do público. Esse subterfúgio tornou-se mais fácil pelo recurso conveniente à segurança nacional no contexto da rivalidade entre as superpotências, que permitia às tais pequenas democracias, por mais implausível que fosse, serem apresentadas como um perigo.[246]

Como se vê, a doutrina constitucional pode ser desviada de suas finalidades. Isso não deve ocorrer com a teoria da felicidade.

A doutrina libertária tem questionado a capacidade do governo de promover o bem-estar, mas não o faz alegando que a felicidade é um objetivo inadequado para os líderes políticos perseguirem. O que os libertários defendem é que a esfera privada é o caminho mais seguro para atingir esse objetivo. Os adeptos dessa corrente querem "afastar a possibilidade de fomentarmos um *Nanny State*, uma concepção de Estado que se esforce tanto para proteger os cidadãos das intempéries naturais da vida, que eles destruam sua auto-confiança e não consigam crescer fortes e independentes"[247].

---

[246] RAWLS, John. O direito dos povos. Tradução de Luís Carlos Borges; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 66-69.

[247] BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 47.

A virtude está no meio. Não acreditamos que o Estado deve montar pautas de felicidade e impô-las aos cidadãos. Contudo, reconhecemos que as identificações das insatisfações coletivas, no que diz respeito ao bem-estar, podem servir de norte à formulação de políticas públicas e de elemento informacional aos julgadores no âmbito da jurisdição constitucional. Não enxergamos totalitarismos aí. É importante que saibamos que o Governo pode, sim, contribuir com a felicidade coletiva. Todavia, devemos reconhecer em quais termos deve fazê-lo. Para isso, vamos conhecer alguns episódios ocorridos no Reino do Butão, como ilustração da deturpação da felicidade.

5.2 O Reino do Butão e a Felicidade

O Reino do Butão fica na Ásia, na Cordilheira do Himalaia. Ao norte, está a China. Ao sul, a Índia. Sua capital é Thimpu, a 3.150 metros de altitude. Lá existe uma única estrada, estreita e sinuosa, que corta o país. Há muitos pontos turísticos, como *Dochu La*, um lugar para orações, que reúne 108 pequenos templos. A cada momento se está diante de conjuntos de *stupas*, lugares sagrados, no qual se reverencia Buda e se faz pedidos. Esses pedidos são feitos da seguinte maneira: os butaneses penduram nas árvores pequenas bandeiras com versos sagrados. Quando o vento sopra, a paz, a compaixão e a sabedoria se espalham por toda a região.

No início de sua história, o país budista era governado por um *Lama*, o chefe da religião. No início do século 20, religião e governo foram separados. Butão passou a ser um reino. O primeiro rei e os sucessores mantiveram o país dentro de um isolamento absoluto. Há cerca de 60 anos ele começou a ter contato com o mundo.

Em 1974, Sigme Singye Wangchuck, com 18 anos, assumiu o trono. Ele não queria repetir os erros de outros países, como a falta de harmonia familiar, o excesso de consumo e a falta de cuidado com a natureza. Em discurso, profetizou: “A Felicidade Interna Bruta é muito mais importante do que o Produto Interno Bruto”. Hoje, Wangchuck não é mais o rei, tendo passado a coroa a seu filho primogênito em 2005, de pouco mais de 30 anos.

O país completou uma transição bem sucedida de uma monarquia absoluta hereditária para uma monarquia constitucional, com um parlamento bicameral eleito em 2008, marcando o passo final na transição para uma democracia parlamentar. Em 2008, ganhou também a sua Constituição. Hoje, tem população de aproximadamente 700.000

habitantes. O rei, Jigme Khesar Namgyel Wangchuck, é o chefe de Estado, e o poder executivo é exercido pelo gabinete, liderado pelo primeiro-ministro, Jigme Thinley.

A Suprema Corte é o mais alto tribunal de justiça e foi instalada dia 21 de fevereiro de 2010. Tem competência recursal, consultiva e extra-territorial. Quando um caso, não coberto ou parcialmente abrangido por qualquer legislação em vigor, for submetido a julgamento, ela terá competência originária sobre ele. Sua competência extra-territorial deve ser exercida à luz dos princípios de Direito Internacional. É composta pelo *Chief Justice* e por quatro juízes associados. O mandato do *Chief Justice* é de cinco anos ou até atingir a idade de sessenta e cinco anos, o que ocorrer primeiro. Ele é nomeado entre os *Drangpons* da Suprema Corte ou entre juristas eminentes pelo *Druk Gyalpo*, em consulta com a Comissão Nacional de Justiça. Os juízes associados trabalham por dez anos ou até atingir a idade de 65 anos, o que ocorrer primeiro.

A Constituição do Butão tratou abertamente da felicidade. O preâmbulo firma o compromisso de "fortalecer a soberania do Butão, para assegurar as bênçãos da liberdade, para assegurar a justiça e a tranquilidade e para reforçar a unidade, felicidade e bem estar das pessoas por todo o tempo". Segundo o art. 9º, 2, como princípios da política estatal, o Estado deve se esforçar para promover as condições que possibilitem alcançar a "Felicidade Nacional Bruta (*Gross National Happiness*)". O artigo 20, voltado ao Poder Executivo, afirma que o Governo deve proteger e fortalecer a soberania do Reino, proporcionar boa governança, e garantir a paz, segurança, o bem-estar e a felicidade das pessoas. O último trecho do Hino Nacional do Butão, registra: "Que o sol de paz e felicidade brilhem sobre todas as pessoas".

5.3 Resultados Alvissareiros

O Reino do Butão estabeleceu quatro pilares da Felicidade Nacional Bruta, que seriam: (i) boa-governança e democratização; (ii) desenvolvimento sócio-econômico estável e equitativo; (iii) proteção ambiental; (iv) preservação da cultura. Além de estabelecer esses princípio gerais, o governo produziu 72 indicadores para medir o progresso do país considerando a felicidade. O governo central se organizou visando garantir que todas as políticas públicas fossem pensadas e executadas visando tais indicadores. Muito progresso já ocorreu.

Após a adoção do critério da felicidade, o Reino do Butão passou a ter uma renda *per capita* bruta substancialmente superior à da Índia. A expectativa média de

vida subiu de 43 anos, em 1982, para 66 anos, hoje. A mortalidade infantil caiu de 163 mortes por 100 mil nascimentos para 40. Novas escolas e clínicas surgiram em todo o país. Os índices de alfabetização aumentaram de 10%, em 1982, para 66% atualmente. Segundo recente pesquisa do Banco Mundial, a qualidade da governança ainda não se aproxima dos padrões ocidentais, mas tem melhorado constantemente e agora ocupa posição bem acima que a Índia e a China, e muito acima do Nepal[248].

Apesar desse progresso, muitas críticas têm sido feitas por estudiosos que entendem que esse avanço se deu graças ao desrespeito a direitos fundamentais. Vamos, no tópico seguinte, tratar dessas críticas. O nosso marco teórico será Fernand de Varennes, da Universidade de Hong Kong, que se dedicou a estudar o Reino do Butão e suas violações aos direitos fundamentais usando, para isso, do discurso da felicidade. Mais à frente trabalharemos o relatório da ONU, de 2010, sobre o país.

5.4 As Críticas

Fernand de Varennes tem visão crítica sobre a Constituição do Reino do Butão. Para ele, trata-se de "um documento profundamente perturbador", uma "lamentável aberração constitucional". Isso porque exclui "vasto segmento da população do Butão da possibilidade de desfrutar do mais básico dos direitos humanos, numa tentativa de assegurar o domínio de determinados grupos étnicos - e a exclusão de outros baseados unicamente em sua etnia"[249].

Para o Professor, a Constituição não reconhece a diversidade do país, pretendendo garantir o seu "imperativo cultural" e monolíngüe, sua visão mono-religiosa aplicada contra a vontade das minorias e em violação a direitos fundamentais.

O art. 6º reconhece dois tipos de cidadãos: o natural e o por naturalização. A menos que uma pessoa seja capaz de mostrar que ambos os pais têm cidadania butanesa - e isso poderia afetar muitos nepaleses étnicos - eles não são considerados cidadãos naturais do país. Quase todos "os refugiados nepaleses fora do Butão (apenas 239 foram

[248] BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 3.
[249] VARENNES, Fernando. Constitutionalising discrimination in Bhutan: The emasculation of human rights in the Land of the Dragon. Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law 2: 47-76, 2008. Printed in the Netherlands.

considerados cidadãos) precisam ser naturalizados"[250]. As exigências para a concessão da cidadania chega a ser exótica: (i) capacidade de falar e escrever *Dzongkha*; (ii) ter um bom conhecimento da cultura, costumes, tradições e história do Butão; (iii) nenhum registro de ter falado ou agido contra o *Tsawa-Sum* (conceito que abrange o Rei, o país e as pessoas do Butão). Até a legislação infraconstitucional navega no oceano do atraso. A Lei do Casamento, de 1980 (alterada em 1996), dispõe que:

> Indivíduos casados com um não-butanês não poderia obter certas promoções no serviço público, não poderia trabalhar no departamento de defesa ou do Ministério dos Negócios Estrangeiros, não tinham direito a uma gama de serviços, tais como 'distribuição de terra', 'empréstimos de dinheiro', 'sementes para cultivo', 'tratamento no estrangeiro', etc.

As escolas do Butão ensinam a língua inglesa e a *Dzongkha*. Nenhuma instituição oferece o nepalês. Isso impacta as crianças componentes das minorias nepaleses, impedidas de manterem sua cultura, sua religião ou falar em sua própria língua. Crianças geradas deste casamento misto não conquistaram automaticamente o direito à cidadania e não vão automaticamente às escolas. A decisão atingia a minoria de língua nepalesa. Para Fernand de Varennes, essa limitação de direitos provoca riscos imensos de miséria permanente para uma minoria, decorrente da negação do direito à terra para os não-cidadãos, essencialmente os adeptos da língua Nepali, os hindus, os refugiados ou aqueles que não conseguem provar que são cidadãos "de sangue puro"[251].

Discorrendo acerca das chances da teoria da felicidade ser maltratada pelo uso paternalista por parte do governo, Derek Bok chama a atenção para o risco de "impor regras quanto à felicidade por decreto". Para ele, em uma democracia, os líderes políticos são representantes dos cidadãos, eleitos para promover o bem-estar do povo, não para impor sua própria concepção de uma vida exemplar[252]. Seria claramente inadequado forçar os cidadãos a mudar seu comportamento obrigando-os a participar de uma igreja ou de um serviço comunitário com base em uma pesquisa que mostrasse que essas atividades tendem a ser acompanhada por um maior bem-estar.

---

[250] VARENNES, Fernando. Constitutionalising discrimination in Bhutan: The emasculation of human rights in the Land of the Dragon. Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law 2: 47-76, 2008. Printed in the Netherlands.

[251] VARENNES, Fernando. Constitutionalising discrimination in Bhutan: The emasculation of human rights in the Land of the Dragon. Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law 2: 47-76, 2008. Printed in the Netherlands.

[252] BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 46.

No Reino do Butão, após terem notícia de prisões arbitrárias na região sul, seguidas de tortura e estupro, moradores começaram a fugir, temendo se tornarem vítimas de tais violações. A partir de meados de 1992, medidas administrativas começaram a ser tomadas no sentido de forçar essas pessoas a deixarem o país, inclusive por meio das assinaturas da chamada "forma de migração voluntária", seguidas de ameaças de multas ou prisão. Também houve quem deixasse o Butão pelo fato de em suas comunidades aldeãs terem sofrido punições coletivas pelas autoridades locais, após um assassinato ou roubo em da localidade, atribuídos aos "anti-nacionais"[253]. Fernando afirma que, se por um lado o Butão é apresentado como inovador, com o seu desenvolvimento sendo guiado pela filosofia da Felicidade Nacional Bruta, que enfatiza um equilíbrio entre bem-estar material, espiritual, emocional e cultural de um indivíduo e a sociedade, "isto foi anulado por políticas governamentais, legislação e a própria Constituição, que negam qualquer consideração às necessidades de quem não é tradicionalmente budista, a maioria étnica butanesa"[254].

5.5 O Autoritarismo da Felicidade

No Reino do Butão, discussões sobre as minorias constituem um tabu. O *Human Rights Report,* da Organização das Nações Unidas (ONU), de 2010, é ilustrativo.

Segundo a Constituição, com a finalidade de concretizar um dos pilares da felicidade fixada pelo governo, a cultura do país deve ser preservada a qualquer custo. Nessa linha, uma lei determina que os cidadãos obedeçam ao código de vestimenta nacional e, ao entrarem em prédios públicos, durante o dia, usem as roupas expostas no Código. Também há restrições à liberdade acadêmica ou a eventos culturais. A legislação proíbe que pessoas não-butanesas casadas com butaneses promovam qualquer religião diferente do budismo. Uma lei aprovada em 1992 proíbe a crítica ao rei e ao sistema político. O relacionamento entre pessoas do mesmo sexo é crime. O Governo restringiu a posse de meios de comunicação e de licenciamento de jornalistas. Ele monitora a internet e bloqueia o que considera pornográfico. Há cerca de 30.000 usuários da Internet (0,4% da população) durante o ano[255].

[253] Amnesty International, Bhutan: Forcible E-ile. Al Index - ASA 14/04/94, August 1994.
[254] VARENNES, Fernando. Constitutionalising discrimination in Bhutan: The emasculation of human rights in the Land of the Dragon. Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law 2: 47-76, 2008. Printed in the Netherlands.
[255] Amnesty International, Bhutan: Forcible E-ile. Al Index - ASA 14/04/94, August 1994.

Todavia, a chegada da internet tem ameaçado a postura ortodoxa de preservação da cultura nacional. Jovens tem saído do campo em direção ao divertimento da cidade, contribuindo para a elevação do índice de desemprego na capital, aumentando a quantidade de roubos e tornando crescente o problema do uso de drogas[256].

Há, no Butão, o periódico mensal *Reporter Butão*, dedicado aos nepaleses refugiados. Shanti Ram Acharya, jornalista do periódico, foi condenado a sete anos e meio de prisão, em janeiro de 2009. Ele havia sido preso por supostas atividades subversivas (fotografar um posto do exército)[257].

Em Nepali, área no sul do país que abriga nepaleses, escolas locais foram abandonadas pelo governo no início de 1990. As poucas crianças que ainda freqüentavam as escolas públicas foram obrigadas a aprender na língua imposta pelo governo, praticar a religião oficial, e seguir as suas tradições.

Apesar de a Constituição prever o direito de se reunir pacificamente, todos os manifestantes devem primeiro obter a aprovação do governo antes de encenar manifestações públicas.

Havendo previsão de liberdade de associação, só serão admitidos como partidos políticos, aqueles grupos "não prejudiciais à paz e à unidade do país". O *Organizados pela Vida do Nepal*, voltado para os refugiados, teve suas atividades reputadas ilegais, terroristas, e antinacionais.

O Governo fez um censo em 1985 que resultou na cassação da cidadania de muitos nepaleses. Todos os que comprovassem a posse de terras a partir de 1958 receberiam a cidadania. O censo foi repetido em 1988-89 nos distritos do sul, e aqueles que perderam a cidadania em 1985, foram novamente entrevistados. O governo, então, rotulou como imigrantes ilegais aqueles que não poderiam cumprir os novos requisitos de cidadania, que eram mais rigorosos. A partir de 1990, o governo expulsou um grande número de nepaleses, que passaram a residir em campos de refugiados no Nepal.

Cerca de 89.000 pessoas que falam nepalês estão como refugiados butaneses no Nepal, sem qualquer cidadania. Um programa de reassentamento de grande escala foi iniciado em 2007. Em setembro de 2009, mais de 78 mil refugiados manifestaram interesse em reassentamento, e mais de 20 mil haviam deixado os campos no Nepal para

[256] BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 3.
[257] Em: http://www.bhutannewsservice.com/tag/shanti-ram-acharya/feed/ . Acesso mar/2013.

países outros. Em 2005, o Censo Nacional excluiu 13% da população de língua nepalesa do direito de votar. Eles foram considerados "não-nacionais"[258].

A felicidade da população do Butão tem sido assegurada pelo Governo debaixo de pau. Não parece ser esse o caminho que almejamos, principalmente pelo fato de a nossa teoria da felicidade estar absolutamente atrelada ao constitucionalismo contemporâneo, aos direitos fundamentais e ao exercício da jurisdição constitucional. Temáticas como liberdade, igualdade e segurança não podem estar afastadas de qualquer noção de felicidade que se venha a esboçar.

5.6 Calibrando o Paternalismo

Esse capítulo trata da possibilidade de o direito à felicidade descambar para ações autoritárias por qualquer dos braços do Estado. Trabalhamos o caso do Reino do Butão. De todo modo, o que estamos a chamar a atenção é para os efeitos colaterais que a deturpação do discurso da felicidade pode gerar. Não se defendeu, contudo, a sua impossibilidade. Como vimos, até mesmo o discurso constitucional passa por esses dilemas e necessita de exposição para a crítica pública.

Frederico II da Prússia, um déspota esclarecido, em 1781 disse que buscava "a forma de governo mais propícia a produzir e a tornar efetiva a felicidade dos homens, das sociedades, das nações". Emmanuelle Jouannet, referindo-se a ele, afirma que "todos esses soberanos falam de felicidade, de educação e de bem-estar de seus povos para melhor estabelecer seu poder e seu autoritarismo em detrimento das liberdades individuais". Ela lembra de Jacques Donzelot, para quem a polícia do século XIX na França era "uma ciência da felicidade à serviço do poder nacional". Jouannet encerra lembrando que "as relações que vinculam essa finalidade centrada sobre a felicidade do povo com uma técnica de governo que está longe de ser liberal"[259]. A deturpação do discurso da felicidade encontra antecedentes remotos, como se vê.

Ainda sobre Frederico II da Prússia, o monarca implementou o paternalismo estatal da teoria de Christian Wolff, fundado no princípio eudemonístico de "tudo para o povo, nada, porém, pelo povo". Frederico se confessava o primeiro servidor de seu

[258] Amnesty International, Bhutan: Forcible E-ile. Al Index - ASA 14/04/94, August 1994.
[259] JOUANNET, Emmanuelle. Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international, Bruylant, 2011, (Collection de droit international, n°69). O trecho transcrito consta no capítulo V, intitulado "La finalité providentialiste du droit des gens moderne: Bonheur des peuples et perfectionnement des États".

Estado, "um Estado burocrático e paternalista, cujo fim era promover a felicidade dos súditos", nas exatas linhas do que anunciado por D Pedro no Brasil pré-independência. Paulo Bonavides chama a atenção para o "Estado policial de Wolf e a formulação individualista do absolutismo", afirmando que Wolf, atendendo aos impulsos da época, criou a teoria do Estado promotor da felicidade e do bem-estar social. Tal teoria foi usada "pela filosofia do absolutismo iluminista que, valendo-se da *salus publica* como pretexto para reforço dos laços de autoridade e consolidação do poder, colocou o Estado acima do direito". Bonavides afirma também que o Estado de Wolff, se arvora no "direito de compreender melhor que o indivíduo mesmo o que se há de se entender por bem individual, e assume assim posição nitidamente protecionista de tutela aos direitos e interesses individuais". Residiria na felicidade (*felicitas*), que se compõe de três dados fundamentais, o fim desse Estado policial: suficiência de vida, tranqüilidade e segurança. Bonavides adverte que "desde que se alcance esse alvo, a favor da pessoa humana, desce a liberdade a plano secundário. Pouco importa o seu sacrifício"[260].

Fica claro que os fatos vividos no Reino do Butão, de desrespeito a direitos fundamentais utilizando como justificativa discursiva a felicidade, já ocorreram em outras nações, noutros tempos, razão pela qual devemos continuar persistentes na discussão sobre o uso adequado do direito à felicidade.

A filosofia de Immanuel Kant no século XIX alertava que a felicidade deveria permanecer como questão individual, sob pena de transformar o Estado em um Estado despótico e tirânico, que imporia seus próprios critérios e condições de felicidade e de bem moral. Discordamos de Kant, mas seus ensinamentos podem servir bem a reflexões sobre os episódios descritos nesse capítulo acerca do Reino do Butão.

Emmanuelle Jouannet afirma que, para os liberais do século XIX, o fim do direito "só pode ser a paz perpétua, ou seja, o fim do estado de guerra, a instauração de um direito cosmopolita, e não o propósito de um bem comum a ser imposto a todos internamente ou internacionalmente". Ela recorda que as primeiras formas de paternalismo estatal, por mais esclarecidas que fossem, são, "para os liberais do final do século XVIII, apenas as manifestações de um despotismo ainda mais perigoso porque frequentemente mascarado por uma falsa benevolência". Todavia, "os debates

[260] BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2008, pp.133-134.

cristalizam-se sobre a dualidade felicidade/liberdade. A maioria, no entanto, mantém a ideia de felicidade, de bem-estar ou de utilidade como finalidade do político"[261].

O utilitarismo, que aponta a necessidade de ampliação da felicidade do maior número de pessoas, é normalmente acusado de paternalismo. Posner afirma que "atinge-se o máximo de felicidade, ou utilidade, quando as pessoas (ou criaturas) são capazes de satisfazer suas preferências, quaisquer que sejam estas, na máxima medida possível". Para ele, "essa fórmula não exclui a possibilidade de A conhecer as verdadeiras preferências de B melhor que o próprio B, isto é, a possibilidade do paternalismo"[262].

É fácil supor que a adoção da teoria da felicidade só poderia ocorrer se entendêssemos que os órgãos judiciais, principalmente as supremas cortes ou as cortes constitucionais, teriam condições de definir o que propiciaria mais felicidade para a sociedade. Isso soaria paternalista, porque estaríamos afirmando que um terceiro seria capaz de definir o que faria uma pessoa mais ou menos feliz, não a própria pessoa. Nessa linha, Eric Hobsbaw explica que "uma ideologia que reduzia tudo, exceto o cálculo racional do 'interesse público', à 'insensatez com pernas de pau' (para usarmos a expressão de Bentham) entrava em conflito com alguns poderosos institutos do comportamento da classe média empenhada em melhorar". Ele mostra o já conhecido risco de soluções paternalistas no emprego das ideias de felicidade, uma vez que "o próprio interesse racional poderia justificar uma interferência consideravelmente maior na liberdade natural do indivíduo para fazer aquilo que ele desejasse e para guardar o que ganhasse". Hobsbawn diz que uma doutrina que eliminava a moralidade "através de sua redução ao cálculo racional, bem poderia enfraquecer o sentido da disposição eterna das coisas entre os pobres ignorantes sobre quem a estabilidade social se assentava". Apesar de fazer esse alerta quanto ao utilitarismo e as propostas iniciais de Jeremy Bentham, Hobsbaw afirma que o utilitarismo "nunca monopolizou a ideologia da classe média liberal" e diz também que ele "não era forte o suficiente nem para inspirar uma revolução nem para evitá-la"[263].

---

[261] JOUANNET, Emmanuelle. Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international, Bruylant, 2011, (Collection de droit international, n°69). O trecho transcrito consta no capítulo V, intitulado "La finalité providentialiste du droit des gens moderne: Bonheur des peuples et perfectionnement des États".

[262] POSNER, Richard. A economia da justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 63.

[263] HOBSBAWN, Eric J. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. A era das revoluções, 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, p. 373.

Não há dúvidas que o excesso cometido pelo Reino do Butão, e todos os desvirtuamentos praticados pelos governos na utilização do discurso da felicidade como pano de fundo para medidas autoritárias e desrespeitosas dos direitos humanos, consiste na inobservância das exatas ideias de Stuart Mill. Segundo o princípio do dano, de Mill, "o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou coletivamente, para interferir na liberdade de ação de outro, é a autoproteção", cuja função é "prevenir dano a outros". Mill afirma que "uma pessoa não pode corretamente ser forçada a fazer ou a deixar de fazer algo porque será melhor para ela que o faça, porque a faça feliz, ou porque, na opinião de outros, fazê-lo seria sensato, ou até correto". Para ele, "a única parte da conduta de qualquer pessoa pela qual ela responde perante a sociedade, é a que diz respeito aos outros. Na parte da sua conduta que apenas diz respeito a si, as sua independência é, por direito, absoluta". Ao final, afirma que "as pessoas têm mais a ganhar em deixar que cada um viva como lhe parece bem a si, do que forçando cada um a viver como parece bem aos outros"[264].

De todo modo, por vivermos sob o manto do Estado, de alguma forma ele parecerá na discussão acerca da felicidade, principalmente quando ela representar o *telos* de alguma política pública. Para Derek Bok, tentar afastar o governo da construção de uma teoria da felicidade enquanto bandeira das políticas públicas "é um argumento respeitável, mas é uma discussão sobre a melhor forma de alcançar o bem-estar, e não sobre se o bem-estar em si é um objetivo apropriado para o governo". Para ele, o governo pode adotar medidas, a fim de incentivar as pessoas a fazer escolhas que tendem a aumentar o seu bem-estar, como o faz por imposição de impostos sobre cigarros e bebidas alcoólicas ou pela criação de incentivos fiscais para contribuir com atividades culturais. Ele pode educar por meio de um esforço para persuadir o público a fazer escolhas melhores, "como o faz, patrocinando aconselhamento pré-marital ou anúncios para deixar de fumar"[265].

A perspectiva de Bok abre espaço para os ensinamentos trazidos com o artigo de André Lara Rezende, intitulado "Bem-estar e húbris". De acordo com o Economista, "é possível reduzir o índice de desconforto da vida vivida, aumentar o bem-estar vivenciado, com medidas que reduzam os fatores que provocam estresse e tensão no dia a dia". Para isso, "transporte, saúde e mais tempo disponível para o convívio afetivo são

[264] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 44.
[265] BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 47.

os elementos críticos" – afirma[266]. Rezende chama a atenção para o fato de que, quanto ao bem-estar percebido, ao grau de satisfação com a vida, há muito menos espaço para a atuação das políticas públicas". Segundo ele, "quando se trata de influenciar fatores emocionais subjetivos, como o grau de ambição e os objetivos pessoais, a ingerência do Estado corre o risco de se tornar manipuladora e de atropelar as liberdades individuais". Os exemplos de políticas de bem-estar que avançam sobre as liberdades individuais, de acordo com André, são: a proibição às drogas e ao fumo, a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança nos automóveis e do capacete nas motocicletas".

Nada obstante o Economista tenha mostrado que políticas públicas focadas no bem-estar coletivo podem ser invasivas, ele desenvolve seu raciocínio afirmando que "infelizmente, a constatação de que não somos sempre racionais nas escolhas, como pressupõe a teoria econômica, reduz a base de sustentação conceitual para a não interferência do poder público nas decisões individuais". Sua sugestão é "contextualizar adequadamente as opções, sem restringir as escolhas individuais, como sugerem Cass Sunstein e Richard Thaler em *"Nudge: O Empurrão para a Escolha Certa*"[267].

Consultando a obra indicada, encontramos considerações a respeito do que os autores chamam de "paternalismo libertário". Segundo eles, "quando usamos o termo libertário para modificar a palavra paternalismo, queremos dizer simplesmente algo que preserve a liberdade. E, quando falamos de preservação da liberdade, estamos falando sério". Os paternalistas libertários querem que "as pessoas possam facilmente seguir seus caminhos; não querem sobrecarregar aqueles que desejam exercer sua liberdade". Os autores explicam que "uma política é paternalista quando tenta influenciar as escolhas feitas por uma pessoa de modo a melhorar sua vida, segundo o seu próprio julgamento". Segundo a proposta do paternalismo libertário, "utilizando algumas descobertas comprovadas das ciências sociais, mostramos que, em muitos casos, os indivíduos fazem escolhas bastante ruins – escolhas que eles não teriam feito se tivessem prestado toda a atenção e se tivessem informações completas, capacidades cognitivas ilimitadas e autocontrole pleno". Seria "um tipo de paternalismo relativamente branco e não-intrusivo porque as escolhas não são bloqueadas, obstruídas ou significativamente sobrecarregadas"[268].

---

[266] RESENDE, André Lara. Os limites do possível: a economia da conjuntura. São Paulo: Portfólio-Penguin, 2013.
[267] Valor Econômico. Sexta-feira e fim de semana, 23, 24 e 25 de março de 2012.
[268] THALER, Richard. SUNSTEIN, Cass. Nudge: O empurrão para a escolha certa: Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 6.

O que se percebe é a intenção de limitar o poder do Estado quanto a possíveis interferências sobre os projetos racionais das pessoas de execução de um plano de satisfação de preferências ou desejos legítimos.

Retomando o raciocínio de Bok, "há argumentos fortes para fazer da felicidade um ponto focal para a política do governo". Segundo pesquisas de opinião, a felicidade geralmente está no topo das metas que as pessoas esperam alcançar. Também mostram que o caminho para alcançar a felicidade duradoura inclui "atos de engajamento cívico, de bondade, e outros comportamentos muito mais benéficos para a sociedade do que uma busca interminável de prazeres monetários e atividades triviais"[269].

Diante de tudo isso, seria possível a elaboração de políticas públicas cujos resultados devessem atender a concretização da felicidade geral? Para a filósofa norte-americana, Martha C. Nussbaum, a política pública deve contemplar compromissos inseridos em sua própria natureza, tais como o combate aos riscos, a dor e as dificuldades. Também compromissos obrigatórios de luta por justiça social para alcançar uma vida boa para qualquer ser humano. Ela aponta um grupo central de direitos fundamentais sem os quais a sociedade não teria qualquer garantia para reivindicar o acesso a uma justiça básica. Esse ponto parece indicar uma aproximação com as ideias de John Rawls. Martha destaca que suas propostas dão espaço para que os cidadãos optem por delas gozarem ou não. Segundo a Filósofa:

> Uma pessoa que tem o direito de voto (e realmente pode sair e votar, sem impedimentos nem discriminações sutis) pode sempre optar por não votar; uma pessoa que tem acesso a cuidados de saúde adequados pode sempre escolher um estilo de vida pouco saudável. Uma pessoa que tem a liberdade de religião pode decidir não ter nada a ver com religião[270].

O que fica é o registro do quanto o uso paternalista e abusivo da teoria da felicidade pelos governos pode desvirtuar todas as premissas sobre as quais se assenta essa teoria. Como falamos no início, mesmo o discurso constitucional tem sido utilizado indevidamente para invadir nações estrangeiras e justificar atos equivalentes ao terrorismo. Isso demonstra o quanto estamos à mercê dos homens que se valem das

---

[269] BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 45.

[270] NUSSBAUM, Martha C. Who Is the Happy Warrior? Philosophy Poses Questions to Psychology. The Journal of Legal Studies, Vol. 37, No. S2, Legal Implications of the New Research on Happiness. A Conference Sponsored by the John M. Olin Program in Law and Economics at the University of Chicago Law School (June 2008), pp. S81-S113. The University of Chicago Press. Em: http://www.jstor.org/stable/10.1086/587438. Aces 11/01/2011.

mais importantes doutrinas para arquitetarem a construção de ações que atendam a seus próprios interesses. A experiência quanto aos direitos humanos no Reino do Butão demonstra que a teoria da felicidade, se mal utilizada, também pode acarretar a erosão de direitos. Nada obstante o país tenha conseguido inúmeros avanços nos indicadores sociais e econômicos importantes, isso se deu ao arrepio de direitos básicos, como o respeito pelas minorias. Desse jeito, não há que se falar em felicidade, pois, na linha do que vimos em Stuart Mill, ela está absolutamente viciada pela opressão que impôs às pessoas e pela restrição à liberdade.

6. A DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS E A FELICIDADE

6.1 O Ambiente

David Armitage, referindo-se à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, afirma, com absoluta razão, que "nenhum documento isolado acha-se tão associado àquilo que significa ser um americano". Quanto aos "direitos à vida, à liberdade e à busca da felicidade", constantes da Declaração, ele diz que "poucas palavras podem resumir a crença americana de forma tão sucinta"[271].

Os Estados Unidos, envolvidos com as ideias do Iluminismo no século XVIII, se viram diante do desafio de deixar claro à Grã-Bretanha que estavam construindo um novo mundo sobre bases que assegurassem dignidade às pessoas e o direito à busca da felicidade. Na época da Revolução, desejava-se uma organização política da felicidade na qual cada um teria o mesmo direito de ser feliz, pensando e expressando-se livremente. Fica fácil associar tal aspiração aos ideais de Stuart Mill, que defendeu a liberdade como caminho para a felicidade.

Thomas Jefferson aparece como personagem central na introdução do direito à busca da felicidade na Declaração de Independência dos Estados Unidos, fornecendo material investigativo cujos debates ultrapassam dois séculos. Qual o sentido da expressão empregada por Jefferson? Qual sua intenção? Qual a sua inspiração? Como o direito à busca da felicidade vem sendo compreendido no contexto dos direitos fundamentais protegidos pela jurisdição constitucional? São muitas as indagações. Não sem razão, Richard Layard diz que "esse nobre ideal impulsionou grande parte do progresso social ocorrido nos últimos duzentos anos, mas nunca foi fácil de aplicar, porque se sabia muito pouco sobre a natureza e as causas da felicidade"[272].

Esse capítulo se propõe a conhecer as razões que levaram Thomas Jefferson a inserir a expressão "busca da felicidade" como um direito inalienável na Declaração de Independência. Em seguida, investigar suas raízes inspiradoras. Ao final, compreender a influência que a expressão trouxe a outros documentos espalhados pelo mundo.

---

[271] ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 16.
[272] LAYARD, P. R. G. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008, p. 19.

6.2 A Personalidade de Thomas Jefferson

É importante conhecermos um pouco da personalidade de Jefferson[273]. Sabe-se que apreciava vinhos. Sua última correspondência, em 24 de junho de 1826, "foi para um negociante em Baltimore, tratando de um carregamento de vinho francês que acabara de chegar de Marselha, cujas tarifas alfandegárias precisavam ser pagas". Jefferson, no leito de morte estava preocupado com o estoque de sua adega[274].

Ele nasceu episcopal, mas se afastou das convicções teológicas da Igreja, passando a demonstrar simpatia com o unitarismo. Sem compor oficialmente tal grupo, estava alinhado com vários de seus preceitos, entre os quais a negação da Trindade, a negação da divindade de Cristo, e a análise cética dos milagres e demais ingredientes sobrenaturais daquele credo. O unitarista Joseph Priestley – peça-chave do Iluminismo inglês e amigo de Jefferson -, chegou a dizer que, para Jefferson, ou a religião seria algo racional ou não serviria para nada. Ainda assim, Jefferson confidenciou que "as doutrinas de Jesus são simples e se destinam, todas elas, à felicidade do homem"[275].

Sua admiração por Cristo não o impediu de "pecar". Ele teve vários filhos com sua escrava, Sally Hemigs, mas jamais os reconheceu. A paternidade só foi comprovada em 1998 por exames de genética nos descendentes da Sally, até hoje atacados pela família de Jefferson. Sabe-se que o ex presidente dos Estados Unidos – foi o terceiro Presidente - era dono de escravos. Tinha mais de 150 e atuava no tráfico negreiro[276].

Jefferson morava em Paris durante a Revolução Francesa. Atraído por ela, acreditou que o terror e as execuções na guilhotina eram aceitáveis em nome do avanço

[273] Thomas Jefferson nasceu na Virgínia em 13 de abril de 1743, numa família de posses. Estudou na faculdade William and Mary, em Williamsburg. Envolveu-se na política da Virgínia, esteve presente no segundo Congresso Continental, em 1776, e elaborou a Declaração da Independência dos Estados Unidos. Foi diplomata na França (1784-1789) e, em seguida, secretário de Estado dos Estados Unidos até 1794. Era vice-presidente de John Adams em 1796 e, em seguida, presidente, de 1801 a 1809. Fundou a Universidade de Virgínia e projetou sua casa em Monticello. No seu epitáfio, escrito por ele, consta: "Aqui jaz Thomas Jefferson, autor da Declaração de Independência dos Estados Unidos e do estatuto de Virgínia para a liberdade religiosa e pai da Universidade de Virgínia". Faleceu em 4 de julho de 1826. Cambridge Editorial Partnership. Líderes e discursos que revolucionaram o mundo. Tradução de Mayara Fortin e Renato D'Almeida. São Paulo: Universo dos Livros, 2012, p. 43.

[274] J. Jefferson Looney, "Thomas Jefferso´ns Last Letter', Virginia Magazine of History and Biography, 112 (2004), pp. 178-84. Sobre o interesse de Jefferson em Vinhos, James M. Gabler, Passions: The wines and Travels of Thomas Jefferson (Baltimore, 1995).

[275] Jefferson para Benjamim Waterhouse, 26 de junho de 1822, em Basic writings, p. 774.

[276] Wilbur Samuel Howell, The Declaration of Independece and Eighteenth-Century Logic, William and Mary Quartely, 3ª ser., 18 (1961), pp. 463-84.

das novas ideias políticas. Para ele, a árvore da liberdade "precisa ser irrigada de tempo e tempo pelo sangue de patriotas e tiranos. É a sua forma natural de crescer"[277].

6.3 A Liderança de Thomas Jefferson

A razão de Thomas Jefferson ter redigido o texto da Declaração é conhecida: ele tinha uma "canetada magistral". Em 31 de outubro de 1819, escrevendo para William Short, se auto-intitulou um epicurista e, em seguida, afirmou: "Considero as genuínas (não as supostas) doutrinas de Epicuro, como dotadas de tudo o que há de racional na filosofia moral que Grécia e Roma nos legaram"[278].

A filosofia antipolítica de Epicuro é, em si, uma expressão política, pois ela requer um governo que possa tolerá-la. Era esse o tipo de governo que Jefferson sustentava. Ele também se guiava pelo pensamento aristotélico segundo o qual "uma boa vida é aquela vivida em governança pública e uma vida normal é aquela dedicada a promover o bem comum"[279]. Para Jefferson, o exercício do governo seria um dever que ele não poderia recusar, nada obstante a sua felicidade residisse em "Monticello, a propriedade de campo do homem civilizado". Thomas Jefferson, citando Sêneca, afirmou que "a felicidade repousa numa base da virtude".

Profundamente marcada por um princípio de raiz no direito natural, Jefferson usou "busca da felicidade" ao invés de "propriedade", no texto da Declaração de Independência. Achava que na Declaração só deveria constar direitos naturais e o direito à propriedade não seria um deles. Ele morreu em 4 de julho de 1826.

6.4 A Felicidade Norte-Americana no Século XVIII

Os Estados Unidos que antecediam à Declaração de Independência viam a felicidade como "uma frivolidade alimentada pela natureza, por passatempos e pelo estudo. Era a aposentadoria e, ocupada como quase sempre era, o propósito de tudo era o prazer virtuoso". Nessa perspectiva, buscar a felicidade constituía uma "fantasia utópica de independência, até de solidão, disponível especialmente para os ricos, mas como havia tantas terras no Novo Mundo ainda tinha um sabor republicano". Ao tempo,

[277] Paul Johnson, A History of the American People. New York, 1997, HarperCollins Publishers, p. 144.
[278] Basic writings, p. 764.
[279] Howard Mumford Jones, The pursuit of happiness. Ithaca, NY: Cornell Univ. Press, 1953, 12-14.

a felicidade privada era muito mais almejada do que a encontrada na esfera pública. Em 1764, Benjamin Franklin se correspondeu com um amigo lançando indagações que deixam claro a acepção quanto à felicidade naquele período, nos Estados Unidos. Ele pergunta:

> Quanto você pretende viver? - quer dizer, aproveitar a vida. Quando se retirará em sua vila, dar-se-á repouso, deleite em ver as operações da natureza na criação dos vegetais, ajudá-la em seu trabalho, convidar seus engenhosos amigos para seu convívio, fazê-los felizes com sua conversa e desfrutar deles?[280].

Interessante conhecer a descrição feita por Franklin da vida que levou quando morava na França. Ele cita Epicuro e a felicidade:

> Em um povoado a pouco menos de um quilômetro de Paris, ele caminhava no jardim e jantava fora seis noites por semana (aos domingos ficava em casa e recebia visitantes americanos), ou então brincava com seu neto, Ben. O vovô Ben se orgulhava dessa tranquilidade, desse estilo de vida, como se ele fosse Epicuro ou Petrarca, indicando uma calma produtiva como o segredo para uma vida feliz.

Em 1797, quem escreve é George Washington, deixando claro a noção de felicidade que habitava a mente dos grandes líderes norte-americanos no período que circundou a elaboração e aprovação da Declaração de Independência. Ele diz:

> Estou, mais uma vez, sentado sob minha própria vinha e figueira, e espero passar os dias que me restam, que seguindo o curso natural das coisas, não devem ser muitos (encontrando-me com 66 anos), em calmo retiro, fazendo que as aspirações políticas dêem lugar aos prazeres mais racionais de cultivar a terra[281].

Um ano antes, em 17 de setembro de 1796, George Washington fazia o seu discurso de despedida da presidência dos Estados Unidos. Um dos trechos dizia: "Alguns sentimentos que são resultados de muita reflexão, de não inconsiderável observação, são para mim de suma importância para a permanência de vossa felicidade como pessoas". Em seguida ele indagou: "Será possível que a Providência não tenha vinculado a felicidade permanente de uma nação com suas virtudes?"[282]

Na mesma linha, Jefferson escreveu o seguinte a um amigo em 1810:

---

[280] Franklin para o dr. Forthergill, 1764, in The writtings of Benjamin Franklin, ed. Albert H. Smyth (Nova York: Macmillan, 1905-1907), 4:221.
[281] Writings of George Washington, ed. John C. Fitzpatrick (Washinbgton, DC: GPO, Bicentennial Editions, 1931), 35, 432.
[282] Cambridge Editorial Partnership. Líderes e discursos que revolucionaram o mundo. Tradução de Mayara Fortin e Renato D'Almeida. São Paulo: Universo dos Livros, 2012, pp. 37-38.

> Retirei-me em Monticello, onde, no seio da minha família e cercado por meus livros, desfruto do descanso que sempre me foi distante. Minhas manhãs são dedicadas à correspondência. Do desjejum até o jantar, fico em minhas oficinas, em meu jardim, ou andando a cavalo por minhas terras; do jantar até o anoitecer, dedico-me ao lado social e me distraio com amigos e vizinhos; e do momento em que acendo as velas até a hora de dormir, eu leio. Minha saúde está perfeita; minha energia, consideravelmente renovada pela atividade do caminho que escolhi; talvez ela seja tão boa quanto a de todos que estejam chegando aos 67 anos de idade. Converso sobre arados e rastelos, sobre semear e colher com meus vizinhos, e sobre política também, se eles desejarem, com tão pouca reserva quanto a de outro cidadão qualquer, e sinto, afinal, a benção de ser livre para dizer e fazer o que quero, sem ter responsabilidade maiores que qualquer outro mortal. Uma parte de minha ocupação, e de maneira alguma menos prazerosa, é a de dirigir estudos de jovens quando solicitados. Eles se encontram na aldeia vizinha e fazem uso de minha biblioteca e de meus aconselhamentos, e fazem parte de minha sociedade. Ao dirigir o rumo de sua leitura, tendo antes a sua atenção fixada no objetivo maior de toda ciência, a liberdade e a felicidade do homem[283].

A felicidade de então consistia no repouso tranqüilo decorrente da vida boa, cercada das coisas às quais o homem atribui valor. Em seu discurso de posse como presidente dos Estados Unidos, em 4 de março de 1801, Thomas Jefferson falou de felicidade várias vezes. Na primeira oportunidade, disse:

> quando contemplo esses objetos transcendentes e vejo a honra, a felicidade e a esperança deste nosso amado país comprometido com essa questão e os auspícios desta época, fico acanhado ao contemplar e modesto perante a magnitude do empreendimento[284].

Em seguida, o então Presidente afirma:

> Reconhecendo e adorando uma Providência dominante, que, por todas as dádivas, prova que se deleita na felicidade do homem aqui e em sua maior felicidade posteriormente – com todas essas bênçãos, o que mais é necessário para fazer-nos um povo feliz e próspero? Ainda outra coisa, concidadãos: um governo sábio e frugal, que deverá impedir os homens de se atacarem mutuamente, deverá deixá-los livres para regular suas próprias buscas de trabalho e desenvolvimento e não deverá tirar da boca do trabalhador o pão por ele ganhado. Essa é a soma de um bom governo, o necessário para fechar o círculo de nossa felicidade[285].

Ao final, Thomas Jefferson agradece o voto popular e assume o compromisso de servir como "instrumento para a felicidade e a liberdade de todos".

---

[283] Pauline Maier, American Scripture: making the Declaration of Independence (Nova York: Vintage, 1997), p 134.
[284] Cambridge Editorial Partnership. Líderes e discursos que revolucionaram o mundo. Tradução de Mayara Fortin e Renato D'Almeida. São Paulo: Universo dos Livros, 2012, p. 45.
[285] Cambridge Editorial Partnership. Líderes e discursos que revolucionaram o mundo. Tradução de Mayara Fortin e Renato D'Almeida. São Paulo: Universo dos Livros, 2012, p. 47.

Tocqueville afirma ser "uma coisa estranha ver com que espécie de ardor febril os americanos perseguem o bem-estar e como se mostram atormentados sem cessar por um vago medo de não ter escolhido o caminho mais curto que pode levar a ele". O modo de buscar a felicidade, pelos norte-americanos, é descrita da seguinte forma por Tocqueville:

> Nos Estados Unidos, um homem constrói com cuidado uma morada para a velhice e vende-a enquanto assentam a cumeeira; planta um pomar e arrenda-o quando ia provar seus frutos; arroteia um campo e deixa a outra a tarefa de colher as safras. Abraça uma profissão e a abandona. Fixa-se num lugar de onde parte pouco depois, para levar alhures seus desejos cambiantes. Se seus assuntos privados lhe dão algum momento livre, logo mergulha no turbilhão da política. E quando, ao fim de um ano repleto de trabalho, ainda lhes restam alguns instantes de lazer, passeia aqui e ali nos vastos limites dos Estados Unidos sua curiosidade inquieta. Fará também cem léguas em alguns dias para melhor se distrair de sua felicidade. A morte por fim sobrevém e o detém antes que ele tenha cansado dessa busca inútil de uma felicidade completa que sempre lhe foge. De inicio você fica pasmo contemplando essa agitação singular que fazem tantos homens parecerem felizes no seio mesmo de sua abundância. Mas esse espetáculo é tão velho quanto o mundo; o que é novo é ver todo um povo representá-lo[286].

6.5 A Influência de George Mason

Enquanto Thomas Jefferson se debruçava sobre a redação da Declaração de Independência, a Convenção Constitucional do Estado da Virgínia adotava, em 12 de junho de 1776, a Declaração dos Direitos da Virgínia, de George Mason, seu amigo. A expressão "busca da felicidade", da Declaração de Independência dos Estados Unidos, não é de autoria de Jefferson. Sua origem vem de Mason, um fervoroso seguidor desse ideal, que se recusava a sair da sua propriedade de campo. Ele pretendia que a expressão constasse da Constituição Federal dos Estados Unidos, mas isso jamais aconteceu.

A Declaração de Direitos de Virgínia trouxe a perseguição à felicidade como um direito devidamente protegido. Na seção 1, registrou "perseguir e obter felicidade":

> Que todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais, quando entram em um estado da sociedade, eles não podem, por qualquer acordo privar ou despojar sua posteridade, ou seja, o gozo de vida e à liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade e perseguir e obter felicidade e segurança[287].

---

[286] TOCQUEVILLE, Alexis. A democracia na América: sentimentos e opiniões de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer ente os americanos. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martns Fontes, 2000, pp. 165-166.

[287] Mason citado em Jones, Pursuit of happiness, p. 12. Sobre o conhecimento de Jefferson a respeito do texto de Mason sobre a Declaração dos Direitos da Virgínia e sua relação com a Declaração de Independência, veja Pauline Maier, American Scripture: making the Declaration of Independence (Nova York: Vintage, 1997), pp. 125-134.

Além de promover uma aliança entre o direito natural de perseguir e obter a felicidade e a segurança, a vida e a liberdade, ele o fez quanto à propriedade.

Anteriormente, em seu *Direitos das Colônias Britânicas* (1764), James Otis já afirmava que o propósito de um governo é "assegurar segurança, o gozo tranquilo e feliz da vida, da liberdade e da propriedade".

Segundo resoluções de 14 de outubro de 1774, os colonos tinham "direito à liberdade de vida e propriedade". Dois meses depois, o Comitê de Correspondência, em Boston, consignou: "Temos direito à liberdade de vida e os meios de substância".

Quanto à Declaração de Direitos da Virgínia, o projeto inicial do texto, de autoria de Mason, continha quatorze artigos. Dois artigos foram inseridos posteriormente. Desde o rascunho já se falava da felicidade e esse comando não sofreu nenhuma emenda, tendo se mantido do início ao final das negociações políticas que culminaram com a aprovação da Declaração. Enquanto Mason usava a expressão "procurar obter a felicidade", Jefferson ficou com "direito à busca da felicidade".

É importante que tenhamos contato com a realidade política que permeava a América no período antecedente à aprovação da Declaração. A Virgínia, o ente mais poderoso da Confederação, assumia um papel de liderança no processo de resistência contra a Inglaterra que culminou com a própria Revolução. A Declaração de Direitos da Virgínia ampliou a visão dos direitos dos cidadãos, tendo sido imitada por outras colônias, se tornando a base do Projeto de Lei Federal dos Direitos e, ao final, introduzida na Declaração de Independência.

Para Garry Wills, a utilização, por Jefferson, do direito à busca da felicidade correlacionando-o com a vida e a liberdade não corresponde a uma ação vaga, idealista ou mal pensada. Tem-se "uma ação consistente, como todo o resto que ele escreveu em a Declaração de Independência e fora dela"[288].

O ideal do direito à busca da felicidade começou a surgir em conexão com o princípio do governo, dentro de uma perspectiva do direito natural. Essa expressão retrata a visão de Jefferson acerca da função do Estado na vida das pessoas, pois rejeita a ideia de que os direitos civis teriam índole meramente negativa, ou seja, conferidos aos cidadãos para que não sofram usurpações por parte do Estado ou de outros cidadãos.

[288] WILLS, Garry. Inventing America: Jefferson's Declaration of Independence (Garden City: Doubleday, 1978).

Quando Jefferson insere o direito à busca da felicidade na Declaração de Independência, ele deixa gravada sua visão segundo a qual o aparelho do Estado deve se empenhar em auxiliar os cidadãos na tarefa de obtenção de seus desejos. Isso abre porta para o que atualmente se denomina de 'mínimo existencial', pois conduz ao entendimento de que muitos serão impedidos de alcançar o máximo de felicidade, mas os menos afortunados podem obter mais do que o mínimo.

6.6 A Inspiração de John Locke

Os estudiosos do legado de Thomas Jefferson acreditam que a expressão "busca da felicidade" teria origem em antigas correspondências mantidas com John Locke. Também teria raiz na lei natural da Inglaterra, no século XVIII, inserida na temática de Locke ao tratar sobre o princípio da felicidade.

Entre os grandes pensadores, John Locke foi o que mais influenciou os pais fundadores da Constituição Americana, incluindo Jefferson e Mason. Locke também se valia da palavra busca (*pursuit*). Jefferson afirma:

> Sem pretender originalidade de princípios ou sentimentos, e sem tampouco copiar algum outro texto já escrito, a Declaração buscou expressar as ideias americanas, oferecendo à sua publicação o tom e o espírito adequados às necessidades daqueles tempos.

Toda a sua autoridade está, portanto, "na harmonização dos sentimentos de então, tais como se manifestassem em conversas, cartas, ensaios impressos e nos livros essenciais sobre direito público, como os de Aristóteles, Cícero, Locke, Sidney etc"[289].

Na obra *Segundo Tratado sobre o Governo*, Locke se vale da expressão: "vida, liberdade e propriedade", e de "vidas, liberdades e fortunas". Não há menções à busca da felicidade, que vem aparecer no *Ensaio sobre o Entendimento Humano*. Para Locke, a liberdade consistia em estar livre do risco da violação dos direitos naturais. A felicidade corresponderia a um judicioso equilíbrio do prazer.

[289] Thomas Jefferson para Henry Lee, 8 de maio de 1825, em Philip S. Foner (org.), The basic writings of Thomas Jefferson (Nova York: Halcyon House, 1950), p. 802.

6.7 A Declaração de Independência

A Declaração de Independência reafirmava que o povo está em seu direito de fundar um novo governo, organizando o poder da forma que mais lhe pareça provável, de assegurar sua segurança e felicidade. O Congresso, todavia, protestou contra o terceiro uso da palavra por Jefferson, excluindo "o caminho para a felicidade e a glória está aberto a nós também", das últimas linhas[290].

Para Jefferson, o objetivo da Declaração não foi encontrar novos princípios, ou novos argumentos, até então nunca pensados. Também não foi apenas dizer coisas boas que nunca tivessem sido ditas antes. Mas apresentar o bom senso do assunto, "justificando a nossa postura independente tal como nos sentíamos forçados a adotar".

A história norte-americana registra que a propriedade inicialmente estava intrinsecamente ligada à escravidão, razão pela qual, Jefferson, preferindo romper com essa situação, usou "busca da felicidade", valendo-se do direito natural discutido na Inglaterra do século XVIII. Ele queria assegurá-la a todos e, assim, introduziu postulado universal de envergadura semelhante à "liberdade, igualdade e fraternidade" dos franceses. O que se pretendia alcançar era um padrão mínimo de liberdade a todos, onde quer que estivessem. Jefferson rompeu com a doutrina dos direitos de propriedade e forneceu ao mundo uma visão universal.

Pressões internacionais urgentes forçaram a publicar uma declaração no início do verão de 1776. A Declaração foi impressa pela primeira vez em 05 de julho de 1776, como um panfleto de uma única folha para distribuição e exposição[291]. Segundo David Armitage, no Congresso, 55 representantes – "nove dos quais nascidos na Inglaterra ou na Irlanda, e mais de uma dezena deles educada fora das colônias (na Inglaterra, na Escócia e na França)", assinaram o exemplar original da Declaração. Eles utilizaram

[290] Jan Lewis, 'Happiness', em Jack P. Green e J. R. Pole (orgs), The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution (Cambridge, Inglaterra: Blackwell, 1994), p. 641. Sobre a discussão da felicidade nos Estados Unidos, veja também Ursula M. Von Eckardt, The pursuit of happiness in the democratic creed: an analysis of Political Ethics (Nova York: Frederick Praeger, 1959).

[291] O impressor dessa versão da Declaração era um irlandês nativo, John Dunlap, de 29 anos, que havia imigrado para a Filadélfia a partir de Tyrone, no condado de Strabane, em 1757 (nota 21 – Dunlap, John (1747 – 1812), em John A. Garraty e Mark C. Carnes, Eds, ger., American National Biography, 24 vols. (Nova York, 1999), VII, pp. 87-9.). Ele imprimiu a maior parte das cópias em papel holandês, trnasportado pela Inglaterra – a origem de grande parte do papel das colônias desse período. A prensa tipográfica e os tipos que empregou provavelmente também haviam sido importados da Grã-Bretanha. Nota 22 – Frederick R. Goff, The John Dunlap Broadside: The First Priting of The Declaration of Independence (Washington, 1976), pp. 9-10 (observe-se que doze das dezessetes cópias examinadas foram impressas em papel holandês), pp. 11 e 14; John Bidwell, "Printers' Supplies and Capitalization', em Hugh Amory e David D. Hall, Eds., A History of the Book in America, I: The Colonial Book in the Atlantic World (Cambridge, 2000) pp. 168-71, p. 16

"um tinteiro forjado por outro irlandês, Philip Syng Jr., feito de prata, extraída no México e no Peru"[292]. Ele destaca que aos direitos à vida, à liberdade e à busca da felicidade, "achavam-se estritamente subordinados às reivindicações concernentes aos direitos dos Estados, e assim foram entendidas por seus contemporâneos quando estes se debruçaram sobre as declarações de direitos individuais"[293].

Por fim, a crítica que Amitage traz é a seguinte: "violações de direitos básicos como vida, liberdade e busca da felicidade poderiam justificar a independência somente se fossem apresentadas como equivalentes a 'uma longa série de abusos e usurpações'". Só caso se verificasse essa situação "um povo estaria justificado ao buscar 'estabelecer novos guardiões para sua segurança futura'"[294].

Fica claro que a elaboração da expressão busca da felicidade na Declaração de Independência não foi algo acidental. Todos aqueles que, de alguma forma, tiveram influência na construção do termo, tinham um forte lastro filosófico, jurídico e político, de modo que não se pode acreditar que estamos tratando de algo lançado no vazio.

6.8 As Críticas de Jeremy Bentham

Jeremy Bentham, em 1789, atacou a Declaração de Direito da Virgínia, a Declaração de Massachussets e a Declaração de Independência, afirmando não poder "deixar de lamentar que uma causa tão racional repousasse sobre razões tão mais apropriadas a gerar objeções do que a removê-las?". A Declaração da Virgínia foi considerada por ele "uma mescla de confusão e absurdo, na qual a coisa a ser provada é, desde o princípio, tida como fato consumado"[295].

Para Bentham, "direitos defensáveis podiam derivar apenas de atos positivos de legisladores identificáveis". Essa frase mostra o quão positivista ele era. Por esse raciocínio, "se o Congresso Continental fosse reconhecido como órgão executivo legítimo, então sua Declaração poderia ser reinterpretada como um ato positivo no âmbito do direito internacional". Mas isso só ocorreria "se a própria Declaração fosse

[292] ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 16-17.
[293] ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 20-21.
[294] ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 29.
[295] Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1780/89), Ed. J. H. Burns e H. L. A. Hart, Intro, F. Rose (Oxford, 1996), p. 311; The works of Jeremy Bentham, ed. John Bowring, 11 vols. (Edimburgo, 1838-1843), x, p. 63).

reconhecida como ao ato positivo que outorgara o caráter internacional e soberano ao Congresso". Logo, a indagação era: "Como a independência poderia ser declarada, a não ser por um órgão já independente no sentido entendido pela lei das nações?"[296].

Bentham prossegue com suas críticas. Para ele, os direitos à vida, à liberdade e à busca da felicidade, "caso signifiquem alguma coisa, devem referir-se ao direito de gozar a vida, gozar a liberdade e de aspirar à felicidade". Em seguida, diz: "eles não percebem, ou não parecem perceber, que nada que possa ser chamada de governo foi, nem nunca poderia ser, em qualquer instância, exercido à custa de um ou outro desses direitos". Bentham entendia que "em todos os casos em que se exerça um governo, um ou outro desses direitos, supostamente inalienáveis, é na verdade, alienado"[297].

Para ele, se o direito de aspirar à felicidade era inalienável, como é que tantos outros de seus concidadãos, "pela mesma injustiça e violência, tornaram-se miseráveis, tendo sua fortuna arruinada, sendo banidos e afastados de familiares e amigos?". Bentham perguntava: "acreditariam eles que são dotados de alguma santidade excepcional, algum privilégio especial, mediante os quais tais coisas lhes são permitidas, mas não são permitidas ao restante do mundo?". O seu último questionamento era o seguinte:

> Entre os atos de coerção – atos por meio dos quais a vida e a liberdade são extintas e a busca da felicidade é reprimida -, são ilegítimos apenas aqueles sobre os quais sua delinqüência se fez recair, e os quais são exercidos por governos regulares, há muito estabelecidos e adaptados?[298]

Segundo Richard Posner, Bentham não apreendeu nem a lição positivista da "Revolução Americana – as possibilidades de institucionalização de um equilíbrio pluralista de poderes – nem a lição negativa da Revolução Francesa – os perigos do jacobinismo"[299]. Percebe-se que o pai do utilitarismo realmente não estava de acordo com a Declaração de Independência dos Estados Unidos. Todavia, também fica claro

---

[296] ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 71.

[297] Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1780/89), Ed. J. H. Burns e H. L. A. Hart, Intro, F. Rose (Oxford, 1996), p. 311; The works of Jeremy Bentham, ed. John Bowring, 11 vols. (Edimburgo, 1838-1843), x, p. 63), p. 145.

[298] Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1780/89), Ed. J. H. Burns e H. L. A. Hart, Intro, F. Rose (Oxford, 1996), p. 311; The works of Jeremy Bentham, ed. John Bowring, 11 vols. (Edimburgo, 1838-1843), x, p. 63), p. 146.

[299] POSNER, Richard. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 57.

que a maioria das suas críticas foi derrubada pela história. Bentham, nesse ponto, se enganou completamente e suas críticas se perderam no tempo.

6.9 Os Federalistas

No intervalo entre a Declaração de Independência e a divulgação da Constituição dos Estados Unidos, muito se debateu acerca do modelo ideal de pacto celebrado entre as colônias, se o ideal seria uma confederação (como era) ou a adoção e uma federação. Essa discussão foi imortalizada pelos artigos de O Federalista, cujos argumentos lançados ao público muitas vezes diziam respeito à felicidade.

Em o Federalista nº 1, de Alexander Hamilton, ao introduzir os dilemas decorrentes da necessidade de escolha entre uma federação ou uma confederação, o autor afirma que o assunto dispensava comentários quanto à própria importância, "incluindo em suas conseqüências nada menos do que o bem-estar das partes que a compõem[300]. Depois de, no mesmo texto, frisar se tratar se um assunto "de extrema importância para vosso bem-estar", Hamilton, fazendo alusão à necessidade de adoção, por parte da futura federação, de uma Constituição, registra ser este "o caminho mais seguro para vossa liberdade, dignidade e felicidade"[301].

O Federalista nº 5, de John Jay, recorda a rainha Ana, em sua mensagem de 1º de julho de 1706, ao Parlamento escocês, quando fez observações a respeito da importância da União constituída pela Inglaterra e pela Escócia. Ele transcreveu o seguinte trecho da fala da Rainha:

> Recomendamos com a maior veemência que tenhais ponderação e unanimidade nesta grande e pesada tarefa, que a união chegue a uma acertada conclusão, por ser o único meio eficaz de assegurar nossa felicidade, e que decepcione os desígnios de nossos e vossos inimigos, que certamente, nesta oportunidade, empenham o máximo de seus esforços no sentido de impedir ou retardar esta união[302].

James Madison, em o Federalista nº 10, afirmou que a "questão resultante é se repúblicas pequenas são mais propícias do que as grandes à eleição de adequados

[300] HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 33.
[301] HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 35.
[302] HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 49.

guardiães do bem-estar público"[303]. Em o Federalista nº 14, tratou da questão da felicidade da seguinte forma:

> Fechai os ouvidos às vozes falsas que vos dizem que os habitantes da América, unidos como estão por tanto laços de afeto, não podem mais viver juntos como membros da mesma família, não são mais capazes de continuar como guardiães de sua mútua felicidade e deixarão de ser os concidadãos de um grande, respeitável e florescente império[304].

Madson continuou suas advertências. Ele disse: "a tentativa mais imprudente é a de subdividirmo-nos, sob o pretexto de preservar nossas liberdades e promover nosso bem-estar". Em seguida: "A este denodado espírito a posteridade ficará em débito pela posse, e o mundo pelos exemplos, de números das inovações apresentadas no cenário americano em favor dos direitos privados e da felicidade do homem".

O bem-estar é destacado por Alexander Hamilton em o Federalista nº 15, quando afirma: "procurei, meus caros concidadãos, apresentar-vos, sob uma luz clara e convincente, a importância da União para a vossa segurança política e bem-estar". Registra ainda haver "forças para destruir o engodo fatal que durante tanto tempo nos desviou dos cainhos da prosperidade e do bem-estar". Para encerrar, consigna:

> Esta simples proposição nos ensinará o quanto é frágil a esperança de e as pessoas investidas da autoridade de administrar os assuntos de determinados membros de uma confederação constantemente estarão prontas, com perfeito bom humor e desapaixonado respeito pelo bem-estar público, a executar as resoluções ou decretos da autoridade superior[305].

Em o Federalista nº 34, Hamilton fala que permanecer na situação que estavam equivaleria a "retirar os recursos da comunidade das mãos do que deles necessitam para atender o bem-estar público e entregá-los a outras que talvez não tenham oportunidade ou destino para seu emprego"[306].

James Madison lembra, em o Federalista nº 41, que a Constituição proposta trazia o poder "de criar e arrecadar impostos, taxas, deveres e tributos, a fim de pagar as dívidas e prover a defesa comum e o bem-estar geral dos Estados Unidos",

---

[303] HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 81.
[304] HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 104.
[305] HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 112.
[306] HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 215.

correspondendo a uma ilimitada concessão para o exercício de qualquer poder que seja alegado como necessário para a defesa comum ou para o bem-estar geral[307].

O Federalista nº 57 diz que "o objetivo de qualquer constituição política é – ou deve ser – antes de tudo escolher como dirigentes as pessoas mais capacitadas para discernir e mais eficientes para assegurar o bem-estar da sociedade"[308].

Já o Federalista nº 63, fala que contra a força dos representantes direto do povo, nada se poderá manter, nem mesmo a autoridade constitucional do Senado, mas tal demonstração de esclarecida conduta política e dedicação ao bem-estar limitada àquele ramo do legislativo as afeições e o apoio de todo o conjunto do próprio povo[309].

Percebe-se, portanto, que o célebre debate entre os federalistas também teve como pano de fundo as concepções de felicidade existentes à época, mostrando a natural e constante associação entre felicidade e constitucionalismo.

6.10 Bill of Rights

Quando James Madison propôs um conjunto de emendas na forma de uma Declaração de Direitos, a serem anexadas à Constituição dos Estados Unidos, ele associou felicidade com vida, liberdade, propriedade e segurança:

> O governo é instituído e deve ser exercido em benefício do povo, e consiste no gozo da vida e da liberdade, com o direito de adquirir e usar a propriedade e de, em geral, possuir e obter felicidade e segurança[310].

Contudo, a Constituição dos Estados Unidos ficou com "propriedade" ao lado da vida e liberdade. A propriedade no século XVIII era um valor associado com a busca da felicidade, ocupando seu lugar ao lado da vida, liberdade e segurança, como direitos básicos merecedores de proteção do governo.

O *Bill of Rigths*, marchou para novos ideais não contemplados até então, daí a busca da felicidade ter ficado de fora. Todas as referências à felicidade foram retiradas dos debates finais sobre a Declaração de Direitos da Constituição.

---

[307] HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 263.
[308] HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 353.
[309] HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 393.
[310] Madson citado em Maier, p. 21.

6.11 As Constituições Estaduais

Apesar de não haver qualquer menção à felicidade na Constituição norte-americana, os estados-membros passaram a introduzir, em suas constituições, direitos à vida, liberdade e a busca da felicidade. Quase dois terços dos estados norte-americanos (33) têm o direito à busca da felicidade inserido em suas constituições[311]. A Constituição de Nova York (1777) cita a Declaração de Independência em seu preâmbulo. Já a de Ohio, logo no seu artigo 1º, diz:

> Todos os homens são, por natureza, livres e independentes, e têm certos direitos inalienáveis, entre os quais os de desfrutar e defender a vida e a liberdade, adquirir, possuir, e proteger a propriedade, e buscar obter felicidade e segurança.

Percebe-se a influência que a Declaração de Independência teve sobre todas as constituições estaduais espalhadas pelos entes federados nos Estados Unidos.

6.12 O Legado

Thomas Jefferson deixou um grande legado. Em 1857, Abraham Lincoln disse: "A afirmação de que 'todos os homens são criados iguais' não foi de nenhuma utilidade no sentido de levar a cabo nossa separação da Grã-Bretanha; e foi plantada na Declaração não para isso, mas para uso futuro"[312]. Para Lincoln, Jefferson merecia todas as honras, pois mesmo sob pressão concreta de uma luta pela independência nacional por um único povo, "teve a calma, a visão e a capacidade de introduzir, em um documento meramente revolucionário, uma verdade abstrata, aplicável a todos os homens e a todas as épocas"[313].

---

[311] Formulações similares vinculando felicidade, vida, liberdade e propriedade sobreviveram nos textos de numerosas constituições estadunidenses, inclusive da Virgínia (1776), Pensilvânia (1776), Vermont (1777), Massachussets (1780) e New Hampshire (1784). As constituições da Geórgia (1777), Carolina do Norte (1776), Nova Jersey (1776) e Nova York (1777) evocam a felicidade sem qualquer referência à propriedade (18). ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 331-332. The Federal and State Constituions, Colonial Charters and Others Prganic Law of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America, Ed. Francis Newton Thorpe, 7 vols. (Washington, 1909), III, p. 1686 (Maryland); v, p. 2789 (Carolina do Norte); v, p. 3081 (Pensilvânia); II, p. 778 (Geórgia); vi, 3248 (Carolina do Sul); v, pp. 2625-8 (Nova York); iii, p. 1889 (Massachussets); vii, p. 3813 (Virgínia); Maier, American Scripture, pp. 165-7.).

[312] Abraham Lincoln, Speech at Springfield, Illinoi (26 de junho de 1857), em The Collected Works of Abraham Lincoln, Ed. Roy P. Basler, 9 vols (New Brunswick, NJ, 1953-1955), II, p. 406. p. 27.

[313] Nota 84, Abraham Lincoln, Speech at Springfield, Illinoi (26 de junho de 1857), Lincoln a Henry L. Pierce e outros, 6 de abril de 1859, em The Collected Works of Abraham Lincoln, Ed. Roy P. Basler, 9

A impressão que a Declaração de Independência causou a John Adams também foi a melhor possível. Para ele, tratava-se de "ato memorável, por meio do qual [os Estados Unidos] assumiram posição igual entre as nações"[314].

Em 1787, um crítico da realeza francesa, o abade Genty, registrou: "A independência dos anglo-americanos é o acontecimento mais propício a acelerar a revolução que deve trazer felicidade à terra". Para ele, "é no seio dessa república nascente que se acham os verdadeiros tesouros que enriquecerão o mundo"[315].

Na sua última década de vida, Jefferson viu crescer o interesse das pessoas pela Declaração, que passou a ser vista com um exemplo da "boa escrita americana". Em 4 de julho o país pára para homenagear sua Independência[316]. A Declaração deixou de ser um símbolo e começou a inspirar o mundo, que passou a tê-la como referência quando da elaboração de declarações de independências de outros Estados.

A Declaração de Independência do povo haitiano, de 1º de janeiro de 1804, diz:

> (...)
> Nativos do Haiti, meu feliz destino me reserva ser um dia a sentinela que deve defender o ídolo ao qual agora fazemos sacrifícios. Envelheci lutando por vocês, por vezes praticamente só; e se tenho sido feliz o bastante para lhes restituir o dever sagrado que me foi confiado, recordem-se que cabe a vocês, no presente, protegê-lo. Ao lutar por sua liberdade, trabalhei por minha própria felicidade: antes que seja consolidada por leis que assegurem as liberdades individuais, seus chefes, que aqui reuni, e eu mesmo devemos-lhes esta última prova de nossa lealdade. (...)
> Generais e outros chefes, unam-se a mim pela felicidade de nosso país: é chegado o dia – o dia que perpetuará eternamente nossa glória e independência.
> (...)
> Se alguma vez se recusarem ou receberem com queixas as leis que o anjo protetor que guarda seus destinos me irá ditar para sua felicidade, vocês merecerão o destino de um povo ingrato[317].

Por sua vez, a Declaração Venezuelana de Independência, de 5 de julho de 1811: traz os seguintes trechos exortando a felicidade:

> (...)
>
> Sempre surdos aos gritos de nossa justiça, os governos da Espanha empenharam-se em desacreditar em nossos reforços, declarando-nos criminosos e selando com a

---

vols. (New Brunswick, 1953-1955), II, p. 407; III, p. 376; Merrill D. Peterson, 'This Grand Pertinacity: Abraham Lincol and the Declaration of Independence (Fort Wayne, 1991); Garry Wills, Lincoln at Gettysburg: The Words That Remade America (Nova York, 1992), pp. 99-132. pp. 84-85.

[314] Apud, ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 59.

[315] Apud, ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.19.

[316] Pauline Maier, American Scripture: Making The Declaration of Independence (Nova York, 1997), pp. 154-208.

[317] ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 162-163.

> infâmia e recompensando com o cadafalso e o confisco todas as tentativas que, em diferentes períodos, alguns americanos fizeram pela felicidade de seu país, como aquela que ultimamente nos ditou a nossa própria segurança, para não nos vermos envolvidos na desordem que pressentíamos e sermos conduzidos à horrorosa sorte que vamos já afastar de nós para sempre.
> Mas nós, que nos regozijamos por alicerçar nosso proceder em princípios melhores, e que não desejamos estabelecer nossa felicidade sobre a desgraça de nossos semelhantes, consideramos e declaramos nossos amigos, companheiros em nosso destino e partícipes de nossa felicidade, aqueles que, unidos a nós por laços de sangue, língua e religião, sofreram os mesmos males na ordem anterior, desde que reconheçam nossa independência absoluta, deles e de qualquer outros controle estrangeiro, ajudem-nos a sustentá-la com sua vida, sua fortuna e seus juízos, declarando-nos e reconhecendo-nos (assim a todas as demais nações) como inimigos da guerra, e amigos, irmãos e compatriotas da paz.
> (...)
> Também estamos cientes de que, uma vez podendo superá-los, a vergonhosa submissão a eles seria mais ignominiosa para nós e mais funesta para nossa posteridade do que nossa longa e dolorosa servidão, e que é nosso indispensável dever favorecer nossa preservação, segurança e felicidade, alternado essencialmente todas as formas de nossa constituição anterior[318].

Há também a Declaração Unânime de Independência elaborada pelos Delegados do Povo do Texas , em 2 de março de 1836, que fala do direito à busca da felicidade nos exatos termos da Declaração de Independência. Vejamos trechos:

> Quando um governo cessou de proteger a vida, a liberdade e a propriedade do povo, do qual derivam seus legítimos poderes, e de promover a felicidade deste povo, motivo pelo qual foi instituído; e longe de ser uma garantia em favor de seus direitos inestimáveis e inalienáveis, torna-se um instrumentos nas mãos de governantes perversos para a opressão desse povo.
> (...)
> Quando em conseqüência de tais atos de malevolência e seqüestro por parte do governo, a anarquia prevalece, e a sociedade civil desmembra-se em seus elementos originais, em tal crise, a primeira lei da natureza, o direito de autopreservação, o direito inerente e inalienável do povo de apegar-se aos primeiros princípios e tomar suas questões políticas nas próprias mãos em casos extremos, impõe-se como um direito voltado para si mesmo e um dever sagrado para com a posteridade, de abolir tal governo, e criar outro em seu lugar, planejado para salva-lo de perigos iminentes, e assegurar seu bem-estar e felicidade[319].

A Declaração de Independência dos Representantes do Povo da Nação Liberiana, de 16 de julho de 1847, diz que

> Todo povo tem o direito de instituir um governo, e de escolher e adotar o sistema ou forma de governo que, em sua opinião, cumprirá mais efetivamente tais objetivos e assegurar a sua felicidade, que não interfere com o justo direito de outros[320].

[318] ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 167-169.
[319] ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 173-174.
[320] ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 179.

A Declaração, noutro ponto do seu texto, dispõe que a "Libéria é o lar feliz de milhares – e de milhares que antes eram vitimas amaldiçoadas da opressão".

Por fim, temos a Declaração de Independência da República Democrática do Vietnã, de 2 de setembro de 1945, segundo a qual todos os homens são criados iguais e são dotados "pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade". A Declaração traz em seu texto que essa afirmação imortal "foi feita na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América em 1776". Em sentido mais amplo, significa: "todos os povos na Terra são iguais desde o nascimento; todos os povos têm direito de viver, de ser felizes e livres"[321].

Como se percebe, a felicidade consta da temática constitucional desde a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), passando pelas Constituições do Japão (1947), Coréia (1948), da República Francesa de 1958 e Butão (2008) até chegar à Organização das Nações Unidas (2011) que aprovou uma resolução indicando que os governos devem elaborar suas políticas visando a felicidade. Daí o filósofo André Comte-Sponville afirmar que "nos dias atuais, a felicidade não é mais uma promessa nem uma ideia política. Tornou-se um direito e, até mesmo, um dever"[322].

Essa foi a trajetória experimentada nos Estados Unidos na construção da expressão direito à busca da felicidade. Como se viu, uma sucessão de episódios de naturezas variadas que se desenvolveu ao longo da luta norte-americana pela emancipação quanto à Grã-Bretanha. Fica clara toda a soberba de Jeremy Bentham na sua manifestação a respeito da Declaração: "Como essa declaração pode impactar outros, é farto que desconheço"[323]. Ledo engano.

---

[321] ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 189.

[322] COMTE-Sponville, André. (La plus belle histoire du bonheur). A mais bela história da felicidade: a recuperação da existência humana diante da desordem do mundo. André Comte-Sponville, Jean Delumeau, Arlette Farge. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Difel, 2010, p. 14.

[323] ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 154.

7. A REVOLUÇÃO FRANCESA E A FELICIDADE

7.1 O Ambiente

A Revolução Francesa, assim como a Independência dos Estados Unidos e, como veremos à frente, a Independência do Brasil carregou como bandeira um compromisso com a felicidade das pessoas, fazendo com que esse ideal se espalhasse por vários países do mundo. É importante conhecer como se deu esse movimento e as razões pelas quais se creditou à felicidade tanto relevo. Assim, poderemos compreender melhor o fenômeno da teoria da felicidade chegando ao Brasil e, consequentemente, as razões pelas quais hoje se debate, mais uma vez, esse assunto.

Segundo Marcelo Figueiredo, a Declaração de Virgínia de 1776 e a francesa de 1789 "são marcos importantes que serviram como propulsores da disseminação e incorporação, nas Constituições da Europa e da América, dos direitos individuais e de suas garantias". Ele afirma que "todo o momento revolucionário, carregado de emoções e ideais, tem características próprias". Para Marcelo, "com idas e vindas, correntes por todos nós conhecidas, a Revolução Francesa se apresentou com um mosaico de grupos, idéias e tendências sobre o exercício do poder"[324].

Em 1763, o abade de Mably, historiador, jurista e pensador francês, disse haver "um desejo insaciável de felicidade", de forma que a única "boa política" para os homens "é a arte de fazê-los felizes". Na França, o século das luzes foi o século dos prazeres. Antes que os jacobinos e girondinos, de 1789, proclamassem o ano I da felicidade política, as pessoas tentaram desfrutar da felicidade misturando "algumas alegrias carnais à efervescente curiosidade intelectual". A felicidade foi, no decorrer dos tempos, representada por várias formas. Além do período helenístico, a França do século XVIII conseguiu reunir elementos uniformes quanto à felicidade. Nesse período, predominou o hedonismo entre algumas classes sociais, voltando-se para qual "tipo de prazer poderia ser mantido mais estavelmente" [325].

Para Eric Hobsbawn, "se a economia do mundo do século XIX foi formada principalmente sob a influência da revolução industrial britânica, sua política e

[324] FIGUEIREDO, Marcelo. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.
[325] COMTE-Sponville, André. A mais bela história da felicidade: a recuperação da existência humana diante da desordem do mundo. André Comte-Sponville, Jean Delumeau, Arlette Farge. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Difel, 2010. Tradução de: La plus belle histoire du bonheur, p.13.

ideologia foram formadas fundamentalmente pela Revolução Francesa"[326]. Difícil enxergamos outro movimento tão influente na bases do constitucionalismo contemporâneo. As mentes da época ofertaram um recado difícil de esquecer: o mundo da justiça é o mundo constitucional e sua finalidade é a felicidade coletiva.

7.2 A Aproximação com a Revolução Norte-Americana

Nada obstante tenhamos diferenças entre a revolução norte-americana e a francesa, há muitos pontos em comum. Foi em decorrência do apoio que a França deu aos Estados Unidos para a sua independência da Grã-Bretanha que tivemos a bancarrota dos cofres franceses. A estrutura fiscal e administrativa da monarquia francesa estava combalida. As reformas de 1774-1776 fracassaram em grande parte pela oposição dos *parlements*. Por esta razão se diz que a Revolução Americana foi a causa direta da Revolução Francesa[327].

Georges Lefebvre admite que os Constituintes conheciam a Constituição norte-americana, particularmente a proclamada pela Virginia, em 10 de maio de 1776. Entre elas e a Declaração de 1789, há identidade de inspiração e conteúdo. Ele recorda que, "desde janeiro de 1789, La Fayette dedicava-se ao seu projeto juntamente de Jefferson; o texto por ele apresentado em 11 de julho à Assembleia Nacional bem como a carta a ela dirigida foram encontrados entre os documentos do embaixador dos Estados Unidos, que os anotou de próprio punho"[328].

Jeremy Bentham, pai da doutrina utilitarista, também via ligação entre as revoluções[329]. Contudo, recusava os direitos naturais como bens protegidos juridicamente. Referindo-se à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, dizia que atribuir às leis à natureza e extrair direitos naturais de tais leis era um "disparate

---

[326] HOBSBAWN, Eric J. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. A era das revoluções, 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, p. 97.
[327] HOBSBAWN, Eric J. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. A era das revoluções, 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, p. 104.
[328] LEFEBVRE, Georges. 1789. O surgimento da Revolução Francesa. Tradução de Cláudia Schiling. Rio de Janero: Paz e Terra, 1989, pp. 260-261.
[329] Jeremy Bentham a John Lind, setembro de 1776, American Delcaration Hints B.", BL ADD. MS 33551, fols. 359-r-60v, publicado em The Correspondence of Jeremy Bentham, Ed. Ger. Tomothy L. S. Sprigge, 12 vols até o presente (Londres e Oxford, 1968-), vol I, pp. 341-4; Douglas J. Long, Bentham on Liberty: Jaremy Bentham´s Idea of Liberty em Relation to this Utilitarianism (Toronto, 1977), pp. 51-4; H. L. A. Hart, The United States of America, em Hart, Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory (Oxford, 1982), pp. 63-65.

retórico, um disparate sobre pernas de pau"[330]. É importante deixar claro que o fato de Bentham ser um positivista, não quer dizer que ele desconsiderava os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. O que ele negava é que a natureza era fundamento de validade das leis, todavia, não ignorava que, uma vez a constituição contemplando direitos, eles precisam ser concretizados. Quando abordamos a questão da jurisdição constitucional trataremos de Hans Kelsen e veremos que ele, positivista, foi um defensor dos direitos fundamentais, principalmente das minorias. Não há qualquer conexão entre o afastamento de Bentham quanto ao reconhecimentos dos direitos naturais e uma possível negativa de proteção judicial aos direitos fundamentais.

A Revolução Francesa, apesar de contar com elementos distintos da norte-americana, encontrou, nela, uma inspiração. Se revolucionários franceses comentassem que estavam analisando documentos divulgados pelos americanos, a exemplo da Declaração de Independência, pairaria sobre eles suspeitas de insurreição. Temia-se "a destruição da ordem política e diplomática do mundo atlântico"[331].

7.3 A Teologia do Direito Constitucional

A Revolução na França tinha alma constitucionalista: crença no Estado Constitucional e compromisso com a felicidade. O burguês de 1789 não era um democrata, mas um devoto do constitucionalismo, que correspondia a "um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e um governo de contribuintes e proprietários". Hobsbawn lembra que "o Rei não era mais 'Luís, pela Graça de Deus, Rei da França e Navarra', mas 'Luís, pela Graça de Deus *e do Direito Constitucional* do Estado, Rei dos franceses'"[332]. A Graça concedida a Luís que o fez ser Rei dos franceses não era devida só a Deus, ela também era oriunda do "glorioso" Direito Constitucional. Sai a monarquia teocrática, entra a monarquia constitucional.

É certeira a consideração de Hobsbawn ao tocar no ponto da associação entre Deus e o Direito Constitucional. A socióloga alemã Ingenborg Maus afirma que a

---

[330] Jeremy Bentham, Nonsense upon Stilts (1792), em Bentham, Rights, Representation, and Reform: Nonsense upon Stilts and Other Writtings on the French Revolution, Ed. Philip Schofield, Catherine Pease-Watkin, and Cyprian Blamires (Oxford, 2002), p. 330.).

[331] R. R. Palmer, The Age of the Democratic Revolution, 2 vols. (Princeton, 1959-1964); David Armstrong, Revolution and World Order: The Revolutionary State in International Society (Oxford, 1993), caps 2 e 3; Mlada Bukovansky, Legitimacy and Power Politics: The American and Freench Revolution in International Political Culture (Princeton, 2002), p. 60.

[332] HOBSBAWN, Eric J. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. A era das revoluções, 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, p. 107.

ascensão da jurisdição constitucional confere uma compreensão, por parte da população, com traços de veneração religiosa. Seria a "Teologia da Constituição" ou a "Teologia da Lei Fundamental". Erich Kaufmann, sobre a realidade alemã, afirmou: "com a supressão da monarquia, perdeu-se um símbolo de unidade importante para o povo alemão e, como substitutivo, oferecem-se os direitos fundamentais da nova Constituição – e seus intérpretes, os juízes"[333].

7.4 O Projeto Constitucional de Felicidade

A França vivenciou, como nenhum outro país, uma efervescência intelectual absolutamente voltada para a felicidade. Consta no preâmbulo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: "A ignorância, o esquecimento ou o desprezo pelos direitos do homem são as únicas causas da infelicidade e da corrupção dos governos".

Georges Lefebvre recorda que, na terça-feira, 4 de agosto, a Assembleia reuniu-se às oito horas. O Visconde de Noailles, cunhado de La Fayette, subiu à tribuna: "Com todas as diferenças que existiram entre os representantes da nação, os habitantes do campo puderam conhecer pessoas, autorizadas por eles, que tinham em mente sua felicidade, e pessoas poderosas que se opunham a ela"[334] - registrou.

Marat, no nº 7 do *L'Ami Du peuple*, advertiu: "O pobre povo não morrerá mais de fome [...] Mas essa felicidade se desvanecerá logo como um sonho se não fixarmos em nosso meio a residência da família real até que a Constituição esteja completamente consagrada[335].

A nova Constituição francesa dava ao povo o sufrágio universal, o direito de insurreição, trabalho ou subsistência, e a declaração oficial de que a felicidade de todos era o objetivo do governo. "Foi a primeira Constituição genuinamente democrática proclamada por um Estado moderno" – afirma Hobsbawn [336]. Segundo o Historiador, cada pessoa procurava aumentar ao máximo suas satisfações e "diminuir seus desprazeres, nisto igual a todos os outros, não reconhecendo limites ou direitos de

[333] MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade. Tradução Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
[334] LEFEBVRE, Georges. 1789. O surgimento da Revolução Francesa. Tradução de Cláudia Schiling. Rio de Janero: Paz e Terra, 1989, pp. 204-205.
[335] MOTA, Carlos Guilherme. 1789-1799: a Revolução Francesa. São Paulo: Perspectiva, 2007. L'Ami Du peuple participa da alegria de seus caros concidadãos, mas não se entregará ao sono [...]. [em História da Revolução Francesa, de Albert Soboul, p. 135.
[336] HOBSBAWN, Eric J. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. A era das revoluções, 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, p. 121.

interferência em suas pretensões". Cada homem era naturalmente possuído de "vida, liberdade e busca da felicidade, como dizia a Declaração de Independência dos Estados Unidos", nada obstante "pensadores liberais mais lógicos preferissem não colocar isso na linguagem dos 'direitos naturais'"[337].

Como dito no parágrafo acima, a Constituição de 1791, ao tratar do sufrágio, usou a expressão "todos os cidadãos" (art. 6º), contudo, a Assembléia recusara o direito de voto aos cidadãos passivos, isto é, aqueles que não pagavam tributo público de pelo menos o valor de três jornadas de trabalho. Também os norte-americanos ainda não tinham instituído o sufrágio universal. Paulo Bonavides esclarece que as restrições ao sufrágio, antes que a democracia abrangesse todas as classes, mostra que "a Revolução Francesa não derrogava a totalidade dos privilégios que obstruíam a participação ativa do povo na escolha de seus governantes". Para ele, "as idéias imediatamente vitoriosas, semeadas naquele catecismo político, foram, sobretudo, as de liberdade, e não as de democracia, a menos que se entenda esta num sentido de aplicação restrita"[338].

Robert Mauzi realizou estudos sobre a felicidade no século XVIII. Ele sugere que a definição mais geral de felicidade, que comunicaria *L'esprit Du siècle,* seria: "A felicidade é o estado de uma alma que resolveu o antagonismo fundamental entre a tentação da vertigem e o sonho do repouso, entre o movimento e a imobilidade"[339].

Helvétius descreveu os seres humanos como calculadoras de prazer e dor, felicidade e infelicidade. Já o marquês de Chastellux propôs uma ciência da felicidade mensurável, oferecendo "índices de felicidade" para explicar o destino das sociedades. O bispo de Pouilli chegou a falar em um termômetro do espírito. Para o marquês d'Argens, a felicidade verdadeira exige três coisas: "Não ter qualquer acusação criminal contra si; saber como se fazer feliz no estado onde o céu nos colocou e onde somos obrigados a permanecer, e gozar de perfeita saúde"[340].

O pensamento voltado para a felicidade não pára. O teólogo abade Pluquet, em 1767, à frente da cadeira de filosofia moral no *Collège de France*, publicou livro saudando a "revolução do espírito humano" possível graças à união entre a filosofia, a literatura e os métodos das ciências exatas. Juntos, escreveu ele, os que trabalhavam

---

[337] HOBSBAWN, Eric J. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. A era das revoluções, 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, pp. 371-372.
[338] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 68.
[339] Robert Mauzi, Maintenant sur ma route... (Paradigme, 1994), 19. Ver também Robert Mauzi, L'Idèe Du bonheur au XVIII siècle (Librairie Armand Colin, 254-255), p. 206.
[340] Jean-Baptiste Boyer, Marquis d'Argens, "Sur La Vie hereuse" (On the Happy Life), citado em Robert Mauzi, L'Idée Du bonheur au XVIII siècle (Genève, Slatkine Reprints, 1979), 110, p. 169.

nestas disciplinas estavam produzindo uma nova ética, que une "o espírito científico e o amor pela beleza e permite que uma verdadeira ciência da felicidade seja acessível a toda a humanidade"[341].

O padre jesuíta e cientista, Pierre Teilhard de Chardin, viajou o mundo participando de escavações paleontológicas, deu palestras e escreveu sobre a ciência, sobre a evolução dos seres humanos e sobre o cosmos. Ele refletiu sobre a natureza da felicidade e também sobre a forma pela qual o temperamento e a experiência influenciaram sua percepção. A Igreja proibiu-o de publicar seus escritos. Numa palestra, em 1943, *Sobre a felicidade*, Teilhard citou a frase "*De vita beata*" (Sobre a vida feliz), perguntando o que de fato seria tal vida. Ele apontou três atitudes: a visão cansada e limitada, tal qual o pessimismo de Schopenhauer, mas geralmente apenas busca a tranqüilidade que vem ao diminuir as necessidades, sentimentos e desejos; a abordagem do hedonista, ou de quem busca o prazer, apreciando cada momento e cada coisa por si mesmos; e a concepção do entusiasta de viver como uma ascensão e descoberta, para quem "o homem feliz é quem, sem qualquer busca direta pela felicidade, inevitavelmente encontra a alegria como uma bonificação extra enquanto se avança rapidamente para obter a completude e finalidade de seu próprio eu"[342].

Jean Jacques Rousseau, por sua vez, registrou:

> Como dizer o que não foi dito, feito ou mesmo pensado, mas apenas experimentado, apenas sentido, sem qualquer outro objeto de minha felicidade além desta emoção em si? Eu nasci com o sol e estava feliz; fui caminhar e estava feliz; vi mamãe e estava feliz; eu a deixei e estava feliz; saí pela floresta e pelas colinas; perambulei pelos vales, li e vadiei; trabalhei no jardim, colhi frutas, ajudei nos trabalhos domésticos, e a felicidade me seguiu em todos os lugares[343].

Mesmo com a chegada do século XIX, a teoria da felicidade persistia. Charles Fourier disse que "felicidade consiste em ter muitas paixões e muitos meios de satisfazê-las". Ele afirma ainda: "nós temos poucas paixões e mal temos os meios suficientes para satisfazer um quarto delas. É por isso que nosso mundo é no momento um dos mais miseráveis do universo"[344].

A busca francesa por liberdade pressupunha a maximização da felicidade para o maior número de pessoas possível, bem como a diminuição das dores. O que se tem

[341] Abbé Pluquet, De La Sociabilité (Chez Barrois, 1767).
[342] Pierre Teilhard de Chardin, Sur Le bonheur, On Happiness (Harper & Row, 1973), 10.
[343] Jean Jacques Rousseau, Confissões, 1782. Les Confessions (Paris: Editions Garnier Frères, 1964), 259.
[344] Charles Fourier, Théorie dês quatre mouvements et dês destinées générales; Theory of the Four Movements, Gareth Steadman Jones e Ian Patterson (orgs.) (Cambridge University Press, 1996), 95.

aqui é exatamente a proposta de Jeremy Bentham. No liberalismo clássico, os objetivos sociais correspondiam à soma aritmética dos objetivos individuais. A felicidade "era o suprimento objetivo de cada indivíduo; a maior felicidade do maior número de pessoas era claramente o objetivo da sociedade"[345] – diz Hobsbawn. Nesse sentido, Emmanuelle Jouannet afirma que o princípio da utilidade "é bem acolhido na Europa continental do século das Luzes porque ele corresponde perfeitamente à evolução dos costumes da época, dos ideais eudemonistas e das atividades mercantis e econômicas da época"[346].

A partir dessa maturação ideológica, a França passou a divulgar inúmeros documentos alçando a felicidade como objetivo geral do Estado e da Constituição. Em várias temáticas a felicidade apareceu amparada pelo desejo do constitucionalismo.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, dispunha que as reivindicações dos cidadãos deveriam se prestar a conservar a Constituição e a felicidade. Robert Owen, diz se tratar de uma exortação ao projeto constitucional de felicidade coletiva como compromisso maior do constitucionalismo. Ele afirma que, pela Declaração, "o objetivo primordial e necessário de toda a existência deve ser a felicidade", todavia, "é inútil esperar-se pela felicidade isolada; todos devem compartilhar dela ou então a minoria nunca será capaz de gozá-la"[347].

Menos de dois anos depois, a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, de Olympe de Gouges, em setembro de 1791, trouxe, em seu preâmbulo, a determinação de que todas as reclamações das cidadãs deveriam servir para a manutenção "da Constituição, dos bons costumes, e para a felicidade de todos". Ao assegurar os direitos das mulheres, entrelaça Constituição, bons costumes e a felicidade. Para não gerar qualquer dúvida, fala em "felicidade de todos". A felicidade coletiva era o grande projeto constitucional daquela nação e se revestia de matizes universais.

Em 24 de julho de 1793, a Convenção Nacional aprovou a Constituição francesa, tendo como preâmbulo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O preâmbulo é contundente: "Para que o povo tenha sempre diante dos olhos as bases de sua liberdade e de sua felicidade". O artigo 1º é ainda mais direto: "O objetivo da

[345] HOBSBAWN, Eric J. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. A era das revoluções, 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, p. 372.
[346] Emmanuelle Jouannet é professora da Université Paris I (École de droit de la Sorbonne). Sua área de concentração é o direito internacional. Cf. JOUANNET, Emmanuelle. Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international, Bruylant, 2011, (Collection de droit international, n°69). O trecho transcrito consta no capítulo V, intitulado "La finalité providentialiste du droit des gens moderne: Bonheur des peuples et perfectionnement des États".
[347] OWEN, Robert. The Book of The New Moral World, parte IV, p. 54.

sociedade é a felicidade comum". A felicidade era a razão de ser daquele movimento constitucional. Para Michel Volelle, "a nova declaração é revolucionária pela atenção que dá àquilo que chamaríamos hoje de direitos sociais no campo material e espiritual: o direito à felicidade comum"[348].

A marcha francesa rumo à felicidade atrelada ao constitucionalismo prosseguiu. Trechos dos relatórios do pensador Saint-Just – para quem a felicidade era uma ideia nova na Europa[349] -, sobre os decretos de 8 e 23 de ventoso do ano II, de 26 de fevereiro e 3 de março de 1794, proclamava que "os infelizes são as forças da terra; eles têm o direito de falar como donos aos governos que os negligenciam". Segundo Volelle, o trecho visava beneficiar os indigentes com o sequestro dos bens dos suspeitos. Ele contextualiza a situação afirmando que tabelas com o recenseamento dos indigentes foram pedidas às comunas, "mas a incerteza da formulação dos termos pelos quais eles seriam 'indenizados', ou a má vontade das autoridades tornaram a medida inaplicável". Volelle diz que as intenções políticas dos decretos eram "o apogeu de um sonho de política social avançada". Veremos que o sonho dessa política social avançada retornou no século XXI, por meio do então Presidente Nicolas Sarkozy, que criou uma comissão visando resgatar os ideais de felicidade coletiva e tê-los como elementos norteadores de políticas públicas a serem implementadas pelo Governo. O que se percebe é o retorno dos ideais mais nobres do constitucionalismo francês.

Quando se aboliu a escravatura, na Convenção Nacional, em 4 de fevereiro de 1794, *Lacroix (d'Eure-et Loir)* registrou: "Trabalhando na Constituição do povo francês, nós não dirigimos nosso olhar para os infelizes homens de cor"[350]. A invocação à felicidade nas discussões sobre a abolição da escravidão também encontrou eco no Brasil, por meio dos escritos de José Bonifácio Andrada, que havia morado em Paris à época da Revolução. Ele, um abolicionista intransigente, cuidando da realidade brasileira, disse ser tempo "de acabarmos gradualmente até com os últimos vestígios da escravidão, para que venhamos a formar em poucas gerações uma nação homogênea, sem o que nunca seremos verdadeiramente livres, responsáveis e felizes"[351].

---

[348] VOLELLE, Michel. A Revolução Francesa: 1789-1799. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 74.
[349] VOLELLE, Michel. A Revolução Francesa: 1789-1799. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 113.
[350] VOLELLE, Michel. A Revolução Francesa: 1789-1799. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 160.
[351] Jorge Caldeira, José Bonifácio de Andrada e Silva, p. 33-35. Carlos Guilherme Mota, José Bonifácio – patriarca da Independência, p. 48. Também em GOMES, Laurentino. 1822: Como um homem sábio, uma

O ano de 1796 na França deu espaço para a divulgação do *Manifesto dos Iguais*, escrito por Sylvain Maréchal, que dizia: "Durante quinze séculos viveste escravo e, por isso, infeliz. Há seis anos começaste a respirar à espera da independência, da felicidade e da igualdade". A proposta envolve a independência e a igualdade. Mantém a felicidade no centro das aspirações nacionais. O Manifesto registrava ainda: "teremos essa igualdade real a qualquer preço. Infelizes daqueles que encontrarmos entre elas e nós! Infelizes daquele que opuser resistência a um voto tão pronunciado!"[352].

Fica claro como o constitucionalismo francês se guiou firmemente impregnado pelas mais ousadas aspirações de felicidade.

7.5 O Constitucionalismo da Felicidade Acabou?

Há, como se viu, um legado do movimento constitucionalista cujas raízes vem da Revolução Francesa. Do início ao fim do movimento a preocupação com a felicidade foi sentida em todos os documentos mais importantes ao longo da trajetória forjada sob as ideias iluministas. O projeto constitucional tinha um fim específico e esse fim era a felicidade. Não fazia sentido pensar no projeto constitucional afastado dessa bandeira. Esse é o berço do constitucionalismo moderno. A indagação que fica, é: O que houve? Por quê nos perdemos no meio do caminho? Encontramos a resposta em Emmanuelle Jouannet, para quem "a utilidade só começará à ser realmente desprezada na Europa continental a partir do século XIX, particularmente na França, sob a influência de várias ideias, que vão do romantismo às doutrinas sociais". Ela reconhece que, somente no começo do século XX, "florescerão teorias utilitaristas anglo-saxônicas nas quais a utilidade tomará um sentido distanciado de seu sentido original ético de felicidade para identificar-se com as preferências expressadas pelos agentes consumidores"[353].

O século XXI tem início com uma tentativa de resgatar o ideal da felicidade coletiva como propósito primeiro do constitucionalismo contemporâneo na França. Essa iniciativa se deu por duas frentes: Executivo e Judiciário. À medida que o Poder

---

princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010, pp. 150-151.

[352] VOLELLE, Michel. A Revolução Francesa: 1789-1799. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

[353] JOUANNET, Emmanuelle. Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international, Bruylant, 2011, (Collection de droit international, n°69). O trecho transcrito consta no capítulo V, intitulado "La finalité providentialiste du droit des gens moderne: Bonheur des peuples et perfectionnement des États".

Executivo se debruçava na compreensão dos indicadores refinados sobre a felicidade coletiva, a jurisdição constitucional francesa se abria para o novo horizonte desbravado por todo o mundo e ainda desconhecido para ela. De uma forma sofisticada, por meio de comissões de notáveis munidos dos mais consistentes estudos acerca da felicidade coletiva como elemento norteador das políticas públicas, a França decidiu se levantar no que diz respeito ao reencontro dela com a bandeira maior do constitucionalismo. Essa aliança entre a teoria da felicidade e a jurisdição constitucional é evidente.

Desde de 1667, na França, era proibido aos juízes interpretar normas sobre cujo entendimento tivessem dúvidas, devendo, em tal caso, dirigir-se ao monarca, o qual, como autor da lei, era seu guardião e único interprete. A ideia do monarca ser o guardião da constituição tinha pressuposto teórico na obra de Benjamin Constant, que desenvolveu a ideia do *pouvoir neutre, intermédiaire* e *réguleteur* na luta da burguesia francesa por uma Constituição liberal[354]. Essa ideia foi usada no Brasil pela Constituição do Império, de 25 de março de 1824, que introduziu a figura do poder moderador. O mesmo se deu com a Constituição portuguesa, de 29 de abril de 1826 (art. 71). Essa limitação, contudo, não existe mais na França. Um amplo espaço foi aberto para o reencontro entre o constitucionalismo francês e a felicidade.

A jurisdição constitucional experimenta sabores jamais sentidos na França. A Lei de Reforma Constitucional nº 724, de 23 de julho de 2008, que teve por escopo a modernização das instituições da V República, fez a França passar a contar com um sistema repressivo de controle de constitucionalidade. Ao lado do art. 61 da Constituição francesa de 1958, foi adicionado o art. 61-1, que autoriza o Conselho Constitucional, em face de uma disposição de lei que atente contra os direitos e liberdades que a Constituição garante, e quando provocado pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação, a declarar a inconstitucionalidade da norma.

O Conselho Constitucional Francês é composto por 9 integrantes. O Presidente da República indica três membros; o Presidente da Assembléia Nacional indica outros três; e o Presidente do Senado indica os três restantes. Os ex presidentes da República francesa têm assento na Corte, na condição de "membros natos". O Presidente é apontado pelo Presidente da República. Não há limite de idade para integrar a Corte e o mandato é, para aqueles que não são membros natos, de 9 anos, sendo vedada a renovação. Não se exige nenhuma qualidade universitária ou profissional para ingresso

[354] VOLELLE, Michel. A Revolução Francesa: 1789-1799. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 194.

na Corte. Veda-se o exercício de atividade de Ministro de Estado, parlamentar, membro do conselho econômico e social ou dirigente de partido político.

No mesmo ano em que a jurisdição constitucional francesa se moderniza rompendo com o dogma da soberania do parlamento, o Poder Executivo inicia uma marcha em busca do resgate do ideal da felicidade coletiva como elemento norteador das políticas públicas, mas o faz se valendo de sofisticados mecanismos de pesquisas de amostragem e com a consistente ajuda de estudiosos premiados internacionalmente.

Em fevereiro de 2008, o então Presidente, Nicolas Sarkozy, anunciou uma iniciativa para medir o bem-estar em todo o país, como resultado de provas de que os franceses estão experimentando dificuldade crescente em suas vidas diárias. A comissão foi presidida por dois Prêmio Nobel, Joseph Stiglitz (Universidade de Columbia e ex-diretor do Banco Mundial) e Amartya Sen (Universidade Harvard). Também a compôs Jean-Paul Fitoussi, diretor de pesquisa do OFCE e professor emérito do IEP, em Paris. Eles apresentaram um relatório de 291 páginas divididos em três capítulos: (i) Questões clássicas do PIB; (ii) Qualidade de Vida; e (iii) Sustentabilidade do Bem-estar. Segundo Stiglitz, "na história, haverá um antes e um depois deste relatório"[355].

Sarkozy tinha três objetivos: (i) mostrar que as estatísticas atuais refletem mal a realidade da vida cotidiana dos cidadãos; (ii) procurar novas saídas para enfrentar problemas ambientais; e (iii) criar instrumentos de medida mais eficientes para uso do poder público. A ideia da comissão é: integrar indicadores sociais como bem-estar e a qualidade de vida no cálculo da riqueza das nações.

Portanto, após a trajetória do constitucionalismo aparentemente ter esquecido de sua bandeira primeira, o que se presencia na França atualmente é um gradual resgate desse ideal, por meio da manutenção do constitucionalismo, mas fiado na crença de que a jurisdição constitucional deve contar com amplo espaço para o seu desenvolvimento. Aliada a isso, temos a postura do Poder Executivo, de se valer de pesquisas para aferir quais políticas públicas causam felicidade ou infelicidade às pessoas, com a intenção de consagrar o bem-estar de todos, postulado clássico que também consta inúmeras vezes na Constituição brasileira de 1988.

[355]Em http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/documents/rapport_anglais.pdf. Acesso mar/2013.

8. A INDEPENDÊNCIA DO BRASIL E A FELICIDADE

8.1 O Ambiente: A Influência das Revoluções Norte-Americana e Francesa

A felicidade foi uma aspiração relevante no início da trajetória brasileira formada após a sua independência e, em seguida, da sua própria jornada constitucional. Presente nas mais relevantes manifestações da época, simbolizava um bem a ser protegido, tanto quanto o foi na Independência norte-americana e na Revolução Francesa. Temos marcos comuns nos processos políticos voltados para a exortação da felicidade como digna de amparo político e jurídico.

A Independência do Brasil se deu num contexto no qual os governos absolutistas atravessavam crises. Bandeiras burguesas começaram a ser defendidas, tais como: crítica às instituições políticas e religiosas; crença na existência de direitos naturais; defesa das formas representativas de governo; enaltecimento da soberania nacional; afirmação da supremacia das leis; e defesa dos princípios da liberdade e da igualdade.

Os principais protagonistas dos movimentos revolucionários brasileiros do período foram influenciados pelas revoluções Francesa e Americana. Emília Viotti ilustra esse raciocínio ao afirmar que "o novo instrumental crítico elaborado na Europa na fase que culminou com a Revolução Francesa iria fornecer os argumentos teóricos de que necessitavam as populações coloniais para justificar sua rebeldia". Mesmo censurados, os livros de Rousseau, Montesquieu, Raynal e Mably serviam de base teórica para as discussões dos colonos instruídos. Em Minas Gerais, os autos dos processos de Devassa mostram que as ideias revolucionárias eram definidas como "os abomináveis princípios franceses"[356]. Tiradentes foi acusado de ter tentado traduzir uma edição francesa da coleção das *Leis Constitutivas dos Estados Americanos*. Para a Coroa, o Alferes era a vítima ideal, por ser "alguém com todos os ressentimentos de um típico 'revolucionário Francês"[357]. Os inconfidentes também foram acusados de se referirem ao exemplo das colônias americanas que tinham conquistado a liberdade. Constava nos autos que muitos queriam seguir o partido francês. Em 1798, um dos envolvidos na conjura baiana foi acusado de ter concitado a que "todos se fizessem franceses" para viverem em "igualdade e abundância". Chegaram a desejar que os

[356] COSTA, Emília Viotti da. Da Monarquia à República:momentos decisivos – 9ª Ed – São Paulo: Editora UNESP, 2010, p. 28.
[357] VILLA, Marco Antônio. A históia das Constituiçcoes brasileiras. São Paulo: Leya, 2011, p. 140.

franceses conquistassem a cidade do Rio de Janeiro[358]. Insurgentes inspirados pelas constituições francesas de 1791, 1793 e 1795 promoveram, em 1817, uma insurreição em Pernambuco. Cruz Cabugá, um dos líderes, havia pendurado nas paredes de sua casa retratos dos principais líderes da Revolução Francesa e da Independência Americana.

A Independência do Brasil teve outro importante componente: o contato com as nações independentes por parte dos estudantes brasileiros que iam fazer cursos no exterior e retornavam dispostos a empunhar os ideais revolucionários. Com a efervescência do comércio de ouro, uma elite local se consolidou: "herdeiros de mineradores foram enviados para a Universidade de Coimbra, em Portugal. Vários deles tomaram contato com ideias liberais e republicanas, acompanhando o furor provocado pela revolução francesa e pela independência dos EUA".

Entre 1772 e 1785, trezentos brasileiros tinham-se matriculado na Universidade de Coimbra. Outros estavam em escolas francesas ou na faculdade de medicina de *Montpellier*. José Bonifácio de Andrada e Silva era um deles. José Álvares Maciel, de 27 anos, filho de abastado fazendeiro e comerciante, capitão-mor de Vila Rica, depois de estudar na Universidade de Coimbra, viajou à Inglaterra, passando um ano e meio pesquisando técnicas manufatureiras. Ele tinha acesso a relatos da revolução americana e chegou a discutir a possibilidade da independência do Brasil com negociantes ingleses[359]. Fora-lhe dito que o fato da América portuguesa deixar de seguir o exemplo dos norte-americanos era visto com surpresa e que qualquer iniciativa contra o domínio português teria o apoio dos empresários britânicos[360].

Emília Viotti afirma ainda que "a abertura dos portos, em 1808, e a entrada de estrangeiros em número crescente a partir dessa data, intensificando os contatos entre Europa e Brasil, facilitaram ainda mais a divulgação de idéias revolucionárias". A Historiadora registra o seguinte:

> Em conversas em casas particulares e nas esquinas, nas academias literárias, e científicas ou nas sociedades secretas, analisavam, às vezes superficialmente, os efeitos da Revolução Francesa e comentavam suas leituras, diante de um público curioso que se incumbia de passar adiante, de forma vaga e imprecisa, o que ouvia[361].

---

[358] COSTA, Emília Viotti da. Da Monarquia à República:momentos decisivos – 9ª Ed – São Paulo: Editora UNESP, 2010, p. 29.
[359] VILLA, Marco Antônio. A históia das Constituiçcoes brasileiras. São Paulo: Leya, 2011, p. 134/135.
[360] MAXWELL, Kenneth R. A Devassa da devassa: a Inconfidência Mineira, Brasil – Portugal, 1750-1808; Tradução jhoão Maia. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2010, p. 194.
[361] COSTA, Emília Viotti da. Da Monarquia à República:momentos decisivos – 9ª Ed – São Paulo: Editora UNESP, 2010, pp. 30-31.

Além da França, os Estados Unidos influenciavam as insurreições. Mesmo a formação jurídica do país era vista como referência para o Brasil Colônia. Dona Leopoldina, em carta endereçada a Schaeffer, escreveu: "(...) O governo será administrado de um modo análogo ao dos Estados Unidos da América do Norte"[362]. Havia relação entre o momento de busca pela independência no Brasil e o pensamento voltado para a busca da felicidade imortalizado por Thomas Jefferson. Em outubro de 1786, Thomas Jefferson, embaixador dos Estados Unidos na França, recebeu uma carta assinada pelo pseudônimo "Vendek", José Joaquim Maia e Barbalho, natural do Rio de Janeiro, aluno de Matemática, desde 1783, da Universidade de Coimbra. Em 1786, ingressou na faculdade de medicina de *Montpellier.* Vendek disse a Jefferson que os brasileiros tinham resolvido seguir o exemplo dos norte-americanos. Para isto, precisavam da ajuda dos Estados Unidos. Em Maio do ano seguinte, Jefferson acertou um encontro. Na oportunidade, o brasileiro afirmou que:

> Os portugueses no Brasil são poucos numerosos, em sua maior parte casados ali e esquecidos de sua mãe-pátria..., e estão dispostos a se tornar independentes {...]. Há vinte mil homens nas tropas regulares; originalmente elas eram portugueses, que já morreram e foram substituídos por nativos que constituem, presentemente, a maior parte das forças e ficarão ao lado do país em que nasceram. Os oficiais são em parte portugueses e em parte brasileiros [..] na verdade, em se tratando de evolução, há um só pensamento no país[363].

Vendek disse a Jefferson: "Cada dia se torna mais insuportável nosso estado, depois da vossa gloriosa independência, porque os bárbaros portugueses, receosos de que o exemplo seja abraçado, nada omitem que possa fazer-nos mais infelizes"[364]. Jefferson respondeu que não tinha autoridade para assumir um compromisso oficial: só podia falar em seu próprio nome. Os Estados Unidos não estavam em condições de correr o risco de uma Guerra. Queriam cultivar a amizade com Portugal, com quem mantinham lucrativo comércio. Porém, uma revolução vitoriosa no Brasil "não seria desinteressante para os Estados Unidos e a perspectiva de lucros poderia, talvez, atrair certo número de pessoas para sua causa e motivos mais elevados atrairiam oficiais". Jefferson comunicou a John Jay sua conversa, ao chegar a Marselha. Ele afirmou que os brasileiros consideravam a Revolução norte-americana como um precedente para a sua

[362] RODRIGUES, José Honório. Independência: revolução e contra-revolução. Rio de Janeiro: F.Alves, 1975, p. 200.
[363] MAXWELL, Kenneth R. A Devassa da devassa: a Inconfidência Mineira, Brasil – Portugal, 1750-1808; Tradução jhoão Maia. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2010, p. 134.
[364] HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 11.

e que pensavam que os Estados Unidos poderiam dar-lhes um apoio honesto e, por vários motivos, simpatizavam com o país. Disse que, aparentemente, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Bahia encabeçariam a revolta e contavam com a adesão das demais capitanias[365]. Em 1794, Jefferson enviou um relatório sobre o Brasil para o presidente George Washington. Em uma carta a John Jay, Secretário de Estado, descreveu a situação no Brasil, seus recursos naturais, e a impressão de que os brasileiros estavam dispostos a iniciar uma rebelião pela independência. Nos últimos anos de sua vida, em Monticello, Jefferson disse desejar não ver mais imperadores ou reis no hemisfério americano e que o Brasil, assim como o México, deveria se aliar aos Estados Unidos nesse sentido [366].

Em 11 de julho de 1789, o Visconde de Barbacena, correspondendo-se com Martinho de Melo e Castro (Vila Rica, AMI, II, 63), registrou:

> A Mão do Omnipotente que regula o justo e feliz Governo de S. Mag. acaba de defender este paiz, se não da sua ruína e perdição total, ao menos e hum gravíssimo estrago irreparável por muitos annos, e tem encaminhado as minhas diligências de tal forma, que tenho a glória de poder ao mesmo tempo dar parte a Va. Exa., do grande perigo com que ameaçou o Sacrilego attrevimento de alguns perversos Homens, e da completa vitória com que se acha rebatido, e descoberto péla maior parte o infame sistema da sua maldade [367].

A influência da literatura iluminista era imensa. Em Minas Gerais, a biblioteca do Cônego Luis Vieira contava com a *Histoire de l'Amérique,* de Robertson, a *Encyclopédie* e as obras de Bielfeld, Voltaire e Condillac. Cláudio Manoel da Costa era tido por tradutor da obra *A Riqueza das Nações*, de Adam Smith. Entre os inconfidentes, circulava o *Recueil de Loix Constitutives dês États-Unis de l'Amérique*, publicado em Filadélfia, em 1778, e que incluía os artigos da Confederação e das Constituições de Pensilvânia, Nova Jersey, Delaware, Maryland, Virginia, Carolinas e Massachussetts. Continham, também, os comentários à constituição, de Raynal e Mably e a discussão de Raynal sobre a história do Brasil – em sua *Histoire philosophique et politique*. Luis Vieira era contra o domínio de Portugal sobre a América e admirava a luta dos norte-americanos pela independência[368].

---

[365] MAXWELL, Kenneth R. A Devassa da devassa: a Inconfidência Mineira, Brasil – Portugal, 1750-1808; Tradução jhoão Maia. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2010, pp. 134-135.
[366] Jefferson´s Letter on Brazilian Independence, em: http://international.loc.gov/intldl/brhtml/br-1/br-1-4-8.html. Acesso mar/2013.
[367] MAXWELL, Kenneth R. A Devassa da devassa: a Inconfidência Mineira, Brasil – Portugal, 1750-1808; Tradução jhoão Maia. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2010, p. 229.
[368] MAXWELL, Kenneth R. A Devassa da devassa: a Inconfidência Mineira, Brasil – Portugal, 1750-1808; Tradução jhoão Maia. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2010, p. 200.

Sérgio Buarque de Holanda afirma que, ao pretender elaborar uma Constituição brasileira, o Imperador supunha ser tarefa simples, pois bastava "tomar a própria lei Fundamental dos Estados Unidos da América, acrescentar-lhe palavras e formas monárquicas e pronto". Sérgio enxergou no momento que antecedia a Independência, "tentativas de filiar-se a atração pelas grandes mudanças, realizáveis ou não a curto prazo, aos ideais que se impuseram especialmente na França de 1789 ou nos Estados Unidos de 1776, como parte de um mesmo e prestigioso corpo de doutrina"[369]. De fato, a Carta de 1824 incluiu artigo reproduzindo a Declaração dos Direitos do Homem, da França de 1789.

A Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa influenciaram a Independência do Brasil e, nesse contexto, as aspirações por liberdade, que ganharam uma natureza fundamental ao serem imortalizadas pela expressão "busca da felicidade", geraram frutos, fazendo com que os mais importantes documentos da luta pela independência brasileira trouxessem exortações à felicidade como razão de ser da independência e de um projeto constitucional que o Brasil estava prestes a abraçar.

8.2 A Doutrina Utilitarista Divulgada no Brasil - Colônia

Deformando a doutrina utilitarista por lê-la fragmentariamente, líderes brasileiros invocavam pensadores em defesa de seus argumentos. José da Silva Lisboa, futuro visconde de Cairu, em 1804, apresentou o seu "Princípios de Economia Política", no qual defendia o absolutismo como modelo para a economia. Ao fazê-lo, justificava que estava divulgando o pensamento liberal do utilitarista Adam Smith[370].

Segundo José Honório Rodrigues, os autores mais lidos e influentes que ajudaram a formar a corrente ideológica que preparou e fez a Independência brasileira foram: John Locke, Adam Smith e Jeremy Bentham. O Historiador afirma que, para Locke, toda vez que o ramo da atividade política ocorre fora da esfera governamental, ele tem uma função utilitária, não ética. Tanto Locke, como Bentham, eram citados na imprensa e na literatura panfletária política da época.

---

[369] HOLANDA, Sérgio Buarque de. Capítulos de história do Império: Organização Fernando A. Novaes. São Paulo: Companhiaa das Letras, 2010, pp. 22-23.

[370] História do Brasil Nação: 1808-2010. Direção Lilia Moritz Schwarcz. Volume 1. Crise Colonial e Independência. 1808-1830. Coordenação: Alberto da Costa e Silva. Rio de Janeiro: Fundação Mapre – Objetiva, 2011. Parte 4 – Jorge Caldeira – O Processo Econômico, pp. 161-203.

O *Reverbero Constitucional* publicou, em 26 de março de 1822: "Nós entendemos, como Bentham, que a Constituição é uma legislação dirigida principalmente a dirigir poderes e a prescrever deveres, ditada pela igualdade e pelo princípio da utilidade igual a toda a família Nacional".

José Honório ainda diz, em alusão a Bentham, que "o utilitarismo que ele representou tinha uma grande significação social e sua frase – A maior felicidade do maior número é o fundamento da moral e da legislação – inspirou o espírito do reformismo social"[371].

Percebam como a doutrina utilitarista compôs as bases teóricas que ilustraram e fomentaram a independência do Brasil, num movimento que trouxe caracteres semelhantes aos vistos nas revoluções americana a francesa. A ideia segundo a qual a felicidade deve ser a finalidade última da decisão pública não nos é estranha, podendo ser vista nesse momento tão importante da história Nacional.

8.3 O Projeto Constitucional de Felicidade

Falar de felicidade como bem jurídico constitucionalmente protegido não é novidade. Noções da felicidade dos povos "são noções que fazem parte do vocabulário jurídico corrente dos juristas e dos diplomatas do século XVIII quando falam das regras de conduta que devem guiar os Estados"[372]. A consulta aos registros históricos inerentes ao processo de independência do Brasil mostra que a felicidade foi elemento central de todos os debates, mostrando a influência que as ideias iluministas tiveram por aqui.

Em 24 de dezembro de 1821, a junta provisória da província lançou um manifesto endereçado a D. Pedro, em razão da determinação de seu pai, Dom João VI, de que o príncipe regente retornasse a Portugal. Redigido por José Bonifácio, dizia: "(...) estão todos prontos a verter a último pingo de seu sangue, a sacrificar todos os seus haveres para não perderem um príncipe idolatrado, em quem têm posto todas as esperanças bem-fundadas da sua felicidade e da sua honra nacional"[373].

---

[371] RODRIGUES, José Honório. Independência: revolução e contra-revolução. Rio de Janeiro: F.Alves, 1975, p. 03.

[372] JOUANNET, Emmanuelle. Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international, Bruylant, 2011, (Collection de droit international, n°69). O trecho transcrito consta no capítulo V, intitulado "La finalité providentialiste du droit des gens moderne: Bonheur des peuples et perfectionnement des États".

[373] Junta Provisória do Governo de São Paulo, Carta a D. Pedro hipotecando fidelidade e protestanto contra seu regresso a Portugal, 24 de dezembro de 1821, Acervo do Museu Imperial de Petrópolis.GOMES, Laurentino. 1822: Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco

Em 9 de janeiro de 1822, quando o Príncipe, aceitando a solicitação do Senado da Câmara do Rio de Janeiro, decidiu desobedecer às ordens de Lisboa e permanecer no Brasil, foi saudado com gritos de "Viva a Religião", "Viva a Constituição" e "Viva El Rei Constitucional". A frase que se ouviu dele foi: "Se é para o bem de todos e felicidade geral da nação..., diga ao povo que fico!" As expressões "Viva El Rei Constitucional" – que também foram ouvidas na Revolução Francesa – mostram a transição de um regime imperial absolutista para uma monarquia constitucional.

As exortações à felicidade persistiram ao longo de todo o ano de 1822. Em 21 de maio, noticiando ao pai a convocação das Cortes Brasileiras, o Príncipe afirmou: "Sem Cortes, o Brasil não pode ser feliz". Escreveu ele que um Príncipe deve trabalhar mais do que ninguém pela felicidade da Pátria; "porque os príncipes são os que mais gozam da felicidade da Nação e é por isso que eles devem esforçar-se por bem merecer a riqueza que consomem, e as homenagens que recebem dos outros cidadãos"[374].

Em 3 de junho, o Príncipe expediu um Decreto convocando uma Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, composta de deputados das províncias. Ele registrou que tomara tal decisão por não "ver outro modo de assegurar a felicidade deste Reino".

A Assembleia Constituinte foi aberta por José Bonifácio que, defendendo o Imperador, pediu uma Constituição que nos desse "aquela liberdade que fez a felicidade do Estado e não a liberdade que dura momentos e que é sempre causa e fim de terríveis desordens". Bonifácio arrematou: "Deixai-o sair do caos de instituições contraditórias que fazem de sua prudência hipocrisia, de sua felicidade, obra do acaso e do crime, e vereis que o homem é mas bom que mau"[375]. Na mesma Assembleia Constituinte, o Visconde de Porto Seguro discursou e registrou o seguinte:

> O Brasil no meio de nações independentes e que lhe falam com o exemplo da felicidade, exemplo irresistível porque tem por si o brado da natureza, não pode conservar-se colonialmente sujeito a uma nação remota e pequena, sem forças para defendê-lo e ainda menos para conquistá-lo[376].

Não podemos subestimar a influência que o pensamento de José Bonifácio tinha sobre o Imperador. Da mesma forma, o relevo que as confrarias secretas, como a

---

por donheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010, p. 154.

[374] LIMA, Oliveira. O movimento da Independência. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, pp. 311 e 386.

[375] COSTA, Emília Viotti da. Da Monarquia à República:momentos decisivos – 9ª Ed – São Paulo: Editora UNESP, 2010, p. 86.

[376] LIMA, Oliveira. O movimento da Independência. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p. 306.

maçonaria, tinham. Bonifácio prestou juramento e tomou posse como grão-mestre do *Grande Oriente do Brasil*, em 19 de julho de 1822. Ao fazê-lo, registrou: "(...) Hoje eu falo ao meu Brasil, que o meu Príncipe, a que a minha Nação necessitam, para futura felicidade, da reunião e centralização de todos os esforços dos honrados Portugueses que habitam esse fértil e grandioso País". No mesmo dia, D. Pedro, sob o pseudônimo *O inimigo dos marotos*, publicou artigo no jornal *O Espelho*, defendendo o *Apostolado* das críticas que o redator do *Correio do Rio de Janeiro*, João Soares Lisboa, havia dirigido àquela sociedade no número 75 de seu jornal. O Imperador escreveu:

> A sociedade é muito liberal e é firmada sobre a vontade geral do Brasil, e dos honrados Europeus que segue a nossa causa (não se entendem o – nossa – com o Sr.) e que desejam este Reino feliz e independente, e de não serem escravos de Lusos-espanhóis, quais os seus parentes Deputados, pés de chumbo[377].

Quando D. Pedro esteve na fundação do *Apostolado da Nobre Ordem dos Cavaleiros de Santa Cruz*, tendo sido eleito "arconte-rei", jurou promover com todas as forças e a custa da própria vida "a integridade, independência e felicidade do Brasil como reino constitucional"[378]. A felicidade aparece ao lado da integridade e da independência, além de estar ínsita ao projeto constitucional que se desenhava.

Felicidade do Brasil como Império Constitucional mostrava uma tentativa, mesmo errante, de atravessar a era da monarquia absoluta para uma monarquia limitada por alguns princípios constitucionais fundantes, intenção esta, como veremos, frustrada pela Carta Imperial de 1824, que manteve o Imperador como alheio a qualquer forma de responsabilização, sendo reputado "inviolável".

Na primeira semana de agosto de 1822, D. Pedro lançou um manifesto aos brasileiros. Redigido pelo maçom Gonçalves Ledo, o texto afirmava: "Habitantes deste vasto e poderoso Império – está dado o grande passo para vossa independência e felicidade (...) já sois um povo soberano"[379].

---

[377] COSTA, Emília Viotti da. Da Monarquia à República:momentos decisivos – 9ª Ed – São Paulo: Editora UNESP, 2010, pp. 360-361.

[378] GOMES, Laurentino. 1822: Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por donheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010, p. 238. Também em Octavio Trquínio de Sousa, Fatos e personagens em torno de um regime, p. 256.

[379] GOMES, Laurentino. 1822: Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por donheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010, p. 95. Também em Tobias Monteiro, História do Império: a elaboração da Independência, vol 2, p. 496.

Em setembro, as ações do Estado visavam assegurar a felicidade "do Reino". A expressão remete aos integrantes do novo país e não exatamente ao Rei. Importante perceber que o Brasil fez sua aliança com a felicidade enquanto objetivo primeiro do Estado praticamente no mesmo período em que fizera os Estados Unidos, com a sua Declaração de Independência e a França, com a sua Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Todas esses movimentos emancipacionistas marchavam unidos na busca pela concretização desse ideal maior.

O *Correio do Rio de Janeiro* publicou, em 19 de outubro de 1822, o pensamento de Dom Pedro: "O Brasil pretende e deve ser livre para ser feliz e se os povos manifestarem geral desejo de serem republicanos não acharão em mim oposição"[380].

A felicidade também serviu, no Brasil pré-independência, para justificar as práticas morais da época. Para Pedro Américo, pintor dos quadros *A Batalha do Avaí* e *Independência ou Morte*, além de deputado pela Paraíba:

> A missão da mulher é mais doméstica do que pública, mais moral do que política. Demais, a mulher, não direi ideal e perfeita, mas simplesmente normal e típica, não é a que vai ao foro nem à praça pública, nem às assembléias políticas defender os interesses da coletividade; mas que a que fica no lar doméstico, exercendo as virtudes feminis, base da tranquilidade da família e, por consequência, da felicidade social[381].

Como se vê, a felicidade, tanto quanto a liberdade e igualdade atualmente, servia de justificativa argumentativa para práticas morais ou costumes enraizados na sociedade. Pedro Américo afirmou que a manutenção da mulher em esferas da vida distantes da política seria responsável por manter a "felicidade social", visão condizente com a moral praticada à época, mas, atualmente, destituída de qualquer sentido. Essa mutação conceitual da expressão felicidade faz lembrar dos ensinamentos de John Dewey, para quem:

> Mesmo quando as palavras continuam as mesmas, elas significam algo bem diferente de quando são pronunciadas por uma minoria a lutar contra medidas repressoras e quando expressas por um grupo que atingiu o poder e, assim, faz uso de idéias, que antes eram armas de emancipação, como instrumentos para manter o poder e a riqueza que obtiveram. As idéias que em determinado momento são um meio de produzir mudança social assumem outro aspecto quando usadas como forma de evitá-la[382].

---

[380] RODRIGUES, José Honório. Independência: revolução e contra-revolução. Rio de Janeiro: F.Alves, 1975, p. 275.
[381] VILLA, Marco Antônio. A históia das Constituiçcoes brasileiras. São Paulo: Leya, 2011, p. 34.
[382] The Future of Liberalism, 11 Later Works 191 (1935).

Se, por um lado, D. Pedro se valia da expressão para envolver os brasileiros e cativar seu apoio, Portugal agia da mesma forma, conferindo à felicidade uma importância digna de outras bandeiras universais aspiradas à época. Coutinho, ao tempo, falando em defesa de Portugal, disse:

> Há trinta anos uma seita começou a espalhar a semente das revoluções para separar as colônias de suas metrópoles. [...] Mas, quando já tudo parecia desesperado, e sem socorro humano, o Céu em um instante apareceu alegre e risonho; o vento do mar saltou para a terra, o mar sossegou sua fúria; as naus, soltando as velas, salvaram do perigo a Vossa Alteza, ao seu augusto país, a toda a família real, para a felicidade dos fiéis portugueses; a alma de Portugal voou para animar o corpo, que pérfidas mãos trabalhavam já por separar da cabeça[383].

Ao outorgar a nossa primeira Constituição, o Imperador disse estar agindo para a "felicidade política" do povo brasileiro[384]. O Príncipe, em carta enviada ao seu pai antes da outorga da Constituição, escreveu:

> Creio que uma constituição faz a felicidade do povo, mas creio ainda mais que ela faz a fortuna do rei e do governo. Se o povo é infeliz onde não há constituição, o rei e o governo ainda são mais infelizes. Só velhacos acham seu proveito em governos sem constituição[385].

Curioso D. Pedro associar felicidade à fortuna. Felicidade em vários idiomas, como *Happiness* (inglês), *eutuchia* (grego), *Glücklinchkeit* (alemão) e *bonheur* (francês), baseia-se no conceito de "boa fortuna"[386].

Além de D Pedro, são muitas as manifestações de José Bonifácio que exortam a felicidade como causa primeira de qualquer governo ou governante. José Bonifácio divergia de Thomas Jefferson quanto à escravidão. Para o *Patriarca da Independência*, não havia inferioridade decorrente da raça. A Constituinte deveria resolver a questão integrando os escravos como cidadãos plenos. Todos eram iguais e a escravidão gerava diferenças. Para Bonifácio, o único modelo capaz de assegurar essa transição seria a monarquia. Em Representação sobre a Escravidão, documento enviado ao Parlamento, em 1823, ele consignou: "É tempo que comecemos a acabar com todos os vestígios da escravidão entre nós, para que venhamos a formar em poucas gerações uma nação verdadeiramente homogênea, sem o que nunca seremos verdadeiramente livres,

[383] História do Brasil Nação: 1808-2010. Direção Lilia Moritz Schwarcz. Volume 1. Crise Colonial e Independência. 1808-1830. Coordenação: Alberto da Costa e Silva. Rio de Janeiro: Fundação Mapre – Objetiva, 2011. Parte 4 – Jorge Caldeira – O Processo Econômico, p. 161-203. (Coutinho, 1966:62)
[384] VILLA, Marco Antônio. A históia das Constituiçcoes brasileiras. São Paulo: Leya, 2011, p. 17.
[385] LIMA, Oliveira. O movimento da Independência. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p. 209.
[386] BOK, Sissela. Explorando a felicidade: de Aristóteles à neurociência. Tradução Patrícia Azevedo. Rio de Janeiro: Tinta Negra, 2012, p. 27.

respeitáveis e felizes"[387]. Novamente a felicidade surge associada à busca por liberdade. É como se dissesse: Sem ser livre, o ser humano não pode ser feliz.

Em 1855, o Tratado do Rio de Janeiro, ao mencionar o reconhecimento da independência do Brasil, afirma que a meta do país é "remover todos os obstáculos, que possam impedir a dita aliança, concórdia e felicidade de um e outro Estado", referindo-se ao relacionamento entre Brasil e o então reino de Portugal e Algarves.

O que se percebe é que o constitucionalismo brasileiro, em sua gênese, nasceu atrelado ao projeto de felicidade. Logo, quando aliamos a felicidade ao constitucionalismo não estamos a inovar. O que se busca é promover um resgate às bandeiras primeiras do constitucionalismo moderno cujas bases também foram fincadas no Brasil por meio do seu processo de independência.

[387] História do Brasil Nação: 1808-2010. Direção Lilia Moritz Schwarcz. Volume 1. Crise Colonial e Independência. 1808-1830. Coordenação: Alberto da Costa e Silva. Rio de Janeiro: Fundação Mapre – Objetiva, 2011. Parte 4 – Jorge Caldeira – O Processo Econômico, pp. 161-203, p. (apud Caldeira, 2002: 201-202).

9. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NORTE AMERICANA: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

Antes de iniciarmos as exposições quanto às conexões entre a teoria da felicidade e a jurisdição constitucional, vamos apresentar os traços centrais dos dois modelos de jurisdição constitucional mais populares do mundo: o norte-americano e o europeu-continental. Após fazermos essa apresentação, passaremos a tratar especificamente das relações existentes entre o direito à felicidade e a jurisdição constitucional. Começaremos, nesse capítulo, com o modelo norte-americano.

9.1 Os Federalistas

Para iniciarmos a exposição relativa à jurisdição constitucional de matriz norte-americana, elegemos os textos de *O Federalista* como marco temporal.

Em o *Federalista nº 16*, Alexander Hamilton já afirmava a necessidade de uma "autoridade para recorrer a qualquer ramo da magistratura ordinária para que sejam cumpridas suas determinações". Diz que "a majestade da autoridade nacional deve manifestar-se através dos meios dos tribunais de justiça". Para ele:

> Se o cumprimento das leis do governo federal não exigir a intervenção dos legislativos estaduais, se puderem atuar diretamente sobre os cidadãos, os governos particulares não poderão interromper sua ação sem uma franca e violenta demonstração de inconstitucionalidade.

Hamilton diz que uma experiência desta natureza seria sempre arriscada em face "de uma Constituição com o mínimo de capacidade para defender-se e de um povo suficientemente esclarecido para distinguir entre um exercício legal e uma usurpação de autoridade". Ele alerta que "se os juízes não se envolverem em uma conspiração com o Legislativo, julgarão inconstitucionais e nulas quaisquer resoluções de uma maioria, contrárias à suprema lei do país". Frisa ainda que "se o povo não for corrompido pelo espírito de seus representantes estaduais, deverá, como guardião natural da Constituição, fazer sentir seu peso em escala nacional e pôr fim à disputa"[388].

Os argumentos lançados por Alexander Hamilton abrem espaço para a construção de um modelo que realmente tenha em consideração a proteção da

[388] HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005, p.117.

Constituição. Por mais que não estivesse em debate a construção de um *judicial review* com o nível de sofisticação atual, fica claro que os debates que antecederam à Constituição norte-americana contavam com argumentos consistentes quanto à necessidade de proteção do tecido constitucional.

James Madson seguiu na mesma linha quando, em o *Federalista nº 48*, lembrou do Estado da Pensilvânia e seu Conselho de Censores, que se reuniu nos anos de 1783 e 1784. Madson recorda que a função deste órgão, conforme previsto na Constituição, era verificar se ela [a Constituição] estava sendo mantida inviolável em todos os seus dispositivos "e se os ramos legislativos e executivo do governo cumpriam seus deveres como guardiães do povo, ou se pretendam para si ou exerciam outros ou maiores poderes do que os que pela Constituição lhes cabiam". Madson escreveu que:

> No cumprimento desta missão, o conselho era necessariamente levado a comparar os procedimentos, tanto do Legislativo como do Executivo, com os poderes que a Constituição lhes atribuía; dos fatos apurados e segundo a opinião da maioria de seus membros, o conselho concluiu que a Constituição fora flagrantemente violada pelo Legislativo em diversas questões importantes.

Ele destacou que "foram aprovadas numerosas leis que contrariavam, sem qualquer necessidade aparente, a norma que exige que todos os projetos de lei de natureza pública sejam previamente divulgados para consideração do povo"[389].

A defesa da jurisdição constitucional continua em o *Federalista nº 78*, de Alexander Hamilton, quando ele afirma que "a liberdade nada tem a temer do Judiciário isoladamente". Hamilton coloca o Judiciário de modo diverso do que ele é atualmente, pois o descreve como um Poder fraco, esvaziado, incapaz de interferir na agenda política da Nação. Não é isso o que ocorre atualmente. Diariamente a jurisdição constitucional se depara com temas impregnados dos mais fortes vieses políticos. Segundo Hamilton. "em consequência da sua natural fraqueza, o Judiciário está continuamente ameaçado de ser dominado, intimidado ou influenciado pelos outros ramos". Na sequência, diz:

> O Judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem força nem poderio, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia de sés julgamentos.

[389] HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 310.

Hamilton prossegue com sua defesa da Constituição remetendo sua guarda para o Judiciário:

> Ao qualificar uma Constituição como limitada, quero dizer que ela contem certas restrições específicas à autoridade legislativa, tais como, por exemplo, não aprovar projetos de confiscos, leis ex post facto e outras similares. Limitações dessa natureza somente poderão ser preservadas na pratica através das cortes de justiça, que têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. Sem isso, todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares serão inúteis.

O Autor adverte que, se se imaginar que os congressistas devem ser os juízes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem será obrigatória para os outros ramos do governo, "a resposta que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em qualquer dispositivo da Constituição". Descartado, portanto, qualquer persistência das então colônias com o modelo britânico de soberania do Parlamento. Daí ele concluir que "é muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo". Mais à frente, diz:

> Esta independência dos juízes é igualmente necessária à defesa da Constituição e dos direitos individuais contra os efeitos daquelas perturbações que, através das intrigas dos astuciosos ou da influência de determinadas conjunturas, algumas vezes envenenam o povo e que, embora este rapidamente se recupere após ser bem informado e refletir melhor, tendem, entrementes, a provocar inovações perigosas no governo e graves opressões sobre a parcela minoritária da comunidade[390].

Em o *Federalista nº 81*, Alexander Hamilton retoma seu raciocínio argumentando que, de um órgão que pode ser até mesmo responsável pela aprovação de leis defeituosas, dificilmente se poderia esperar uma disposição para ajustá-las ou moderar-lhes a aplicação: "O mesmo espírito que predominou em sua elaboração estaria presente quando da interpretação; seria ainda menos provável que homens que infringiram a Constituição, no papel de legisladores, estivessem dispostos a reparar seus erros quando investidos do papel de juízes". É mais um argumento frontalmente contra a possibilidade de soberania do Parlamento. De fato, o que se queria era arrancar das mãos dos legisladores a soberania que pudessem dispor quanto à validade das leis. O raciocínio de Hamilton é empregado com a mais pura lucidez:

---

[390] HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 473.

> Há ainda um absurdo maior, qual o de submeter decisões de homens selecionados em razão de seu conhecimento das leis, adquirido ao longo de laboriosos estudos, à revisão e controle de outros que, à míngua destes estudos, não poderão ter os mesmos atributos. Os membros do Legislativo raramente serão escolhidos pelas qualificações exigidas para as funções de juiz; e como, a este respeito, há sérios motivos para que se temam as maléficas conseqüências de informações falhas, além da natural propensão das suas Casas do Legislativo para alimentarem divisões partidárias, não haverá menos razão para temer-se que o pestilento bafo das facções possa envenenar as fontes da justiça. O hábito de normalmente votarem de acordo com seus partidos tende a sufocar, nos congressistas, a voz do direito e da equidade[391].

Alexys de Tocqueville, em seus registros da viagem que fez aos Estados Unidos, afirma que uma das propostas originais da Convenção Constitucional consistiu na criação de um 'Conselho de Revisão', o qual defenderia aos juízes da Suprema Corte a função de revisar todos os atos do Congresso norte-americano antes de sua publicação e vigência, nos moldes do sistema francês de controle preventivo da constitucionalidade das leis. A proposta acabou não sendo formalmente votada, e parte dos membros da Convenção então sugeria que não seria conveniente envolver os juízes no processo de elaboração das leis[392]. No tópico abaixo esmiuçaremos os registros de Tocqueville, material importante para compreender a impressão que os Estados Unidos desfrutavam de todo o mundo após o seu processo de independência.

9.2 A Percepção do Judiciário Norte-Americano por Alexys de Tocqueville

Alexys Tocqueville inicia seus relatos acerca da impressão que o Judiciário norte-americano lhe causou com uma frase forte: "não acredito que alguma nação do mundo tenha constituído o poder judiciário da mesma maneira que os americanos". Para ele, "não há acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz", o que leva a concluir que "nos Estados Unidos o juiz é uma das primeiras forças políticas". Tocqueville afirma que o magistrado só lhe parece imiscuir-se nos assuntos públicos por acaso: "mas esse acaso acontece todos os dias"[393].

Ele reconhece o imenso poder políticos dos juízes norte-americanos. "De onde vem isso?" – pergunta, respondendo: "os americanos reconheceram aos juízes o direito de fundar suas decisões na constituição, em vez de nas leis. Em outras palavras,

---

[391] HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005, pp. 488-489.
[392] APPIO, Eduardo. Direito das minorias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 54.
[393] TOCQUEVILLE, Alexis de. A democrfacia na América: leis e costumes de ertas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp.111-112.

permitiram-lhes não aplicar as leis que lhes parecerem inconstitucionais". Tocqueville recorda que tal direito foi reclamado algumas vezes pelos tribunais de outros países, "mas nunca lhes foi concedido". "Na América, é reconhecido por todos os poderes; não encontramos um partido nem mesmo um homem que o conteste" – diz, afirmando que, "na França, a constituição é uma obra imutável, ou tida como tal. Nenhum poder poderia mudar o que quer que seja nela. Esta é a teoria herdada". Tocqueville fala da Inglaterra, dizendo que, lá, se reconhece "ao parlamento o direito de modificar sua constituição. Portanto, a constituição pode mudar sem cessar, ou, antes, ela não existe. O parlamento ao mesmo tempo que é corpo legislativo, é corpo constituinte".

O Autor pondera que, se na França os tribunais pudessem desobedecer às leis, a pretexto de que as considerarem inconstitucionais, "o poder constituinte estaria de fato em suas mãos, pois só eles teriam o direito de interpretar uma constituição cujos termos ninguém poderia mudar". O alerta é o de que os tribunais "se poriam no lugar da nação e dominariam a sociedade, pelo menos tanto quanto a fraqueza inerente ao poder judiciário lhes permitisse fazer". Tocqueville reconhece que "recusando aos juízes o direito de declarar as leis inconstitucionais, damos indiretamente ao corpo legislativo o poder de mudar a constituição, pois ele não encontra barreira legal que o detenha". Todavia, entende ser melhor "ainda conceder o poder de mudar a constituição do povo a homens que representam imperfeitamente as vontades do povo, do que a outros que só representam a si mesmos". Ao final, a recomendação que dá é de que seria mais insensato dar aos juízes ingleses "o direito de resistir à vontade do corpo legislativo, pois o parlamento, que faz a lei, também faz a constituição; por conseguinte, não se pode, em caso algum, tachar de inconstitucional uma lei que emane dos três poderes"[394].

Tocqueville diz que "os americanos confiaram, pois, a seus tribunais um imenso poder político, mas, obrigando-os a só criticar as leis por meios judiciários, diminuíram muitos os perigos esse poder". Para ele, se o juiz tivesse podido criticar as leis de maneira teórica e geral; "se pudesse tomar a iniciativa e censurar o legislador, teria entrado rumorosamente na cena política; tornando-se expoente ou adversário de um partido, teria chamado todas as paixões que dividem o país a tomar parte na luta". Contudo, "quando o juiz critica uma lei num debate obscuro e sobre uma aplicação particular, oculta em parte a importância do ataque aos olhos do público. Sua decisão

[394] TOCQUEVILLE, Alexis de. A democrfacia na América: leis e costumes de ertas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 113-114.

tem por objetivo unicamente atingir um interesse individual; a lei só é ferida por acaso"[395]. Tocqueville afirma que "nunca um poder judiciário mais gigantesco foi constituído por nenhum povo". Ele diz:

> Quando o oficial de justiça, adiantando-se nos degraus do tribunal, pronuncia estas poucas palavras: O Estado de Nova York contra o de Ohio, sentimos não estar na sala de um tribunal de justiça ordinário. E, quando pensamos que um dos litigantes representa um milhão de homens e o outro dois milhões, ficamos impressionados com a responsabilidade que pesa sobre os sete juízes cuja decisão vai alegrar ou entristecer tão grande número de seus concidadãos. Nas mãos dos sete juízes repousam incessantemente a paz, a prosperidade, a própria existência da União. Sem eles, a constituição é obra morta; é a eles que recorre o poder executivo para resistir às intromissões do corpo legislativo; a legislatura, para se defender das empreitadas do poder executivo; a União, para se fazer obedecer pelos Estados; os Estados, para repelir as pretensões exageradas da União; o interesse público contra o interesse privado; o espírito de conservação contra a instabilidade democrática. Seu poder é imenso, mas é um poder de opinião. Eles são onipotentes enquanto o povo aceitar obedecer à lei; nada podem quando ele a despreza. Ora, a força de opinião é a mais difícil de empregar, porque é impossível dizer exatamente onde estão seus limites. Costuma ser tão perigoso ficar aquém deles enquanto ultrapassá-los. Mas se a corte suprema fosse composta de homens imprudentes ou corruptos, a confederação teria a temer a anarquia ou a guerra civil[396].

O nascimento da jurisdição constitucional norte-americana chamou a atenção do mundo por entregar, ao Judiciário, amplo poder para regular o conteúdo dos atos públicos à luz da Constituição, por mais que isso não tenha sido feito explicitamente.

9.3 Antecedentes do Caso *Marbury v. Madson*

Com uma Constituição promulgada em 17 de setembro de 1787, temos, nos Estados Unidos da América, a mais antiga Constituição escrita no mundo. Ela, em momento algum faz alusão à competência da Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos administrativos. O que propiciou o exercício da jurisdição constitucional foi uma construção judicial.

No período colonial, a anulação de atos legislativos, em conflito com as constituições ou cartas de algumas colônias americanas, consistia na mera aplicação da tradição inglesa aplicada às suas colônias. "No período de 1700 a 1762, aproximadamente 1.865 atos foram sujeitos ao Conselho Privado e, destes, 469 foram

[395] TOCQUEVILLE, Alexis de. A democrfacia na América: leis e costumes de ertas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp.115-116.
[396] TOCQUEVILLE, Alexis de. A democrfacia na América: leis e costumes de ertas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 168-170.

revogados. Na maioria dos casos, a invocação era do conflito entre ato e a carta do Estado particular" – diz Marcelo Figueiredo. O caso mais conhecido foi de *Winthrop vs. Lechemere* (1727-1728), no qual se impugnava a validade de um ato da Assembleia de Connecticut em face da Carta, tendo sua Majestade, o Rei da Inglaterra, em virtude do parecer do Conselho Privado, declarado o ato nulo. Marcelo lembra que, "depois da revolução, no caso *Commonweath VS. Catan*, Virgínia, 1782, foi a tese da inconstitucionalidade esboçada por Whyte, então professor de Marshall, mas sem solução eficaz[397].

Portanto, até o caso *Marbury vs. Madison*, múltiplas foram as manifestações do poder judiciário dos diferentes Estados, notadamente Virginia, New Jersey, North Carolina, Massachusetts". Diversos Tribunais estaduais já haviam exercido o poder de revisão de leis inconstitucionais quando a decisão de Marshall foi tomada. Até mesmo a própria Suprema Corte "invalidou legislação de 1790, sem qualquer elaboração doutrinária mais sofisticada. Três anos antes, diversos juízes da Suprema Corte norte-americana julgaram casos aplicando o *judicial review*, "sem qualquer sobressalto"[398].

9.4 O Caso *Marbury v. Madson*

O clássico caso da jurisprudência norte-americana, *Marbury v. Madson 5 U.S. 137 (1803)* fixou o *judicial review* nos Estados Unidos, criando o chamado controle difuso de constitucionalidade. Uma lei foi declarada inconstitucional. Contudo, afastou-se do caso concreto deixando a parte a ver navios. Arnaldo Godoy esclarece que "o mentor de tal concepção foi o Juiz Marshall, que o fez, no entanto, no quadro de problemático jogo político, no qual leituras ingênuas, puras e analíticas do direito não tinham o menor espaço"[399].

Nas eleições realizadas no final de 1800, o Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana, para o Legislativo e para o Executivo. Thomas Jefferson foi eleito Presidente. Na véspera de entregar o cargo, John

[397] FIGUEIREDO, Marcelo. Direito constitucional: estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2012. O carátrer contramajoritário do poder judicial – o caso Marbury VS. Madison – Uma preocupação sobretudo norte-americana?, p. 391.
[398] FIGUEIREDO, Marcelo. Direito constitucional: estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2012. O carátrer contramajoritário do poder judicial – o caso Marbury VS. Madison – Uma preocupação sobretudo norte-americana?, p. 393.
[399] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito Constitucional Comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006, p. 52.

Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda eram maioria, articularam-se para conservar seu poder, aparelhando o Judiciário. Em 13 de fevereiro de 1801, aprovaram uma lei de reorganização do Judiciário Federal, por meio da qual, dentre outras providências: a) reduzia a quantidade de Ministros da Suprema Corte, para impedir nomeações pelo Presidente que entrava; b) criava dezesseis novos cargos de juiz federal, preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado.

Em 27 de fevereiro de 1801, uma nova lei autorizou o Presidente a nomear quarenta e dois juízes de paz, tendo os nomes sido confirmados pelo Senado, em 3 de março, dias antes da posse de Thomas Jefferson. John Adams assinou os atos de investidura no último dia de governo, ficando seu Secretário de Estado, John Marshall, avisado de que deveria entregá-los aos nomeados. Como só tinha um dia para entregar os atos a todos os juízes de paz, Marshall não teve tempo de fazê-lo, e alguns dos nomeados ficaram sem recebê-los.

Thomas Jefferson tomou posse, e seu Secretário de Estado, James Madison, seguindo orientação do Presidente, recusou-se a entregar os atos de investidura àqueles que não os haviam recebido, dentre os quais, William Marbury, que propôs ação, em dezembro de 1801, para ver reconhecido seu direito ao cargo. O pedido foi formulado com base em uma lei de 1789, que outorgara à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações contra atos do Secretário de Estado.

A Corte designou a sessão de 1802 para apreciar o caso. O Congresso, com maioria republicana, revogou a lei de reorganização do Judiciário federal, extinguindo os cargos que haviam sido criados e destituindo seus ocupantes. Para impedir questionamentos a essa decisão, o Congresso suprimiu a sessão da Suprema Corte em 1802, deixando-a sem se reunir de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803.

Luís Roberto Barroso afirma que esse quadro era agravado por outros elementos de tensão: a) Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura, e sinalizava que não iria cumpri-la; b) a partir do início de 1802, a Câmara deflagrou processo de *impeachment* de um juiz federalista, em uma ação política que ameaçava estender-se até os Ministros da Suprema Corte. Foi nesse ambiente politicamente hostil que a Suprema Corte se

reuniu em 1803 para julgar *Marbury v. Madison*, sem antever que faria história e que este se tornaria o mais célebre caso constitucional de todos os tempos.[400]

Ao decidir o caso, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade até hoje:

> (i) A supremacia da constituição; (ii) a nulidade da lei que contrarie a Constituição: Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo; e (iii) é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição: É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese[401].

Eis a certidão de nascimento de um caso que oficializou o controle de constitucionalidade difuso no mundo.

9.5 Desenvolvimento do *Judicial Review*

Para Thomas M. Franck, a decisão emanada do caso *Marbury v. Madson* dotou os Estados Unidos do Poder Judiciário mais poderoso mundo[402]. Chegou-se a dizer que a *judicial review* configurava usurpação de poder por uma temerária aristocracia judicial, pois se desalojava o soberano de seu lugar para, ali, colocar a importância incontrastável do voto dos Juízes nomeados[403]. Como se viu nos debates travados pelos artigos publicados em *O Federalista*, trata-se de debate recorrente. A "revisão judicial costuma ser vista como antidemocrática".[404] Bruce Ackerman, nesse sentido, diz:

> A visão profética da Corte é absolutamente inconsistente quanto aos princípios da democracia dualista. Mesmo se os juízes pudessem conquistar positivamente a aquiescência popular, esse tipo de transformação de cima para baixo representa o

---

[400] BARROSO, Luís Roberto. O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 3-5.

[401] FIGUEIREDO, Marcelo. Direito constitucional: estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2012. FIGUEIREDO, Marcelo. Direito constitucional: estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2012. O carátrer contramajoritário do poder judicial – o caso Marbury VS. Madison – Uma preocupação sobretudo norte-americana?, pp. 392-393.

[402] FRANCK, Thomas M. Political questions: judicial answers. Princeton, New Jersey: University Press, 1992, p. 4.

[403] VIANNA, Luiz Werneck Vianna et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 49. Ver também: SAGER, Lawrence "The Domain of Constitucional Justice." In: ALEXANDER, Lary (Coord). Constitucionalism: Philosophical Foundations, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 245.

[404] DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 287-288.

> oposto das transformações de baixo para cima, valorizadas pelas democracias dualistas. Não é próprio da jurisdição especial dos juízes e juristas conduzir o povo progressivamente na direção de novos e elevados valores. Essa é a tarefa dos cidadãos que podem, após investir muita energia, ter sucesso (ou fracassar) na tarefa de obter o consentimento da maioria dos seus compatriotas. O que juízes e juristas podem fazer é preservar as conquistas da soberania popular durante os longos períodos da nossa existência pública, quando a cidadania não estiver mobilizada para grandes conquistas constitucionais.[405]

Ackerman diz também que a opinião de Marshall no caso Marbury "foi um esforço elaborado de forma autoconsciente para exercer a revisão judicial na teoria democrática dualista, ressaltando a função preservacionista". Ele afirma que "Marshall não aceita a afirmação monista de que a Corte sofre de uma deficiência 'contra-majoritária' quando exerce o poder de revisão judicial". Diz que Marshall "não busca recorrer à capacidade assertiva da Corte para compreender as eternas leis da natureza, da razão ou da justiça". Ele afirma que a Constituição tem um status superior como lei maior em virtude da sua promulgação efetivada pelo povo[406].

Hoje, o sistema norte-americano do *judicial review* está presente mundo afora, a exemplo do Canadá, da Austrália, da Índia, do Brasil, da Argentina e de Portugal. Na suíça, os juízes têm um poder-dever de não aplicar as leis cantonais que contrastem com a Constituição Federal. Há, na Suíça, a possibilidade de recurso direto ao Tribunal Federal. Na Suécia, a partir da decisão da Suprema Corte, em 1964, há a figura do *judicial review*. Na Noruega e Dinamarca os tribunais exercem o controle de constitucionalidade no caso concreto. Na Alemanha, com a Constituição de Weimar, e na Itália, de 1948 a 1956 (quando o Tribunal Constitucional foi instalado), também vigorou o *judicial review*. Ele vigora no Japão, com a Constituição de 1947[407].

9.6 A Influência do *Judicial Review* na Jurisdição Constitucional Brasileira

O direito constitucional norte-americano foi brindado, em 1803, com o surgimento do controle difuso de constitucionalidade. Esse modelo influenciou os intelectuais brasileiros, notadamente Rui Barbosa, que, amante de institutos estrangeiros, trabalhou a sua inserção na Constituição de 1891.

---

[405] ACKERMAN, Bruce. Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 195.
[406] ACKERMAN, Bruce. Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 99.
[407] JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Jus Podium, 2009, pp. 278-279.

Já o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890 (chamado de Constituição provisória de 1890), por meio do seu art. 58, § 1º, "a" e "b", trazia dispositivos inserindo o modelo de controle difuso de constitucionalidade com inspiração norte-americana. Na sequência, o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, previu, no seu art. 3º que, na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte[408].

O que a Constituição de 1891 fez foi consolidar em seu texto tais disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças nos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1º, "a" e "b").

A Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894 trouxe, no seu art. 13, § 10, previsão segundo a qual os juízes e tribunais apreciariam a validade das leis e regulamentos deixando de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição. O *judicial review* norte-americano estava inserido no direito constitucional brasileiro.

[408] MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 983.

10. JURISDIÇÃO CONSTICIONAL NO MODELO EUROPEU-CONTINENTAL: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

Feita a apresentação da jurisdição constitucional no modelo norte-americano, falaremos agora do modelo europeu-continental, para que, na sequência, iniciemos a exposição sobre o direito à felicidade e a jurisdição constitucional.

10.1 Premissas da Jurisdição Constitucional

Uma vez criada, a Constituição ocuparia, dentro do ordenamento jurídico de um país, papel de destaque. Seria, na concepção de Hans Kelsen, o cume de uma pirâmide normativa imaginária. Todos os demais regramentos deveriam guardar compatibilidade para com ela. Nenhuma espécie normativa poderia contrariá-la. Seria o princípio da supremacia constitucional, que se dá sob duas óticas. A primeira se refere à supremacia formal da Constituição, pela qual o processo de alteração constitucional é mais dificultoso do que o processo de alteração infraconstitucional, ou seja, é mais difícil aprovar uma emenda constitucional do que uma lei. A outra se dá pelo aspecto material. Aqui, estamos tratando da adequação do conteúdo da norma questionada aos princípios e regras constantes da Constituição.

Somado ao princípio da supremacia constitucional temos a ideia de rigidez da Constituição, pois a sua alteração pelo Poder Legislativo submete-se a um rito mais severo do que o imposto às outras espécies normativas. Esse grau de dificuldade pode variar de acordo com a vontade do Constituinte Originário. O quórum de aprovação é uma opção. A partir do momento que o Congresso Nacional pode alterar uma lei ordinária por maioria simples, mas, para fazer o mesmo com a Constituição Federal, necessita de um quórum de 3/5 dos votos de cada casa (Câmara dos Deputados e Senado Federal), a ideia de rigidez constitucional já se apresenta.

Segundo a rigidez constitucional, uma lei ordinária ou uma lei complementar não pode alterar a Constituição, pois esta se submete a um procedimento próprio para reformas. Assim sendo, sempre que uma nova espécie normativa for aprovada, é possível indagar se ela se compatibiliza com a Constituição, pois já sabemos que é impossível promover, por meio dela, uma alteração constitucional. Há, portanto, um dever de compatibilidade vertical das várias espécies normativas em relação à Constituição. Como a Constituição não pode ser modificada por qualquer

mecanismo que não seja uma emenda constitucional, jamais uma lei contrária a ela irá revogá-la. Logo, caso a lei contrarie a Constituição, o que é possível ocorrer é a sua declaração de inconstitucionalidade.

Se temos uma Constituição que ocupa o cume do ordenamento jurídico do país e que se submete a um processo mais rígido de alteração do que o imposto a todas as outras espécies normativas, então podemos falar de controle de constitucionalidade. Não poderíamos, em regra, imaginar o controle de constitucionalidade em países que adotassem a ideia de constituição flexível. Nesse modelo, o procedimento necessário para alteração da Constituição é o mesmo para aprovação de leis infraconstitucionais. Sendo assim, é possível que uma lei ordinária altere um dispositivo da Constituição. Da mesma forma, é possível revogá-lo ou derrogá-lo. Logo, como poderíamos comparar hierarquicamente uma lei com a Constituição? Se não há esta hierarquia, então não há como falarmos em controle de constitucionalidade nos exatos termos do que colocado aqui. Sabe-se, contudo, que há na doutrina quem sustente a possibilidade de controle de constitucionalidade caso haja uma constituição flexível. É o caso do professor Clémerson Merlim Cléve. A declaração de inconstitucionalidade alcançaria somente aspectos formais.[409]

10.2 O Debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen

Cabe rememorar o célebre debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição, discussão seminal para a compreensão do modelo de controle de constitucionalidade denominado europeu-continental ou austro-germânico, cujas marcas centrais foram expostas no tópico acima.

Para falar de Carl Schmitt, traz-se ao texto uma passagem de Peter Häberle, na qual a ele, em uma recepção em Roma, durante uma estada como professor convidado, foi perguntado pelo então Presidente da República córsica, entre um círculo de ilustres colegas, o seguinte: "Professor Häberle, que opinião tem de Carl Schmitt?''. Häberle, afirma ter respondido, provocando sorrisos entre os presentes:

> Venerando Presidente, a que Carl Schmitt o senhor se refere?, ao grande Carl Schmitt da *Verfassungslehere* de 1928, não superado até agora por sua força

[409] Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

> sistemática e suas inovações, ou se refere o senhor ao outro Carl Schmitt, completamente diferente, o que escreveu "esse indispensável trabalho *Die Juden in der deutchen Rechtswissenschaft (Os judeus na ciência jurídica alemã)* ou o nefasto artigo *Der Fuher schutz das Recht (O Fuhrer protege o direito)*?

Häberle enxerga com pesar que, em alguns países latinos, sobretudo na Itália, mas também na Espanha, se tem produzido um renascimento de Schmitt. O mesmo tem ocorrido na Suíça, por exemplo, em Berna ou em Friburgo. Segundo Häberle, "resulta incompreensível este renascimento, se se tem em conta essa dupla faceta da pessoa e muitas das manifestações de Carl Schmitt durante o regime nazista".[410]

Carl Schmitt defendia que o Presidente do *Reich* deveria atuar como defensor da Constituição. A introdução da ideia de Schmitt ganhou publicação inicial em 1929, sob o título *O Tribunal Constitucional como guardião da Constituição.* Em 1931, Schmitt publica uma versão ampliada daquelas reflexões, denominada *O guardião da Constituição.* Hans Kelsen, no mesmo ano de 1931, divulga a sua resposta à ideia de Schmitt e o faz por meio do texto intitulado *Quem deve ser o guardião da Constituição?*

Schmitt enxerga a Constituição como uma decisão consciente de uma unidade política concreta que define a forma e o modo de sua existência. Analisando a realidade vivida à época pela Alemanha, sob a Constituição de Weimar, era contraditório para ele o fato de as propostas de lei e projetos partirem do princípio de que um tribunal do Estado deveria decidir, em um processo judicial, tanto litígios constitucionais quanto dúvidas e divergências de opinião acerca da constitucionalidade de leis do *Reich*. A contradição estava no fato de as várias propostas resultarem em uma justaposição e confusão assistemáticas das supremas instâncias decisórias, tribunal do Estado ou constitucional, tribunal do *Reich* (segundo o artigo 13, § 2º, da Constituição do *Reich*), tribunal sentencial do *Reich* (Tribunal do *Reich* para a interpretação vinculativa da lei no sentido dos esforços de Zeiler) "e juízo administrativo do *Reich* devem se juntar, sob relações coordenadas pouco claras, aos numerosos supremos tribunais existentes no *Reich* e dos estados".[411]

Para Schmitt, instituir, perante tal Constituição, um tribunal constitucional para divergências constitucionais e não lhe entregar um conceito de divergências

---

[410] VALADÉS, Diego (Org.). Conversas acadêmicas com Peter Häberle. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

[411] SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 05.

constitucionais, ou seja, nenhuma outra delimitação de sua competência além de uma "definição vocabular totalmente vã, segundo a qual toda divergência acerca de uma disposição constitucional é uma divergência constitucional, significa entregar ao próprio tribunal a decisão sobre sua competência".[412]

A partir desse ponto, Carl Schmitt inicia seu périplo na defesa do *Füher* como guardião da Constituição. Para ele, se a Constituição se baseia, como correspondente a uma concepção difundida no século XIX, em um contrato entre príncipe e povo, governo e representação do povo, toda parte contratual surge como guardiã "da parte constitucional que diz respeito a seus próprios direitos e poderes e tenderá a qualificar as determinações constitucionais vantajosas a suas reivindicações políticas como 'a' Constituição". Nesse raciocínio, entendia que guardiões da Constituição "não são todas as posições e pessoas que, ocasionalmente pela não aplicação de leis anticonstitucionais, possam contribuir para que a Constituição seja respeitada e não seja violado um interesse protegido constitucionalmente". Para ele, "essa é a ponderação sistemática que justifica não considerar os tribunais, mesmo quando exercerem o direito de exame judicial acessório e difuso, como guardiões da Constituição". Na sequência, fala do *pouvoir neutre*, lembrando Benjamin Constant:

> As divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influência não podem ser decididas, no geral, judicialmente, caso não seja exatamente o caso de punição por violações constitucionais abertas. Elas são eliminadas ou por meio de um poder político mais forte situado acima das opiniões divergentes, isto é, por intermédio de um terceiro superior – mas isso não seria, então, o guardião da Constituição, e, sim, o senhor soberano do Estado, ou então são conciliadas ou resolvidas por meio de um órgão não em uma relação de subordinação, mas de coordenação, isto é, por meio de um terceiro neutro – este é o sentido de um poder neutro, de um *pouvoir neutre et intermédiaire*, localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotado de poderes e possibilidades de ação singulares. Caso não deva ocorrer um efeito secundário meramente acessório de outras atividades estatais, mas, sim, devam ser organizadas uma instituição e uma instância especiais, cuja tarefa seja assegurar o funcionamento constitucional dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição, então é consequente em um Estado de direito, onde há diferenciação dos poderes, não confiar isto, suplementarmente, a nenhum dos poderes existentes, pois senão obteria apenas um sobrepeso perante os demais e poderia ele próprio se esquivar do controle. Ele tornar-se-ia, por meio disso, senhor da Constituição.[413]

A ideia de Schmitt acerca de um Tribunal Constitucional é que o guardião da Constituição tem que ser independente e político-partidariamente neutro. O autor

[412] SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 73.
[413] SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 193.

afirma que, tanto a justiça quanto o funcionalismo de carreira receberão uma carga insuportável se todas as tarefas e decisões políticas, para as quais forem desejadas "independência e neutralidade político-partidária, se amontoarem sobre eles. Além disso, a instituição de semelhante guardião da Constituição seria diretamente confrontada com a consequência política do princípio democrático".[414]

O presidente do *Reich* encontrar-se-ia no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. Assim, segundo seu pensamento, criar um tribunal como guardião da Constituição para apreciar questões e conflitos relativos à alta política o que se teria era uma politização que oneraria e colocaria em risco a justiça. Nesse ponto, Schmitt arremata: "Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do *Reich*." A tese é sustentada com base no art. 42 da Constituição de Weimar, segundo o qual o Presidente do *Reich*, por meio de seu juramento, "defenderá a Constituição". Para Schmitt, "o juramento político sobre a Constituição faz parte, segundo a tradição do direito constitucional alemão, da 'garantia da Constituição'" e o texto escrito do regulamento constitucional vigente qualifica o Presidente do *Reich*, de forma nítida o suficiente, de guardião da Constituição: "Não se pode ignorar essa autêntica palavra constitucional, não importando como se avalia, de resto, o significado do juramento político" – diz ele.

Segundo Schmitt, "o fato de o presidente do *Reich* ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar."[415] A visão final parece ter sido profética:

> A Constituição busca, em especial, dar à autoridade do presidente do *Reich* a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão. A esperança de sucesso de tal tentativa é a base sobre a qual se fundam a existência e a continuidade do atual Estado alemão.[416]

Dia 25 de outubro de 1932, o Tribunal do Estado alemão negou-se a definir os limites da atuação do Presidente e de seu Chanceler, deixando-os absolutamente

---

[414] SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 227.
[415] SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 233.
[416] SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 233-234.

livres para atuarem contra as instituições democráticas da República de Weimar. O resto da história, o mundo conhece.

Hans Kelsen defendia, em contraposição a Carl Schmitt, a possibilidade do exercício, por um corpo de juízes, integrantes de um tribunal e desprovidos de mandatos populares, do controle de constitucionalidade das leis aprovadas pela maioria. O guardião é o Tribunal.

Kelsen inicia sua jornada desferindo um duro golpe no trabalho de Schmitt. Para ele, a obra *O guardião da Constituição* "tira do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça", qual seja, a tese de que o chefe de Estado, e nenhum outro órgão, "seria o competente guardião da Constituição, a fim de utilizar novamente esse já bem empoeirado adereço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em particular". Kelsen prossegue dizendo que "o que mais admira, porém, é que o mesmo escrito, que pretende restaurar a doutrina de um dos mais antigos e experimentados ideólogos da monarquia constitucional – a doutrina do *pouvoir neutre* do monarca, de Benjamin Constant" – a aplicá-la sem qualquer restrição ao chefe de Estado republicano, "tenha como autor o professor de direito público na *Berliner Handelshochschule*, Carl Schmitt".[417]

Referindo-se à ideia que Schmitt trouxe de Benjamin Constant, quanto ao *pouvoir neutre*, Kelsen diz que "essa fórmula de Constant torna-se, nas mãos de Schmitt, um instrumento capital para sua interpretação da Constituição de Weimar". Somente com esse auxílio ele consegue estabelecer que o guardião da Constituição não seja, – "como se deveria supor a partir do art. 19 –, o Tribunal Federal ou outro tribunal, mas sim apenas o Presidente do Reich, e isso já com base na própria Constituição em vigor, e não, por exemplo, depois de uma reforma constitucional." Hans Kelsen continua:

> É verdade que, no intuito de que o chefe de Estado apareça como o apropriado 'guardião da Constituição', Schmitt caracteriza o seu *pouvoir neutre* não como uma instância que está acima dos 'detentores de direitos de decisão e de influência política', ou como um 'terceiro mais alto', nem como 'senhor soberano do Estado', mas sim como um 'órgão justaposto', como um poder 'que não está acima, mas sim ao lado dos outros poderes constitucionais'." Ao mesmo tempo, porém, através de uma interpretação mais do que extensiva do art. 48, ele procura ampliar a competência do Presidente do Reich de maneira tal que este não escapa de tornar-se senhor soberano do Estado, alcançando uma posição de poder que não diminuiu pelo fato de Schmitt recusar-se a designá-la como 'ditadura' e que, em todo caso,

[417] KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Especialmente o capítulo intitulado "Quem deve ser o guardião da Constituição?", p. 243.

> segundo as expressões acima citadas, não é compatível com a função de um garante da Constituição.[418]

Kelsen também rechaça a tentativa de Schmitt de limitar a criatividade do intérprete constitucional. Para ele:

> Trata-se da concepção segundo a qual a decisão judicial já está contida pronta na lei, sendo apenas 'deduzida' desta através de uma operação lógica: a jurisdição como automatismo jurídico! Schmitt afirma de fato com toda a seriedade que a 'decisão' do juiz é 'deduzida no seu conteúdo de uma outra decisão, mensurável e calculável, já contida na lei'. Também essa doutrina descende do estoque da ideologia da monarquia constitucional: o juiz tornado independente do monarca não deve se conscientizar do poder que a lei lhe confere, que – dado o seu caráter geral – lhe deve conferir. Ele deve crer que é um mero autômato, que não produz criativamente direito, mas sim apenas 'acha' direito já formado, 'acha' uma decisão já existente na lei. Tal doutrina foi desmascarada há muito tempo.[419]

Para Kelsen, quando Schmitt opina que do ponto de vista democrático dificilmente seria possível confiar tais funções a uma aristocracia da toga, tal objeção é "liquidada simplesmente pelo fato de que um tribunal constitucional eleito pelo povo, ou apenas pelo parlamento – como, por exemplo, a Corte Constitucional austríaca nos moldes da Constituição de 1920 –, é tudo menos uma 'aristocracia da toga". Por fim, referindo-se à proposta de Schmitt de ter o *Füher* como guardião da Constituição, Kelsen diz que "Declarar o Presidente do *Reich* como único guardião da Constituição contraria as mais claras disposições da Constituição do *Reich.*"[420]

A história parece ter dado razão a Kelsen. Basta olhar o que a jurisdição constitucional tem feito mundo afora para garantir a consolidação da democracia e dos direitos fundamentais. A Itália adotou-o com a Constituição de 1º de janeiro de 1948. Também na Alemanha, pela Constituição de Bonn, de 23 de maio de 1949. O mesmo no Chipre, pela Constituição republicana de 16 de agosto de 1960. A Turquia o adotou com a Constituição republicana de 09 de julho de 1961. A República socialista da Iugoslávia, com a Constituição de 07 de abril de 1963, utiliza esse modelo. Em 1975 foi a vez da Grécia. A Constituição de 1978 da Espanha também trouxe o controle europeu-continental. Portugal o fez em 1982. Em 1984 foi a vez da Bélgica.[421]

---

[418] KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Especialmente o capítulo intitulado "Quem deve ser o guardião da Constituição?", p. 246.
[419] KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Especialmente o capítulo intitulado "Quem deve ser o guardião da Constituição?", pp. 257-258.
[420] KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Especialmente o capítulo intitulado "Quem deve ser o guardião da Constituição?", p. 287.
[421] JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Jus Podium, 2009, pp. 281-282.

10.3 A Influência do Modelo Europeu-Continental na Jurisdição Constitucional Brasileira

O denominado controle concentrado de constitucionalidade, no Brasil, foi introduzido pela Emenda nº 16, de 1965, feita à Constituição de 1946. A doutrina o intitula por várias formas. Controle concentrado, abstrato, objetivo, de via de ação, por via principal ou em tese. É um modelo que remonta à Constituição da Áustria de 1920, resultado do pensamento de Hans Kelsen. A Constituição austríaca de 1920 inseriu no debate constitucional uma possibilidade não cogitada pelo modelo norte-americano do *judicial review*. Trata-se de um tribunal cuja competência exclusiva é a jurisdição constitucional. É a chamada Corte Constitucional.

Feita a apresentação histórica dos dois modelos de jurisdição constitucional mais referenciados no mundo passaremos, no próximo capítulo, para as associações entre jurisdição constitucional e teoria da felicidade.

11. A DOGMÁTICA DO DIREITO À FELICIDADE: CONTEXTO

11.1 O Constitucionalismo

O constitucionalismo não se reveste somente de vieses jurídicos. Marcado por características políticas, ele é dotado de uma força social capaz de impor limites aos governantes sem descuidar dos direitos e garantias aos governados. Pode ser visto tanto como movimento de criação de Constituições como algo mais abrangente, aliado à democracia, ao controle do poder e à ideia de um Estado que tem na Constituição seu estatuto de maior peso elaborado com a participação da sociedade voltado para a proteção dos direitos fundamentais.

Há registros de estruturações remotas com características embrionárias do constitucionalismo. É clássica a referência a Karl Loewenstein na indicação do nascimento do movimento constitucionalista com o povo hebreu, o qual, num Estado teocrático e monoteísta, fixou limites ao poder político. O documento que garantia essa limitação não era a Constituição, era a Bíblia, que permitia aos profetas, com legitimidade popular, punir os governantes que extravasassem as limitações trazidas no escrito sagrado[422].

Teríamos dois constitucionalismos: o antigo e o moderno. O antigo, formado por um conjunto de princípios escritos ou consuetudinários que garantem direitos a determinadas categorias e limitam o poder do soberano. O moderno consistiria, nas palavras de Gomes Canotilho, no movimento político, social e cultural que, a partir de meados do século XVIII, "questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político"[423].

Não pretendemos, aqui, criar um novo constitucionalismo para justificar o direito à felicidade. Quem mais dialogou com a teoria da felicidade foram os positivistas, cujas bandeiras metodológicas estão devidamente expostas há muito tempo. Diríamos, até mesmo, que nesse ponto o trabalho chega a ser tímido. Como a nossa noção de felicidade traz consigo, necessariamente, a liberdade, igualdade e segurança,

[422] LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la constitución. Barcelona: Ariel, 1976, p. 154.
[423] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Edições Almedina, p. 52.

seria de todo prejudicial acreditar num constitucionalismo que fosse desregrado ou assistemático. Um constitucionalismo de tal ordem seria ruim, pois não seria seguro. Portanto, as bases da teoria da felicidade defendidas nesta tese residem na concepção tradicional de constitucionalismo contemporâneo, marcado por constituições que incorporam princípios e remetem à jurisdição constitucional o papel de, responsavelmente, diante de casos concretos, concretizar esses dispositivos atenta às consequências de tal decisão. Não há, por nós, a incorporação dos ideais do "neoconstitucionalismo"[424] nem mesmo a leitura moral da Constituição, como o faz Ronald Dworkin[425]. Parece-nos estarmos muito mais próximo do próprio positivismo do que dessas outras duas escolas.

Vamos começar falando do constitucionalismo com as palavras de Emmanuele Jouannet, para quem as aspirações constitucionais por felicidade, situadas novamente no contexto do século XVIII, "traduzem as aspirações mais profundas de toda uma época"[426]. O constitucionalismo contemporâneo compreende a Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, reconhecendo o protagonismo da jurisdição constitucional na tarefa de interpretá-la. Marcelo Figueiredo

[424] André Rufino trata do neoconstitucionalismo indicando suas bases de sustentação: "a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão ente Direito e Moral." (RUFINO, André. Estrutura de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22). Já Daniel Sarmento destaca a importância para o crescimento do neoconstitucionalismo no Brasil da ampla divulgação da coletânea denominada Neoconstitucionalismo(s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell e publicada na Espanha em 2003. Sarmento ainda registra que os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino. Com o neoconstitucionalismo, os princípios constitucionais e as cláusulas abertas passam a encontrar, nos juízes, campo fértil para aplicação. (SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades". In: Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. Coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 11).

[425] Recomendando uma leitura moral da Constituição, Ronald Dworkin diz: "A maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos do indivíduo perante o governo numa linguagem extremamente ampla e abstrata, como a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, que estabelece que o Congresso não pode fazer nenhuma lei que diminua a 'liberdade de expressão'. A leitura moral propõe que todos – juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça". DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2.

[426] JOUANNET, Emmanuelle. Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international, Bruylant, 2011, (Collection de droit international, n°69). O trecho transcrito consta no capítulo V, intitulado "La finalité providentialiste du droit des gens moderne: Bonheur des peuples et perfectionnement des États".

não nega o horizonte desafiador que se desenha. Para ele, "o constitucionalismo, o reconhecimento universal dos direitos humanos e seus mecanismos de proteção, o fortalecimento da sociedade civil, os movimentos sociais organizados, desenha um quadro promissor"[427].

11.2 As Constituições

Da mesma forma que o constitucionalismo nos moldes contemporâneos é fenômeno recente, também o é a Constituição, cujas características atuais, vistas na Carta brasileira de 1988, tem certidão de nascimento no pós-segunda guerra. Todavia, se imaginarmos a Constituição como algo fundante de uma sociedade, num determinado período, decorrente do poder de um grupo, chegaremos a tempos remotos, como vimos em Loewenstein, com o povo hebreu. Para André Ramos Tavares, "a Constituição escrita teve cunho acentuadamente revolucionário, tanto por força do processo desencadeado nos Estados Unidos como também pela ocorrência na França"[428].

E o que é Constituição? Para Tércio Sampaio Ferraz, a Lei fundamental de um país, com normas "respeitantes à organização básica do Estado, ao reconhecimento e à garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, às formas, aos limites e às competências do exercício do Poder Público (legislar, julgar, governar)[429]. Esse conceito varia de acordo com a acepção que se dê à Constituição. Ferdinand Lassalle apresentou a visão sociológica. Hans Kelsen, a jurídica. Carl Schmitt, a política. Paul Laband e Georg Jellinek a visão positivista. Karl Marx ficou com a visão marxista. Santi Romano, Maurice Hauriou, Georges Renard e Constantino Mortati tinham a institucionalista. Gustav Zagrebelsky, a suave. Raul Machardo Horta, a plástica. Burdeau tinha a Constituição como estatuto do poder. Para Konrad Hesse a Constituição seria uma ordem material e aberta da comunidade. Gomes Canotilho introduziu a visão dirigente. Niklas Luhmann, a sistêmica. Para Peter Häberle, a Constituição é processo público. Marcelo Neves apresentou a visão simbólica. O importante, qualquer que seja a acepção, é fixar as bases comuns a quaisquer acepções endereçadas à Constituição.

Uma premissa indicada nesse trabalho é a de que a Constituição não é somente o seu texto. Este, positivado, solene, escrito, traz consigo, embutido na sua

[427] FIGUEIREDO, Marcelo. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37.
[428] TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.
[429] FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 2010, p. 195.

redação, princípios correlatos os quais, nada obstante não encontrem expressa menção na Carta, inserem-se em seu conteúdo, servindo, deste modo, ao conceito de Constituição e, mais ainda, sendo possível de serem tomados como parâmetro para aferição da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo. São os princípios constitucionais implícitos. Gilmar Mendes, em menção à realidade alemã, diz:

> O conceito de Lei Fundamental não se limita às disposições singulares do direito constitucional escrito. De um lado, essa idéia abrange todos os princípios constantes do texto constitucional. Por outro, esse conceito abarca, igualmente, todos os princípios derivados da Constituição enquanto unidade, tais como o princípio da democracia, o princípio federativo, o princípio da fidelidade federativa, o princípio do Estado de Direito, o princípio da ordem democrática e liberal e o princípio do estado social. Por isso, estão compreendidos no conceito de Lei Fundamental não apenas disposições constantes do texto constitucional mas também as regras jurídicas nele formuladas, o preâmbulo da Lei Fundamental, os dispositivos da Constituição de Weimar, incorporados expressamente ao texto da Lei Fundamental (art. 140), os princípios gerais inerentes ao sistema adotado e as idéias principais que inspiraram o constituinte, ainda que não concretizadas numa determinada disposição ou preceito[430].

Um exemplo que Uadi Lammêgo Bulos dá é o da ideia de boa fé[431]. Não há, na Carta da República, nenhum dispositivo afirmando algo como: "os atos praticados na esfera pública devem atender à boa-fé". Todavia, quando lemos o *caput* do art. 37 e vemos que a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência constituem os principais vetores da administração pública, fica claro que, por trás deles, está um ideal de boa-fé. Logo, a boa-fé, apesar de não estar escrita da Constituição (princípio explícito), é decorrente do próprio texto constitucional, convertendo-se, portanto, num princípio constitucional implícito.

O reconhecimento dessa premissa é importante para o trabalho pelo fato de se poder afirmar que a Constituição Federal de 1988 não assegura o direito à felicidade pelo mero fato de não haver, em seu texto, a palavra felicidade. Primeiramente, há, na Constituição, menções, em boa quantidade, à expressão bem-estar, que, para nós, é a maneira neutra que a dogmática constitucional contemporânea optou para tratar um prisma da felicidade. É claro que a expressão foi adotada no constitucionalismo brasileiro voltada para assegurar o então propalado "estado do bem-estar-social", mas isso não quer dizer que, hoje, não possa servir de porta de entrada para a teoria da felicidade. Não há, da nossa parte, apegos apaixonados ao originalismo, segundo o qual devemos, sempre e sempre, conferir aos dispositivos da Constituição somente

[430] MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 136-137.
[431] BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 105.

o significado que o Constituinte lhe conferiu. Fosse assim, seria o governo dos mortos sobre os vivos, como dizia Thomas Jefferson[432].

Depois, a interpretação demasiadamente gramatical da Constituição pode levar a absurdos, como afirmar que ela não protege a diversidade, pelo fato de não contar com a palavra "diversidade", mas, sim, "pluralismo". Esse tipo de reducionismo dirigiria a hermenêutica para campos ignóbeis.

O que defendemos, portanto, é que a Constituição Federal de 1988 ampara o direito à felicidade explicitamente, quando trata do bem-estar e, implicitamente, quando possibilita que ele ingresse no ordenamento jurídico brasileiro aliado a outros dispositivos constitucionais, como o direito à liberdade (direito à busca da felicidade) ou o direto à saúde (direito prestacional à felicidade). É claro que sempre poderemos invocar o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Todavia, apesar de termos esse anteparo à nossa disposição, acreditamos que não é necessário invocá-lo para fundamentar o direito à felicidade. Basta, respeitoso à unidade da Constituição, perceber a máxima lançada no Preâmbulo da Carta, que é esmiuçado das mais diversas formas no corpo do documento: Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Estão postas, nesse trecho, todas as bases constitutivas do direito à felicidade, que é, para nós, um direito fundamental com roupagem principiológica. Tratando dos direitos fundamentais implícitos, Laurence Tribe registrou:

> Dizer que será preciso que o direito tenha por trás de si a maioria do país antes de poder receber proteção, quando se trata dos direitos não explicitamente enumerados, com certeza é uma maneira de desprezar o direito pelo fato de não ser enumerado. (...) Dizer que os direitos não enumerados só merecem tutela quando o número suficiente de pessoas acredita que esses direitos devem ser obrigatoriamente protegidos, é relegá-los a um *status* diferenciado, inferior a mais suspeito.[433]

---

432 Apud. VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua Reserva de Justiça. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 67.

433 TRIBE, Laurence. DORF, Michael. Hermenêutica Constitucional. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 72.

Diante de uma sociedade complexa e de textos constitucionais gerais fica cada vez mais difícil marginalizar princípios e afastar a ponderação da interpretação constitucional. Os direitos fundamentais devem ser alvo de uma atenção especialíssima por parte da jurisdição constitucional. Para Richard Layard, "a Constituição e as leis são cruciais para a felicidade". Ele afirma ainda que elas têm de ser justificadas pelo princípio da felicidade maior, "mas, uma vez estabelecidos, normalmente não devem ser descumpridos, mesmo que isso, às vezes, produza mais felicidade a curto prazo, porque diminuiria o benefício a longo prazo dessas leis"[434].

Apresentadas as premissas do constitucionalismo e da Constituição, ingressaremos na teoria dos direitos fundamentais para, em seguida, falarmos de jurisdição constitucional. Todos esses conhecimentos são importantes para a compreensão do direito à felicidade.

11.3 Direitos Fundamentais

Para Tim Mulgam, "podemos saber que um resultado é melhor do que o outro, mesmo quando não podemos medir com precisão o bem-estar". É que, se uma política aumentaria os níveis médios "de saúde, renda, taxa de alfabetização, direitos civis e liberdades políticas, então esta é uma evidência muito boa de que melhorará o bem-estar humano, mesmo se não pudermos calcular com precisão o ganho total em bem-estar agregado"[435]. O que essa afirmação diz é que a concretização dos direitos fundamentais de várias dimensões (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, transindividuais...) contribui para a felicidade coletiva.

Ao ingressarmos na teoria dos direitos fundamentais é importante distingui-los dos direitos humanos. Estes, são reivindicações quanto a algumas posições essenciais ao homem, com bases jusnaturalistas e natureza filosófica. Marcelo Figueiredo, reconhecendo a necessidade de proteção judicial aos direitos humanos, indaga: "em que medida tais critérios são eficazes, são garantidos, são respeitados, têm força, operatividade, execução? Essa é uma questão tormentosa e plena de dificuldade". Para o Professor, não é possível ser ingênuo a ponto de afirmar que basta "a inserção do rol de direitos humanos em dado ordenamento jurídico, para daí concluirmos por sua execução

[434] LAYARD, P. R. G. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008.
[435] MULGAN, Tim. Utilitarismo. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 223.

e plena garantia". Segundo Marcelo, "a simples enunciação de direitos nunca garantiu absolutamente nada". A alteração da realidade por meio de instrumentos normativos tem campo de ação limitado. O que o Professor destaca é que será "necessário um plus social, uma validade social, uma aceitação geral média de tais ou quais valores contemplados, sem o que o direito não passará, como bem ensina Lassale, de um conjunto de normas estampadas, explicitadas em uma folha de papel"[436].

Tércio Sampaio Ferraz Júnior reconhece a problemática da efetivação dos direitos humanos nas sociedades políticas contemporâneas mais de dois séculos após as declarações solenes de 1776 e 1789. Para ele, isso se dá porque a busca de novas e adequadas formas de organização e ideário políticos, "na sequência das profundas transformações que acompanham o fim do *Ancien Régime* na França, persiste como um desafio para o mundo que estaria surgindo dessas transformações". Ele lembra ainda que "entre a proclamação formal dos direitos e o real estatuto político dos indivíduos e dos grupos aos quais eles são atribuídos estende-se um vasto espaço, ocupado por formas antigas e novas de violência". Segundo Tércio:

> Os mecanismos de poder em ação nas sociedades políticas contemporâneas não alcançam a legitimação que seria propiciada pela real efetivação dos direitos do homem ou pelo reconhecimento do cidadão como portador efetivo dos direitos cujo respeito confere ao poder seu predicado essencial como poder político, ou seja, poder justo. Ora, tal efetivação não é possível senão pela institucionalização dos mecanismos de poder em termos de lei e de direito, ou seja, em termos de justiça. Vê-se, assim, que o problema clássico da melhor Constituição (da mais justa) nada perdeu de sua atualidade, não obstante o fato de a política moderna, obedecendo à inspiração maquiavélica que nesta em sua origem, formular-se cada vez mais como problema de técnica de poder e cada vez menos como discernimento (sabedoria) do mais justo[437].

São muitas as características dos direitos fundamentais. São históricos, pois decorrem de uma longa evolução, a exemplo do direito de propriedade. São universais, porque ultrapassam os limites territoriais, como o princípio da isonomia. São concorrentes, pois vários deles podem ser exercidos ao mesmo tempo por uma pessoa. São irrenunciáveis, nada obstante possam deixar de ser exercidos temporariamente num caso concreto. São inalienáveis, porque não podem ser comercializados, já que não gozam de natureza econômica. Também são imprescritíveis. Por fim, são relativos, pois não necessariamente são exercidos de modo absoluto. Outra característica é a aplicabilidade imediata, prevista no parágrafo único do artigo 5º da Constituição. Nada

[436] FIGUEIREDO, Marcelo. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Atlas, 2009, p. 130.
[437] FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 2010, p. 142.

obstante a previsão realce a importância dos efeitos imediatos das normas constitucionais expostas sob a forma de direitos e garantias fundamentais, há determinados comandos que não gozam de tal eficácia. Eles necessitam de regulamentação para que produzam todos os seus efeitos.

A temática dos direitos fundamentais é essencial para a nossa teoria da felicidade que compreende haver, na Constituição Federal de 1988, fundamento de validade de um direito à felicidade expresso de várias formas. Isso porque, como nos guiamos, numa parte da teoria, pelas ideias utilitaristas, abre-se espaço para que os críticos afirmem que o utilitarismo, ao pregar decisões que ampliem a felicidade para o maior número de pessoas, pode ser muito cruel com o indivíduo isolado, por abrir espaço para a indiferença para com ele, caso tenha de maximizar, às custas de seus direitos, a felicidade coletiva. Afastamos essa objeção com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como sendo o princípio irradiador de toda a ordem constitucional contemporânea. A partir do momento em que se reconhece que há, *a priori*, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, a teoria da felicidade fornece um escudo protetor contra irracionalidades eventualmente praticadas.

John Rawls, quanto aos direitos fundamentais, tem várias críticas ao utilitarismo. Ele afirma que, para os utilitaristas, "os preceitos de justiça ditados pelo bom-senso e as noções de direito natural só têm validade subordinada como normas secundárias"; eles surgem do fato de que, "nas condições de uma sociedade civilizada, é de grande utilidade social obedecer a esses preceitos nas maiorias dos casos e só admitir sua violação em circunstâncias excepcionais". A segurança seria a razão de ser do cumprimento dos direitos fundamentais e não o valor que eles têm intrinsecamente. Mesmo o zelo "com o que afirmamos esses preceitos e apelamos a esses direitos ganha certa utilidade, pois contrabalança a tendência humana natural de transgredi-los de maneiras não sancionadas pela utilidade"[438]. O grave problema desta visão seria, para Rawls, "que não parece haver garantia de que restringir ou suprimir as liberdades fundamentais de alguns seja a melhor maneira de maximizar a totalidade (ou a média) do bem-estar social". Mesmo com todos os fundados alertas feitos por John Rawls acerca dos riscos de abusos praticados em nome da teoria da felicidade, ele próprio diz haver meios de "revisar a doutrina utilitarista de tal maneira que ela possa sustentar uma

[438] RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vida. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 34.

concepção da justiça adaptada a um regime constitucional, ainda que tenha de chegar a isso indiretamente, constituindo o meio que permite alcançar o maior bem-estar"[439]. Segundo a nossa tese, uma das maneiras de conseguir esse desiderato de Rawls é aliando a teoria da felicidade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por essa perspectiva, o que parece mais estimulante é tentar saber qual a razão de ser da construção histórica dos direitos fundamentais. Emmanuelle Jouannet afirma que a finalidade liberal de um direito das gentes moderno é o "desejo de assegurar a felicidade e o bem estar das nações soberanas juntamente com o velho plano ideal de realização e aperfeiçoamento das sociedades humanas". Assim, só será concebida a finalidade eudemonista e providencialista do direito das gentes quando "a felicidade, o bem-estar e a utilidade são reafirmadas como valores e finalidades da política"[440]. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 fornece instrumental suficiente para essa missão, bastando reconhecer o valor primeiro da liberdade, associando-a a igualdade e segurança. O resultado, ao nosso sentir, é o nascimento do direito à felicidade.

Muitas vezes se questiona qual seria o catálogo dos direitos fundamentais. É possível dizer que um determinado direito não é fundamental. Todavia, temos percebido que a tendência do constitucionalismo moderno é ampliar esse rol, seja pela expressa previsão nas Constituições, seja pela revelação, por parte da jurisdição constitucional, de direitos fundamentais implícitos que não foram taxativamente citados pelo constituinte. Nos Estados Unidos, no caso *Turner v. Safley* (1987), entendeu-se que a decisão de casar é um direito fundamental.

Quanto ao reconhecimento de direitos humanos, há uma expansão disso em todo o mundo. Nessa perspectiva, interessante narrar o que tem ocorrido na Grã-Bretanha, quanto ao respeito aos direitos humanos aliado a um renascimento e expansão de uma consistente teoria da felicidade no campo da política.

David Cameron, então líder do Partido Conservador, declarou: "nós não devemos pensar somente sobre como colocar dinheiro no bolso das pessoas, mas como colocar felicidade em seus corações". Cameron afirmava que os políticos estavam olhando para questões que diziam respeito a eles próprios, mas que o certo seria se preocupar "em como fazer as pessoas mais felizes, em como tornar as comunidades

[439] RAWLS, John. Justiça e democracia. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 266.

[440] JOUANNET, Emmanuelle. Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international, Bruylant, 2011, (Collection de droit international, n°69). O trecho transcrito consta no capítulo V, intitulado "La finalité providentialiste du droit des gens moderne: Bonheur des peuples et perfectionnement des États".

mais estáveis e as sociedades mais coesas"[441]. Suas palavras lembram Ronald Dworkin, para quem "se quisermos tratar as pessoas genuinamente como iguais (ou assim possa parecer), devemos nos empenhar em tornar suas vidas igualmente desejáveis para elas ou lhes oferecer meios para fazê-lo, e não apenas igualar seus saldos bancários"[442].

Cameron levou adiante sua ideia e criou, como Primeiro-ministro, um índice oficial de mensuração da felicidade da sociedade britânica. A última pesquisa ocorreu com uma comunidade de 200.000 pessoas maiores de 16 anos, entre abril de 2011 e março de 2012. Os indicadores avaliaram o bem-estar da nação ao lado de dados econômicos, como o PIB. Para Glenn Everett, diretor do *Programa de Medição do Bem-Estar Nacional*, "compreender a visão das pessoas sobre seu bem-estar é um complemento importante para as estatísticas oficiais existentes e tem usos potenciais no processo de decisão política e de auxílio à tomada de decisão"[443].

A Inglaterra também vivenciou de perto os novos ares trazidos pelo Iluminismo. Primeiro, a *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*, de Isaac Newton, em 1687, "obra que serviu de paradigma às gerações seguintes em toda a Europa na explicação do mundo de maneira objetiva e científica". Em 1688, foi a vez da Gloriosa Revolução, que, mesmo sem derramamento de sangue, "abriu o caminho para que a Inglaterra se transformasse em uma democracia parlamentarista e que levou à abrangente extinção da intolerância estatal". Isso propiciou uma atmosfera favorável ao progresso da arte e da ciência, visto com inveja e como exemplar "pelos intelectuais europeus"[444].

Derek Bok lembra que a Grã-Bretanha, a China e a Austrália estão considerando o uso de índices oficiais de felicidade, além das medidas convencionais econômicas de prosperidade e crescimento[445]. Na Grã-Bretanha, a felicidade está estática desde 1975 e não é a mais elevada do que na década de 1950. Esse cenário se consolida mesmo ocorrendo grandes aumentos na renda real em todos os pontos de distribuição de renda[446].

---

[441] Em: http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/happiness_formula/4809828.stm. Acess mar/2013.
[442] DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 05-09.
[443] Em: http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/first-annual-results-of-david-camerons-happiness-index-published-7972861.html. Acess mar/2013.
[444] Filósofos do Século XVIII: Uma introdução. Organizador: Lothar Kreimendahl. Tradutor Dankwart Bernsmüller. Editora Unisinos. Coleção História da Filosofia. São Leopoldo: 2007, pp. 11-12.
[445] BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 4.
[446] LAYARD, P. R. G. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008, pp. 47-48.

O resgate da teoria da felicidade se dá ao mesmo tempo em que se verifica um desenvolvimento jamais visto da jurisdição naquele país. Situação idêntica ocorreu na França, que recentemente abraçou a ideia de mensuração da felicidade nacional, iniciando um desenvolvimento da sua jurisdição constitucional. Estamos falando dos dois últimos berços do dogma do Parlamento, segundo o qual as leis eram absolutas e não cabia aos juízes fazer outra coisa que não fosse aplicá-las. Tanto a França como a Grã-Bretanha, contudo, iniciam o século XXI resgatando seus ideais primeiros de felicidade aliando-o à expansão corajosa da jurisdição. Seria acaso?

O Reino Unido aprovou, em 1972, o *European Communities Act*, que atribuiu hierarquia superior ao direito comunitário em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento[447]. Com a aprovação do *Human Rigths Act,* em 1998, confiou-se aos Tribunais britânicos a aferição da legitimidade das leis em face das disposições da Convenção de Direitos Humanos. Embora não se declare a nulidade ou a invalidade da lei, pode-se constatar a incompatibilidade e assegurar à parte uma indenização[448].

Em 2005, o Reino Unido ganhou a sua Suprema Corte, com composição e funcionamento disciplinados pelo *Statutory Instrument* n. 1.604, de 2009, iniciando os trabalhos em 1º de outubro de 2009. Ela tem jurisdição recursal sobre três sistemas legais: Inglaterra e Gales, Irlanda do Norte e Escócia. De acordo com Sunkin, primeiro presidente da Suprema Corte, o Reino Unido vivencia uma efetiva atuação judicial "nas políticas governamentais, incluindo decisões que afetaram a política educacional, as licenças para empresas de comunicação, a regulação do transporte aéreo, as finanças públicas e as políticas do bem estar social"[449].

Emmanuelle Jouannet nos diz que a Inglaterra é lembrada por inúmeros intelectuais como a nação que conseguiu, no século XVIII, perseguir "o ideal de um Estado não despótico que soube assegurar a felicidade e a prosperidade de seu povo por

[447] Essa orientação tornou-se realidade no caso Factortame Ltd. V. Seretary of State for Transport (N.2) (1991).
[448] MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1163.
[449] Apud MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1164.

meio de uma constituição equilibrada"[450]. Essa também é a impressão do filósofo francês Claude-Adrien Helvétius[451].

À medida em que a teoria da felicidade renasce na Grã-Bretanha, o mesmo se dá com a jurisdição, propiciando àquele país todas as ferramentas para a construção de uma importante aliança na defesa da felicidade da sociedade à luz dos direitos humanos. Esse é um novo horizonte que tem se desenhado e que certamente deve encontrar espaço também entre os trópicos, a exemplo do Brasil.

11.4 Proteção das Minorias e a Felicidade Coletiva

Fazendo uma pesquisa jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, entre os anos de 1994 e 2004, há dois acórdãos identificados com a expressão "minorias". Já entre os anos de 2004 e maio de 2013, o total de acórdãos identificados chega ao montante de quinze, sendo que, desse total, oito foram publicados nos últimos três anos. Estamos, de fato, no século das minorias.

John Stuart Mill foi muito importante para o movimento utilitarista, pois conferiu mais humanidade às suas propostas. Michael Sandel diz que Mill, "nascido uma geração após a de Bentham, tentou salvar o utilitarismo reformulando-o como uma doutrina mais humana e menos calculista". Afirma ainda que "os trabalhos de Mill são uma árdua tentativa de conciliar os direitos dos indivíduos com a filosofia utilitarista que herdara do pai e adotara de Bentham"[452]. É que, para Mill, o tempo fará com que o respeito à liberdade individual acarrete à máxima felicidade. "Permitir que a maioria se imponha aos dissidentes ou censure os livre-pensadores pode maximizar a utilidade hoje, porém tornará a sociedade pior – e menos feliz – no longo prazo" - arremata[453].

Fica evidente que o utilitarismo, depois de Mill, atuou com transparência na tarefa de conciliar suas linhas com o respeito aos direitos fundamentais. A transcrição acima, trazida para hoje, cai como uma luva no debate acerca da necessidade de tolerância, por parte da maioria, aos direitos das minorias. O que Mill afirmou foi que o

---

[450] JOUANNET, Emmanuelle. Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international, Bruylant, 2011, (Collection de droit international, n°69). O trecho transcrito consta no capítulo V, intitulado "La finalité providentialiste du droit des gens moderne: Bonheur des peuples et perfectionnement des États".

[451] De l'Esprit, 1715.

[452] SANDEL, Justiça. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2011, p. 64.

[453] MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Tradução Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 100.

desrespeito aos direitos fundamentais das minorias, no curto prazo, pode ser útil àqueles que detêm o poder e, mesmo, à maioria da sociedade. Todavia, com o tempo, a insatisfação de ambos aumentará, fazendo desta sociedade uma sociedade menos feliz. A comprovação de que o raciocínio é um clássico da filosofia política vem de pesquisas contemporâneas que mostram que proteger grupos minoritários contra a negação de direitos imposta por grupos majoritários – como o caso da união entre pessoas do mesmo sexo – contribui à felicidade.

Seja pela perspectiva filosófica clássica, seja pela comprovação empírica atual, parece claro que os direitos constitucionais assumem papel de destaque na busca da felicidade da sociedade, pois garantem bens inalienáveis a todos, inclusive às minorias. Pesquisas mostram que "uma maior tolerância de gays e outras minorias aumenta a felicidade nacional"[454]. Esses resultados obtidos por meio da investigação entregam a teoria da felicidade aos cuidados da jurisdição constitucional.

Jeremy Bentham, Stuart Mill, John Austin, H. L. A. Hart e Hans Kelsen têm opiniões semelhantes sobre o Direito e é com base em boa parte dessas impressões que essa tese foi estruturada. Kelsen registrava que "se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constantes entre os grupos representados no parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social", a jurisdição constitucional "aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia"[455]. Por sua vez, o filósofo suíço Vattel, afirma que o direito tem a responsabilidade direta de "adquirir a verdadeira felicidade da nação" e para fazer isto, ele deve desenvolver "a instrução, a educação, as ciências e as artes, tolerar as religiões enquanto controla o excesso, o abuso, etc"[456].

Para Hans Kelsen "a democracia não pode ser uma dominação absoluta, nem mesmo uma dominação absoluta da maioria", pois a essa dominação "distingue-se de qualquer outra dominação pelo fato de que ela não apenas pressupõe, por definição, uma oposição (isto é, a maioria), mas também porque, politicamente, reconhece sua existência e proteger seus direitos". Ilustrando seu raciocínio com o exemplo do Estado

[454] Ronald Inglehart, Roberto Foa, Christopher Peterson, e Christian Welzel, "Development, Freedom, and Rising Happiness - A Global Perspective (1981-2007)" Perspectives on Psychological Science (2008), p. 271.
[455] KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 182.
[456] Apud, JOUANNET, Emmanuelle. Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international, Bruylant, 2011, (Collection de droit international, n°69). O trecho transcrito consta no capítulo V, intitulado "La finalité providentialiste du droit des gens moderne: Bonheur des peuples et perfectionnement des États".

soviético, Kelsen afirma que ele não pode se dizer uma democracia, pois o mesmo considera, "como sua tarefa principal, a supressão da minoria pela violência". Na linha do que defendeu Mill, destaca que "a democracia moderna não pode estar desvinculada do liberalismo político", pois seu princípio é "o de que o governo não deve interferir em certas esferas de interesse do indivíduo, que devem ser protegidas por lei como direitos ou liberdades humanas fundamentais". Para Kelsen, "é através do respeito a esses direitos que as minorias são protegidas contra o domínio arbitrário das maiorias"[457].

Nessa perspectiva, Stuart Mill afirmava que "a diversidade não é um mal, mas sim um bem". Ele adverte que "quando a regra de conduta não é o próprio caráter da pessoa, mas sim as tradições ou costumes de outras pessoas, está a falhar um dos principais ingredientes da felicidade humana, e o principal ingrediente do desenvolvimento individual e social". Segundo Mill, "quanto mais cada pessoa desenvolve a sua individualidade, tanto mais se torna valiosa para si própria, e pode por isso ser mais valiosa para os outros"[458].

A conexão entre a proteção às minorias e a felicidade tem sido provada de formas variadas. Carol Graham afirma que "as mulheres são mais felizes do que os homens nos Estados Unidos, os homens são mais felizes do que as mulheres na Rússia (devido a disparidade de tratamento legal?) e não se nota diferenças ao nível de gênero na América Latina"[459]. Quanto aos negro, Graham nos diz que nos Estados Unidos, "eles são menos felizes do que os membros das outras raças, tal como os que se identificam como minorias na América Latina se sentem menos felizes"[460].

A Constituição Federal de 1988 e a jurisprudência do STF têm protegido as minorias e estabelecido uma refinada jurisprudência das diferenças, lançando o Brasil no cenário internacional como uma nação comprometida com a tolerância. A teoria da felicidade se encontra, neste ponto, absolutamente alinhada com o exercício da jurisdição constitucional.

---

[457] KELSEN, Hans. A Democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 183.

[458] Portanto, ao falar das minorias, percebe-se que Mill tinha razão. E Michael Sandel sabe disso, apesar de negar com as seguintes palavras: "a enfática celebração da individualidade é a mais importante contribuição de Mill em On Liberty, mas é também, de certa forma, um tipo de heresia em relação ao utilitarismo". Sandel persiste afirmando: "Já que apela para os ideais morais além dos utilitários – ideais de caráter e desenvolvimento humano -, não é a reelaboração do princípio de Bentham, e sim uma renúncia a ele, apesar de Mill afirmar o contrário". MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 115. SANDEL, Justiça. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2011, p. 66.

[459] GRAHAM, Carol. O que nos faz feliz por esse mundo fora. Tradução Michelle Hapetian e revisão de Alice Soares. Alfragide: Texto Editores, 2011, p. 63.

[460] GRAHAM, Carol. O que nos faz feliz por esse mundo fora. Tradução Michelle Hapetian e revisão de Alice Soares. Alfragide: Texto Editores, 2011, p. 83.

11.5 Estados Constitucionais

Dia 26 de dezembro de 2012, o presidente do Egito, Mohamed Mursi, sancionou a nova Constituição do país, fruto da derrubada do ditador Hosni Mubarak, na revolução de 2011. A Carta só entrou em vigor depois de um referendo, no qual 63,8% dos egípcios aprovaram o documento. A expectativa é que a nova Constituição ajude a pôr fim à turbulência política do país. Em discurso televisionado, o presidente Mursi pediu que aqueles que se opuseram à Constituição participem de um diálogo nacional para buscar a estabilidade. Ao final da entrevista, disse se sentir "muito feliz"[461].

O episódio no Egito ilustra bem o constitucionalismo contemporâneo. A cada queda de um regime, a invocação à elaboração de uma Constituição como batismo do regime seguinte, seja ele pior ou melhor do que o anterior. Ao final do processo, às vezes evolutivo, às vezes involutivo, os líderes que conseguiram alçar o poder afirmam terem alcançado a felicidade. Quanto aos cidadãos, nem sempre esses são ouvidos.

Qual a razão de ser dos estados constitucionais contemporâneos? Para que eles servem? Qual a finalidade maior do projeto constitucional? Por qual motivo lutar para instalar governos constitucionais? A resposta a todas essas perguntas parece ter somente duas palavras: felicidade coletiva.

Quando falamos felicidade coletiva queremos dizer possibilitar que as pessoas tenham uma vida melhor segundo o seus próprios projetos racionais de satisfação de desejos ou preferências. Não é pitoresco acreditar nisso. A felicidade apareceu em momentos históricos de relevo, como a Independência dos Estados Unidos, a Revolução Francesa e a Independência do Brasil. As ideias iluministas que guiaram essas revoluções baseavam-se firmemente na razão. Positivistas como John Austin e H. L. A. Hart eram utilitaristas. O próprio Jeremy Bentham, que estabeleceu o princípio da felicidade maior como *telos* das decisões políticas, era um positivista. Portanto, afirmar que a razão de ser dos estados constitucionais deve ser criar maneiras para a realização dos projetos de felicidade dos indivíduos e, também, de sopesar qual a decisão adequada em momentos de colisões considerando qual delas amplia a felicidade de todos, não equivale a negar as regras ou o próprio Direito.

Segundo Marcelo Figueiredo, "discorrer sobre o 'Estado de Direito', sobre o 'Estado Constitucional' significa abrir uma porta de um universo de *Standards* da

[461] Em: http://www.reuters.com/article/2012/11/29/us-egypt-president-idUSBRE8AM0DO20121129. Acess mar/2013.

ciência política que varia de Estado para Estado". Para o Professor, "sem tais garantias jurídicas (formais e materiais) não é possível buscar a liberdade em sentido latíssimo". Ele diz que o Estado garantidor ter aspectos positivos e negativos. Contudo, sempre se "mostrou preferível aos olhos da civilização atual municiar os cidadãos de garantias, de controles contra a organização pública; é que o Direito deveria ser instrumento de pacificação e convivência harmônica, nunca de opressão" - afirma[462].

Miguel Reale dizia que "se os homens fossem iguais como igual é a natural inclinação que nos leva à felicidade, não haveria Direito Positivo e nem mesmo necessidade de Justiça"[463]. As raízes dos direitos fundamentais antecedem os valores universais aspirados pela humanidade. A disposição humana para a liberdade existe por si só, independente de normatização. Antes, é um valor, uma bandeira, uma inspiração. Está no âmbito da filosofia ou do direito natural. Depois de inserida num documento constitucional, vira direito fundamental.

A felicidade, aspiração humana primordial, tem assumido o seu viés universal, compondo o importante rol dos direitos humanos. Em razão desse coroamento remoto, temos hoje inúmeras constituições que alçaram-na como direito fundamental ou, então, como objetivo do Estado ou da Constituição, como é o caso da Constituição brasileira de 1988, que estabeleceu como valor supremo o bem-estar dos brasileiros. A felicidade também passou a constar de ordenamentos estrangeiros e a ser alvo da atenção da comunidade internacional, a exemplo da Resolução da ONU que determinou, em 2011, que os estados se esforcem para ampliar a felicidade da sociedade[464].

Todas as características da internacionalização dos direitos fundamentais podem ser vistas na felicidade. Dimitri e Leornardo ilustram as dimensões dessa internacionalização: a) rica produção normativa internacional (declarações, convenções, pactos, tratados); b) crescente interesse das organizações internacionais e criação de organizações cuja finalidade é promovê-los e tutelá-los; c) criação de mecanismos internacionais de fiscalização de violações e de responsabilização de Estados ou indivíduos que cometem tais violações; d) intensa produção doutrinária em âmbito internacional[465]. Todas essas dimensões contemplam a felicidade.

---

[462] FIGUEIREDO, Marcelo. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Atlas, 2009, p. 76.
[463] REALE, Miguel. Fundamentos do direito. 3ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 309.
[464] Em: http://www.onu.org.br/politicas-publicas-devem-ser-voltadas-para-felicidade-e-bem-estar/. Aces mar/2013.
[465] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 35.

Vamos a um exemplo. O artigo 4º da Constituição brasileira afirma que o país rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da independência nacional. Somos soberanos. Qual a razão da soberania? Os internacionalistas talvez dissessem que é a segurança. Poderíamos afirmar que é a defesa do território. Todavia, em verdade, o maior valor da soberania é a possibilidade de cada ente soberano se esmerar em alcançar a perfeição e propiciar a felicidade daqueles que carregam consigo os laços de cidadania com aquele território. A felicidade, portanto, poderia facilmente constituir a razão de ser da soberania. Para De Felice: "o fim da soberania é a felicidade dos povos"[466]. Segundo o filósofo suíço Emer de Vattel, "uma nação deve primeiramente e preferencialmente a ela mesma tudo o que ela pode fazer para sua felicidade e para sua perfeição". Burlamaqui entende que as nações soberanas deviam buscar quais são as regras que apenas a razão prescreve aos homens, "para conduzí-los com segurança ao propósito que eles se devem propor e que todos eles se propõem de fato, eu quero dizer uma felicidade verdadeira e sólida"[467]. É, de fato, um argumento muito lembrado pelos internacionalistas e, ao que parece, consistente.

O arremate vem de Richard Posner, quando afirma que "nas condições da vida moderna, toda sociedade terá de haver-se com a questão da felicidade da população"[468]. Essa é a conscientização que esperamos pode ajudar a frutificar nas mentes daqueles que tiverem contato com a teoria apresentada nessa tese de doutoramento.

11.6 O Positivismo e o Direito à Felicidade

Robert Alexy afirma que os direitos fundamentais surgiram historicamente de situações específicas de demandas por segurança ou de ameaças prementes[469]. Para Alexy, não é vedado nem à Ciência do Direito, nem à jurisprudência, fundamentar as normas concretas historicamente desenvolvidas em normas mais gerais: "Pelo contrário, essa é uma tarefa essencial da Ciência do Direito, e para a jurisprudência esse procedimento é, no mínimo, útil"[470]. Não há dúvidas de que um dos objetos mais

[466] Lições de direito da natureza e das gentes.
[467] Livro I de seu Direito das gentes no capítulo XI.
[468] POSNER, Richard. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 50.
[469] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pp. 370-371.
[470] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 372.

polêmicos da Filosofia Política – a felicidade -, transformou-se diretamente em objeto de direito positivo e, com isso, suscitado uma série de questionamentos dogmáticos.

A polêmica trazida pelos julgamentos das uniões homoafetivas, pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil, somada à menção ao direito à busca da felicidade, gerou o questionamento sobre se a Suprema Corte estaria caminhando para o ativismo judicial. Na Câmara dos Deputados, o coordenador da Frente Parlamentar Evangélica, João Campos, além de chamar a decisão de "ativismo judicial", disse que "se tem uma minoria da sociedade que deseja fazer um debate para mudar esse conceito inscrito na Constituição, quem pode fazer isso? Só o Congresso Nacional, alterando o texto por meio de uma emenda constitucional"[471]. Enquanto isso, no Senado Federal, a Senadora Marta Suplicy discursava sobre o julgamento: "falaram de felicidade, falaram de cidadania, falaram de amor, falaram de respeito à vida". Há 16 anos ela havia apresentado o primeiro projeto sobre o assunto, que jamais foi levado à votação.

Diante de uma sociedade complexa e de textos constitucionais gerais fica cada vez mais difícil marginalizar princípios da interpretação constitucional. A sociedade de hoje se depara com conflitos anteriormente reprimidos. Os direitos fundamentais devem ser alvo de uma atenção especialíssima por parte do constitucionalismo. Essa realidade é evidente em si mesma. Não precisamos batizá-la. Não importa se a qualificam de pós-modernismo, ou pós-positivismo, ou neoconstitucionalismo, ou quaisquer outros "ismos". Essas têm sido as marcas do constitucionalismo nesse início de século. Os direitos fundamentais rompem, por razões substanciais, o quadro nacional, porque eles, se querem poder satisfazer as exigências a serem postas a eles, devem abarcar os direitos do homem. Os direitos do homem têm, porém, "independentemente de sua positivação, validez universal"[472].

A associação dos utilitaristas aos positivistas é constante. Não há razão para supor que, se sobre o que se fala é felicidade, então positivismo não pode ser. Não estamos tratando de nenhum tipo de anarquia metodológica. Nesse sentido, Dworkin apresenta Bentham como "o primeiro filósofo a apresentar uma versão sistemática do positivismo jurídico". Ele afirma que "quando o positivismo foi proposto pela primeira vez, e quando era uma força concreta entre juristas e juízes e não apenas uma atitude acadêmica, a situação política era muito diferente". Dworkin recorda de Bentham, que

[471] Manifestação dada à assessoria de imprensa da Câmara dos Deputados em 11/05/2011 e divulgada no site da Casa.
[472] ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 55.

escreveu em uma época em que os negócios eram mais simples e estáveis, e em que vigorava uma cultura moral mais homogênea: "é perfeitamente compreensível que ela esperasse, como de fato o fez, por codificações de leis que raramente deixariam brechas ou exigiriam interpretações controvertidas" - diz. Em tais circunstâncias, "os juízes que brandiam critérios morais para o direito representavam uma ameaça diferente à eficiência utilitarista, que podia ser evitada de maneira muito simples, negando-lhes tal poder". Dworkin recorda que mesmo nos primórdios do século XX, havia juristas progressistas que compartilhavam os pontos de vista de Bentham: o progresso podia ser alcançado "por meio de órgãos administrativos que atuassem de acordo com delegações político-parlamentares de grande abrangência, promulgando legislações detalhadas que pudessem ser aplicadas e executadas por técnicos"[473].

Para Dworkin, se supusermos que "os representantes tenham estabelecido uma concepção utilitarista de justiça geral completamente abrangente", eles "acreditarão ter um bom motivo para optar pela concepção positivista de direito", pois há uma forte afinidade entre uma concepção utilitarista de justiça e uma concepção positivista de legalidade: "não é por acaso que os dois fundadores do positivismo jurídico moderno, Bentham e Austin, eram utilitaristas por excelência" - afirma. Como Bentham enfatizou, a legislação utilitarista bem fundada deve ser organizada e direcionada a partir de uma única fonte: "o melhor programa para se maximizar a utilidade é um programa integrado em que diferentes leis e diretrizes políticas podem ser adaptadas e coordenadas de modo a produzir impacto máximo em termos de utilidade". Dworkin afirma que, nessa linha:

> O poder legislativo é a melhor instituição para se obter esse impacto máximo, porque ele pode examinar exaustivamente a arquitetura do direito e da política, e porque sua composição e seus processos de escolha tendem a produzir informações sobre a mistura de preferências na comunidade que são indispensáveis à exatidão dos cálculos das trocas e compensações necessárias à obtenção da máxima utilidade agregada[474].

Não há sustentação teórica na afirmação de que falar de felicidade, aliada ao Direito, corresponde a navegar num oceano moral, ou no Direito Natural, e não jurídico. Também não faria sentido afirmar que pretendemos incitar ativismos judiciais (seja lá o

[473] DWORKIN, Ronald. A justiça de Toga. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Fernando Santos. Evisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 256-257.
[474] DWORKIN, Ronald. A justiça de Toga. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Fernando Santos. Evisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 351.

que esse termo queira dizer). Direito constitucional e moral não marcham dissociados de tal forma, nem para os positivistas mais clássicos. John Austin dizia que "o direito constitucional é mera moral positiva"[475].

Tércio Sampaio Ferraz Júnior recorda que "essa autonomia do direito natural em face da moral e sua superioridade diante do direito positivo marcou, propriamente, o início da filosofia do direito como disciplina jurídica autônoma". Isso se deu até as primeiras décadas do século XIX. "Depois a disciplina sofre um declínio que acompanha o declínio da própria ideia de direito natural. No final daquele século, a disciplina reaparece, ganha força nas primeiras décadas do século XX" – rememora Tércio. Ele ainda nos diz que "a reflexão sobre o direito natural toma novos rumos, e a noção readquire sua importância"[476]. Tércio discorre a respeito do fenômeno da seguinte forma:

> Na ciência dogmática do direito, porém, embora a ideia esteja até hoje sempre presente (por exemplo, na fundamentação do direito subjetivo na liberdade), a dicotomia, como instrumento operacional, isto é, como técnica para a descrição e classificação de situações jurídicas normativamente decidíveis, perdeu força. Sua importância mantém-se mais nas discussões sobre a política jurídica, na defesa dos direitos fundamentais do homem, como meio de argumentação contra a ingerência avassaladora do Estado na vida privada ou como freio às diferentes formas de totalitarismo.

O Professor prossegue seu raciocínio afirmando que uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia pode ser localizada na promulgação constitucional dos direitos fundamentais. Para ele, "essa promulgação, o estabelecimento do direito natural na forma de normas postas na Constituição, de algum modo positivou-o". Segundo Tércio:

> E, depois, a proliferação dos direitos fundamentais, a princípio, conjunto de supremos direitos individuais e, posteriormente, de direitos sociais, políticos, econômicos aos quais se acrescem hoje direitos ecológicos, direitos especiais das crianças, das mulheres etc. provocou, progressivamente, sua trivialização. Uma coisa se torna trivial quando perdemos a capacidade de diferenciá-la e avaliá-la, quando ela se torna tão comum que passamos a conviver com ela sem nos apercebamos disso, gerando, portanto, alta indiferença em face das diferenças (cf. Luhmann, 1972, v. 2:255)[477].

---

[475] AUSTIN, John, 1832, The Province of Jurisprudence Determined, W. Rumble (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 1995, s. 276.
[476] FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 2010, p. 141.
[477] FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 2010, p. 140.

O alerta de Tércio é importante, pois, se é fato que a constitucionalização dos direitos naturais trouxe consigo sua trivialização, impossibilitando-nos de diferenciá-la e avaliá-la, a ponto de lhe sermos indiferentes, o constitucionalismo corre riscos. Nesse trabalho, falamos em vários momentos da necessidade de se levar a sério o reconhecimento do direito à felicidade em suas múltiplas espécies, afastando quaisquer interpretações vulgares que possam a ele ser conferidas, sob pena de, na linha do que registrado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, assistirmos a sua trivialização e, consequentemente, seu esgarçamento. Quando nos dedicarmos a analisar os raciocínios empregados pelo Supremo Tribunal Federal na temática a felicidade teremos condições de identificar se a Corte tem marchado rumo a essa trivialização.

Há, de fato, casos em que os métodos do positivismo jurídico não são capazes de resolver satisfatoriamente uma questão jurídica. Daí entrar elementos morais. Para Richard Posner:

> A moral é o conjunto dos deveres para com os outros (não necessariamente outras pessoas – os deveres podem dirigir-se aos animais ou, o que é importante, a Deus) que, em tese, põem freio às nossas reações meramente egoístas, emocionais ou sentimentais diante de questões sérias relacionadas à conduta humana. Diz respeito não ao que nos é devido, mas ao que nós devemos, exceto na medida em que a convicção de ser titular de um, direito (à felicidade, à autorrealização, a uma vida interessante, à oportunidade de exercer nossos talentos etc) imponha aos outros o dever de nos ajudar a obter aquilo que nos cabe[478].

Hans Kelsen, um positivista, dizia que "o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade"[479]. Para ele, a felicidade social poderia ser simbolizada pelo anseio por justiça e, esta, constitui conteúdo endereçado à ética e não à teoria do direito, uma vez que se trata de discussão quanto a normas morais e não quanto às normas jurídicas. Como se vê, Kelsen não enxerga nem o ideal por justiça, nem o anseio por felicidade, como componentes do Direito, mas da ética.

Dizer que Kelsen é um positivista, assim como afirmar que Bentham também se encaixaria nessa qualificação, não é um exercício vazio. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, há um sentido filosófico e um sentido sociológico de positivação:

> No primeiro, positivação designa o ato de positivar, isto é, de estabelecer um direito por força de um ato de vontade. Segue daí a tese segundo a qual todo e qualquer direito é fruto de atos dessa natureza, ou seja, o direito é um conjunto de normas que

[478] POSNER, Richard. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 04.
[479] KELSEN, Hans. O que é Justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 2.

> valem por força de serem postas pela autoridade constituída e só por força de outra posição ordem ser revogadas. Ora, à medida que tais atos de vontade são atos decisórios, positivação passa a ser termo correlato de decisão. Em conseqüência, implicando toda decisão a existência de motivos decisórios, positivação passa a ser um fenômeno em que todas as valorações, regras e expectativas de comportamento na sociedade têm de ser forçadas através de processos decisórios antes de adquirir validade jurídica (cf. Luhmann, 1972: 141). Em outras palavras, direito positivo é não só aquele que é posto por decisão, mas, além disso, aquele cujas premissas da decisão que o põem também são postas por decisão. A tese de que só existe um direito, o positivo nos termos expostos, é o fundamento do chamado positivismo jurídico, corrente dominante, em vários matizes, no século XIX[480].

Tércio recorda que a pendência entre positivistas e jusnaturalistas, "entre aqueles que negam e os que aceitam, ao lado do direito positivo (posto por autoridade) um direito natural (não posto, dado pela natureza e reconhecido pela razão humana) é antiga". Ele diz que "se tornou particularmente problemática desde o advento do fenômeno da positivação, no século XIX". Seu raciocínio derradeiro afirma que "são muitas as teorias filosóficas que buscam uma explicação para o direito natural, para a relação entre ele e o direito positivo, estabelecendo uma subordinação do segundo ao primeiro. Trata-se de um problema de filosofia do direito"[481].

Kelsen fala de duas justiças: a relativa e a absoluta. Segundo seu pensamento, só temos acesso à justiça relativa, incapaz de propiciar a felicidade. Ela conduziria a uma satisfação muito parcial, pois a fonte da justiça e a sua realização "têm de ser relegadas ao Aquém para o Além", pois temos de nos contentar "com uma justiça relativa, que pode ser vislumbrada em cada ordem jurídica positiva e na situação de paz e segurança por essa mais ou menos assegurada". Ele destaca que a justiça pelo qual o mundo clama, "a" justiça por excelência é "um ideal irracional". Ela emanaria de uma autoridade transcendente: Deus. Para Kelsen, "em vez da felicidade terrena, por amor da qual a justiça é tão apaixonadamente exigida, mas que qualquer justiça terrena relativa não pode garantir", surge "a bem-aventurança supra terrena que promete a justiça absoluta de Deus àqueles que Nele crêem e que, consequentemente, acreditam nela". Kelsen arremata: "Tal é o engodo dessa eterna ilusão"[482].

Associar a busca por justiça à felicidade, ou compreender o anseio por justiça como sendo a busca por felicidade, não encontra matriz teórica em Hans Kelsen. O

---

[480] FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 2010, p. 50.
[481] FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 2010, p. 84.
[482] KELSEN, Hans. O que é Justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 66.

grande jurista não foi pioneiro nesse raciocínio. Aristóteles pensou isso primeiro. Para o Estagirita, "o termo justo é aplicado a qualquer coisa que produz e preserva a felicidade, ou as partes componentes da felicidade da comunidade política". Sem qualquer vulgaridade na afirmação, tudo leva a crer que Kelsen pegou carona em Aristóteles. Kelsen com seu raciocínio afirmando que o problema da justiça "tem uma importância tão fundamental para a vida social dos homens", porque, no fundo, "emana da sua indestrutível aspiração à felicidade"[483].

As colocações de Kelsen sobre a jurisdição constitucional e a felicidade são pessimistas, chegando a lembrar de Immanuel Kant, na sua beleza e, principalmente, nos seus enganos decorrentes da visão ortodoxa dos fenômenos jurídicos e humanos. Para Hans Kelsen, a Constituição é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender. Trata-se de um "princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado", sendo, ela, "a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução e atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das atividades administrativas".

A função política da Constituição é "estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder", sendo que "uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos constitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico". Em seguida, ele conceitua jurisdição constitucional como "um sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais". A jurisdição constitucional seria, sobretudo, controle da constitucionalidade das leis. Kelsen registra que "a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio de separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele"[484].

[483] KELSEN, Hans. O que é Justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 65.
[484] KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda, 2007, p. 152.

12. DIREITO GERAL À FELICIDADE E SEUS DESDOBRAMENTOS

12.1 Conceito e Características

O que é felicidade? A resposta mais fácil costuma ser: "impossível conceituar". De fato, não é tarefa fácil, mas isso não nos impede de refletir a respeito, de destacar os elementos que não integram o campo conceitual de felicidade, de tentar delimitar sua abrangência e, ao final, de traçarmos linhas balizadoras que possibilitariam indicar o que ela representaria minimamente.

Os constitucionalistas têm certo costume em lidar com termos gerais: são os conceitos jurídicos indeterminados. Essas disposições polissêmicas estão presentes em todo o Direito, não havendo razão para perplexidades. A mesma dificuldade encontrada nas discussões a respeito de felicidade também as são em debates sobre justiça. Nem por isso o Direito abandonou esse ideal ou o reputou alvo de indiferença.

Por toda a sua vida, Hans Kelsen estudou o que era Justiça. É possível encontrar, de sua autoria, os livros: *O Sonho da Justiça*, *Ilusão da Justiça*, *O Império da Justiça* e *O Que é a Justiça*. Ao final da vida, falando sobre o conceito de Justiça, Kelsen afirmou que importante não era obter a resposta, senão não parar de questionar e não parar de perguntar. Logo, não teremos pânico ao nos depararmos com o desafio de conceituar felicidade. Questionemos e perguntemos. Sem parar.

John Rawls se arrisca a conceituar felicidade e o faz com sucesso. Para ele, a pessoa é feliz "quando está a caminho da execução (mais ou menos) bem-sucedida de um plano racional de vida elaborado em condições (mais ou menos) favoráveis e tem razoável confiança na possibilidade de realização de suas intenções". O que Rawls chama de "intenções", nosso conceito denomina "preferências ou desejos".

O indivíduo poderia ser considerado feliz quando seus planos racionais ganhassem execução, seus objetivos mais importantes estivessem se concretizando e houvesse motivo para crer que esse cenário persistiria. A felicidade em Rawls se reveste de dois aspectos: (i) a execução bem sucedida de um plano racional (o programa de atividades e objetivos) que a pessoa tenta realizar; e (ii) seu estado de espírito, sua confiança baseada em fundadas razões de que seu êxito vai perdurar. Ela se apresenta de forma objetiva (adaptação dos projetos às circunstâncias e crença fundada em convicções sólidas) e de forma subjetiva (crença de que se está a caminho da execução - mais ou menos - bem-sucedida de um plano racional). Deve se acrescer a cláusula de

que, "se estiver enganada ou iludida, que nada, por contingência e coincidência, desminta seus equívocos"[485].

Outra característica da felicidade de Rawls é que ela seria auto-suficiente (escolhida como um valor em si mesmo). Quando o plano racional é realizado com segurança, a vida se torna totalmente digna de escolha e não escolhe nada além disso: "a felicidade não é um objetivo dentre outro o qual aspiramos, mas a realização do próprio desígnio todo" - afirma. Esse pensamento é puramente aristotélico.

Há limites que devem ser suportados. Rawls esclarece que a busca da felicidade "quase sempre indica a procura de certos tipos de objetivos, por exemplo, vida, liberdade e o próprio bem-estar". Logo, a felicidade é um fim abrangente. Ele diz que "os santos e os heróis, e as pessoas cujas intenções reconhecem os limites do direito e da justiça ficam de fato, felizes quando seus planos têm êxito". Embora "não lutem pela felicidade podem, não obstante, ser felizes ao promover as causas da justiça e do bem-estar do próximo, ou ao alcançar as excelências para as quais se sentem atraídas"[486]. Isso não impede que sejamos felizes com as coisas simples. Para Rawls, desfrutarmos de prazeres menos elevados e nos permitirmos participar de brincadeiras e diversões, são atividades que relaxam a mente e descansam o espírito para que estejamos mais aptos a promover objetivos mais importantes.

John Rawls alerta para o risco de construção de planos egoísticos, fanáticos ou messiânicos, a depender do que componha tais planos ou da paixão atribuída aos objetivos que possibilitam alcançar a felicidade. Para ele, quando o fim predominante é uma meta objetiva "como o poder político e a riqueza material, o fanatismo subjacente e a desumanidade se tornam manifestos". O bem humano é heterogêneo porque os objetivos do eu são heterogêneos. Segundo o Filósofo, embora subordinar todos os objetivos a uma finalidade não transgrida, estritamente falando, "os princípios da escolha racional (não os princípios de contagem, pelo menos), ainda assim isso nos parece irracional, ou até loucura. O eu fica desfigurado quando é colocado, por razões do sistema, a serviço de um dos seus fins"[487].

---

[485] RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vida. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 677.

[486] RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vida. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 679.

[487] RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vida. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 683-684.

Foi em atenção a essa colocação de Rawls, a respeito dos excessos que o comprometimento com as metas pessoais podem acarretar, que o conceito de felicidade dessa tese fala em projetos racionais. Fala-se racional com a intenção de afastar os projetos passionais motivados por excessos messiânicos capaz de macular o projeto a ser desempenhado. O conceito que oferecemos, portanto, foi o seguinte: direito a planejar e dar execução a um projeto racional de satisfação de preferências ou desejos legítimos, considerando, nessa tarefa, chances de êxito. Seria esse o direito ampla à felicidade estabelecido por nós.

12.2 O Direito à Felicidade como Princípio

Como dissemos, na linha de Robert Alexy, o direito à felicidade se revestiria de uma roupagem principiológica. Para Alexy, "princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma média tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas". Seriam mandamentos de otimização e, como tais, poderiam ser preenchidos em graus diferentes. Essa medida ordenada do cumprimento dependeria tanto das possibilidades fáticas como das jurídicas, além de regras determinadas por princípios em sentido contrário[488]. O direito à felicidade é um princípio, pois a ele não podemos conferir, *prima facie*, caracteres de regra. É até possível a emanação de uma regra que tenha como anteparo o direito à felicidade. Mas o direito em si, de fato, tem revestimento principiológico. Como simboliza aspirações de liberdade, igualdade e segurança, constitui um princípio inserto no rol dos direitos fundamentais. Exatamente por esta razão, as colisões podem ser resolvidas, em boa parte das vezes, por meio de raciocínios que se guiem pelo *telos* de maximização da felicidade coletiva, ou seja, a maior felicidade possível, desde que não haja realizações de injustiças afrontosas à dignidade da pessoa humana.

O que se está afirmando é que, diante de colisões de direitos fundamentais (os quais, na linha de Robert Alexy, são princípios), o julgador poderia, caso tivesse informação suficiente, decidir de modo a ampliar a felicidade coletiva. Evidentemente que o julgador deve estar munido de informações suficientes a lhe fornecer segurança para fazer esse tipo de exercício. Sem informações bastantes o julgador navegará debaixo de achismos e intuições, o qu representaria um voluntarismo indevido.

[488] ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 64.

Um dos escudos contra eventuais excessos decorrentes de se alçar a felicidade como *telos* é o princípio da dignidade da pessoa humana. Proferir uma decisão considerando os potenciais efeitos que ela gerará na felicidade das pessoas envolvidas pode acarretar injustiças com um ou outro indivíduo isolado. Aqui, sob a nuvem dos direitos fundamentais compreendidos como o compreendemos hoje em dia, não seria aceitável o sacrifício dos direitos de uns para o gozo dos direitos dos outros. Não podemos concordar com a tortura de um acusado para assegurar que a maior parte da população ficaria feliz. Ou com a morte de um assassino porque desta forma a comunidade se sentiria mais segura. Nessas hipóteses, em que a aplicação do direito à felicidade coloca em risco direitos individuais, o escudo é o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser intrinsecamente considerado, ou seja, independente do saldo positivo quanto à utilidade da decisão, se esse saldo se der às custas de ofensa à dignidade, não há como proceder a ele.

O direito amplo à felicidade, portanto, se reveste das características de princípios, tomando por base a exposição teórica de Robert Alexy, sendo-lhe atribuído a possibilidade de mais eficácia possível dependendo das circunstâncias fáticas e jurídicas imanentes, razão pela qual ele funciona muito bem como um mandamento de otimização fundamental para determinados tipos de decisões.

12.3 O Direito à Busca da Felicidade (O Viés Liberal)

A acepção do direito à felicidade enquanto direito de não sofrer interferências ilegítimas por parte do Estado ou do particular na execução de projetos racionais de realização de preferências ou desejos legítimos, os quais ofereçam, ao titular, chances de êxito, será chamado de direito à busca da felicidade. Ele pressupõe uma posição liberal, qual seja, as pessoas têm o direito de executarem seus planos racionais de realização de desejos ou preferências legítimas sem que o Estado ou particulares intervenham. Eventuais interferências impõem fundamentações, pois se convertem num óbice ao exercício de um tipo de liberdade, que é a liberdade de buscar realizar a própria felicidade. Apesar de falarmos que o direito à busca da felicidade invoca naturalmente o exercício de liberdades, não estamos afirmando que ele é tão-somente um tipo de liberdade. O direito à busca da felicidade tem roupagem própria, com caracteres exclusivos, funcionando como fundamento de validade, inclusive, de subsistemas jurídicos. Não se trata, pura e simplesmente, de uma liberdade.

Os marcos filosóficos e teóricos que municiam essa proposta são todos da escola utilitarista. Contudo, erguida num momento em que a concepção de dignidade da pessoa humana não estava tão desenvolvida como hoje, lacuna esta sanada nesta tese. Adam Smith é o primeiro a falar a respeito. Segundo Smith, é sábio, por parte de "cada Estado ou república (*commonwealth*)", dedicar-se a "empregar a força da sociedade para coibir os que são sujeitos à sua autoridade, de prejudicar ou perturbar a felicidade um dos outros". O viés que se adota, como se vê, é liberal e voltado para o particular. O Estado deve impedir que as pessoas aniquilem mutuamente os direitos recíprocos de busca da felicidade desfrutados por cada indivíduo. O direito à busca da felicidade se encontra amparado por essa perspectiva. É possível abrir espaço para que outros sistemas do Direito, como o civil ou criminal, prescrevam normas que impeçam as pessoas de estabelecerem obstáculos ilegítimos aos projetos individuais de busca da felicidade. Adam Smith afirma que o respeito a não prejudicar nem perturbar em nenhum aspecto a felicidade de nosso próximo, mesmo nos casos em que nenhuma lei pode proteger adequadamente,

> constitui o caráter do homem perfeitamente inocente e justo, caráter que, quando traz consigo certa delicadeza de atenção, é sempre muito respeitável, até venerável por si mesmo, e dificilmente deixa de ser acompanhado de muitas outras virtudes, como grandes sentimentos para com outras pessoas, grande humanidade e grande benevolência[489].

A visão anunciada por Adam Smith encontra amparo na porta de entrada do edifício constitucional brasileiro: o nosso Preâmbulo. Esse enaltecimento às virtudes decorrentes do fato de o particular ter consciência da postura que deve adotar diante do direito dos demais indivíduos de buscarem seus projetos de felicidade, pode reconhecer fundamento de validade no Preâmbulo, quanto este diz que o Estado Democrático brasileiro se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. São tantas as bandeiras de virtude, justiça, respeito e generosidade que essa oração preambular traz, que de nada mais precisaríamos para

[489] SMITH, Adam. Teoria dos Sentimentos Morais, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, acrescidad e uma dissertação sobre a origem das línguas. Tradução Lya Luft. Revisão Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 273-274.

compreender que o projeto do constitucionalismo contemporâneo brasileiro é um projeto de felicidade de todos.

Portanto, o liberal Adam Smith é quem nos fornece as primeiras luzes quanto a esta espécie do direito à felicidade, que é o direito à busca da felicidade, direito de ordem negativa, que impõe ao Estado tanto não embaraçar a execução de planos racionais do indivíduo de conseguir a satisfação de desejos ou preferências legítimas, quando impedir que os particulares o façam. Vale destacar que quando falamos "legítimas" queremos dizer aquelas preferências ou desejos que não descambem para os prazeres perversos que, via de regra, maculam a dignidade da pessoa humana.

O direito à busca da felicidade seria uma especificação do direito à felicidade. Ele seria o direito à felicidade numa perspectiva liberal, qual seja, a imposição de inações por parte do Estado e do particular. Um direito que exige ausências de interferências infundadas aos planos racionais de desejos ou preferências legítimas. O primeiro desafio é delimitar a abrangência – que pode ser tida como uma mera fórmula vazia - tanto do suporte fático quando da cláusula de restrição do direito à felicidade. Outra crítica poderia suscitar que se trata de uma teoria muito abrangente e subjetiva. Se reconhecermos que há um direito à felicidade de matriz liberal (direito à busca da felicidade), cada indivíduo tem, caso não haja restrições, o direito de planejar e executar projetos racionais de desejos ou preferências legítimas cujo rol de objetivos componentes, se alcançados, lhe traria felicidade. Nessa missão, o indivíduo contaria com a proteção de situações e de posições jurídicas[490].

12.4 Direito Prestacional à Felicidade (O Viés Positivo)

Independente da associação que seja feita entre felicidade e bem-estar do ponto de vista terminológico, o presente tópico tratará do direito à felicidade pelo seu viés positivo, ou seja, o direito que o indivíduo tem de ser contemplado pelo Estado por meio de iniciativas que o ajudem a concretizar suas aspirações de felicidade. Por essa perspectiva, o Estado não deve simplesmente cruzar os braços permitindo que o indivíduo exerça o seu direito à busca a felicidade, que é a acepção negativa ou liberal do direito à felicidade. O direito prestacional à felicidade invoca uma atuação do Estado

[490] A nossa construção teórica do direito à busca da felicidade tem por inspiração as lições de Robert Alexy acerca do direito geral à liberdade esboçadas em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

de modo a fornecer ao indivíduo instrumentos que o auxiliem na consecução do seu projeto de satisfação de suas preferências ou desejos legítimos.

Aristóteles não desconsidera que a felicidade requer bens externos: "seria difícil desempenhar um papel nobre a não ser que se esteja munido do necessário equipamento". "Muitas ações nobres requerem instrumentos para sua execução sob forma de amigos, ou riqueza ou poder político" - diz. Ele afirma que a "felicidade exige o acréscimo da prosperidade externa, sendo esta a razão de alguns indivíduos identificá-la com a [boa] fortuna (a despeito de alguns a identificarem com a virtude)"[491].

Esse viés do direito à felicidade foi pensado pelos utilitaristas clássicos, a começar por Jeremy Bentham. Tim Mulgam nos lembra que eles eram hedonistas. Para os utilitaristas clássicos, a felicidade consiste no prazer (e na ausência de dor). Contudo, boa parte dos utilitaristas modernos favorece pontos de vista alternativos. Isto levou a uma mudança na terminologia. Saiu o termo "felicidade" (que levaria a discussão para o hedonismo) e entrou uma expressão neutra: bem-estar ou bem-estar social[492].

Se colhermos os ensinamentos de Jeremy Bentham, veremos que, para ele, o mais importante interesse das pessoas é a segurança, "que inclui uma alimentação adequada e abrigo, bem como segurança contra hostilidades". Para Mulgam, "o governo deve garantir que ninguém fique desamparado, e que todos tenham acesso a uma educação adequada e a cuidados de saúde, para permitir-lhes atender às suas próprias necessidades de segurança". O estado de Bentham é o nosso estado do bem-estar social[493]. Tim Mulgam recorda que, segundo Bentham, os seres humanos têm determinadas necessidades básicas: do essencial para a vida, de segurança, de abrigo, de estabilidade social suficiente para fazer planos para o futuro e assim por diante. São os "interesses de segurança". Para Mulgam, "essas precondições de uma vida que valha a pena devem ser garantidas a todos de pleno direito", pois a pessoa não pode desfrutar de segurança "se está preocupada com a possibilidade de ser privado das necessidades da vida pelo governo, ou por algum terceiro". Ele afirma que, para garantir a segurança de todos, "todos devemos sentirmo-nos obrigados a respeitar os direitos dos outros, e a não

[491] ARISTÓTELES (384-322 a.C). Ética a Nicômano. Traduções, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009, p. 54.
[492] MULGAN, Tim. Utilitarismo. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 88.
[493] A afirmação é de Tim Mulgam, em: Utilitarismo. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 26.

aplicar o principio utilitarista quando os interesses em segurança de alguém estiverem em jogo"[494]. Vamos trazer esses ensinamentos para a Constituição Federal brasileira.

A mesma segurança desejada por Jeremy Bentham e envolta atualmente no pacote do estado do bem-estar social era buscada por Adam Smith. Este afirma que "cuidado e previsão" são necessários para "prover os meios de satisfazer esses apetites naturais, de obter prazer e evitar dor, de obter a temperatura de calor e frio agradável e evitar a desagradável". Smith diz que a sua empresa própria consiste no "cuidado da saúde, da fortuna, da posição e reputação do indivíduo – objetos dos quais se supõe que dependam principalmente seu conforto e felicidade nesta vida"[495]. Dois positivistas e utilitaristas que enxergavam na segurança um pilar da felicidade.

O estado do bem-estar social, portanto, assim como o mínimo existencial, abre espaço para propiciar ao indivíduo mais segurança, que, por si só, já é um componente caracterizador de felicidade. Contudo, não esgota a carga eficacial do direito prestacional à felicidade, uma vez que os instrumentos utilizados pelo Estado para auxiliar os indivíduos a concretizarem seus projetos de felicidade não se limitam ao rol dos direitos sociais. À medida em que se avança na concretização desses direitos, novos horizontes a serem explorados passam a surgir, geradores de outros subsistemas jurídicos voltados à felicidade, consideradas as informações que a esfera política vai reunindo, de tempos em tempos, acerca do que faz as pessoas felizes. No âmbito do desenvolvimento urbano, é possível supor que a sociedade, enclausurada pelos engarrafamentos infindos, passe a reportar, em pesquisas rotineiras, alto grau de insatisfação com a utilização de veículos para ir trabalhar. Esse elementos infomacionais propiciam que as políticas públicas considerem a possibilidade de criar mecanismos que resgatem o bem-estar das pessoas em usufruir da vida nas cidades, como ciclovias, metrôs ou viadutos. Não estamos mais falando de direito à saúde, mas, mesmo assim, há um resultado voltado para a consecução de bem-estar.

Na doutrina contemporânea, encontramos nos Estados Unidos os ensinamentos de Bruce Ackerman, para quem, quanto ao bem-estar, "mesmo se aceitássemos uma visão puramente utilitária, poderíamos pensar que o processo de promoção de utilidades não deveria ser operacionalizado por meio da satisfação das preferências atuais". Isso

[494] MULGAN, Tim. Utilitarismo. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 40.
[495] SMITH, Adam. Teoria dos Sentimentos Morais, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, acrescidad e uma dissertação sobre a origem das línguas. Tradução Lya Luft. Revisão Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 265-266.

porque, "do contrário, ele poderia promover que quaisquer preferências caibam na melhor ou mais elevada concepção de felicidade humana". Ackerman esclarece que "essa visão conecta-se a velhas (e algumas atuais) formas de utilitarismo, dentre elas a mais famosa, a de Mill. Ela também tem raízes em Aristóteles". Ele diz que, neste caso, "não se tomam as preferências existentes como um todo, e não se põem todas as preferências no mesmo altiplano". Um critério de bem-estar permanece como aquele último, "mas o sistema não é focado tão-somente na satisfação de preferências. Ele insiste que bem-estar e satisfação de preferências são coisas inteiramente diferentes". Ackerman se afasta do nosso conceito de direito à felicidade, pois rejeita que o seja somente a busca pela satisfação de preferências.

Como exemplo a ilustrar seu raciocínio Ackerman diz que regras gerais que desencorajam um comportamento de dependência podem ter vantagens significativas em termos de bem-estar:

> A regulação da heroína ou sobre os cigarros – ao menos de tal regulação puder ser levada a cabo com efetividade – bem poderia aumentar o bem-estar social, por meio da diminuição dos comportamentos individuais danosos, removendo-se os efeitos secundários dos danos e, logo, produzindo-se vidas mais sadias e satisfatórias. Ou a ação governamental relacionada ao meio ambiente, teletransmissão, ou a cultura podem gerar (ou melhor, impedir obstáculos), para a geração de novas preferências, fornecendo um aumento de satisfação que culmina na produção de ganhos em bem-estar. O mesmo deve ser também verdade em relação às medidas antidiscriminatórias, que podem afetar os desejos e atitudes de discriminadores e vítimas da mesma forma[496].

Portanto, além do direito à busca da felicidade (que é o direito à felicidade no seu viés liberal), há também o direito prestacional à felicidade, que consiste na obrigação, por parte do Estado, de criar instrumentos possibilitadores da majoração direta na felicidade das pessoas, por meio da garantia de certos direitos prestacionais, mas, ultrapassando a ideia de direitos sociais, de garantias outras que, de alguma forma, adicionem as sensações de bem-estar dos indivíduos ou entregue parcelas dos projetos racionais de realização de preferências ou desejos legítimos. A partir do momento em que garante uma educação pública de qualidade, por exemplo, passa-se a possibilitar maior liberdade às pessoas, conquistada graças ao exercício das faculdades intelectuais, o que, por si só, assegura a própria felicidade e não somente o direito de lutar por ela. Há vários outros bens da vida além dos direitos sociais contemplados pelo art. 6º da

[496] ACKERMAN, Bruce. Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 228.

Constituição Federal que potencializam o desenvolvimento humano e a expansão dos talentos individuais capaz de ser útil à coletividade. Esses novos bens passarão a serem perseguidos à medida em que o Estado Constitucional perceber que já começa a concretizar determinados direitos sociais, sendo necessário, para a continuidade dessa grande marcha, a busca por novas aspirações da humanidade, voltadas para as aspirações de felicidade. Portanto, há, no direito felicidade, um viés de prestação estatal, diverso da imposição de abstenção que se dá com o direito à busca da felicidade.

O direito prestacional à felicidade, amplia as conquistasdo Estado do bem-estar social, ao cobrar do Estado ações voltadas não só para a consagração da igualdade, mas, também, da expansão dos talentos, do desenvolvimento humano e da possibilidade de obter auxílio na realização de projetos de execução de preferências ou desejos legítimos sobres os quais o titular enxerga chance de êxito.

12.4.1 Direito Prestacional à Felicidade e Mínimo Existencial

Fernando Henrique Cardoso, ex-presidente do Brasil, no discurso de premiação por ocasião do Prêmio Kluge, ofertado pela Biblioteca do Congresso norte-americano, registrou: "Esperemos que o Brasil, com sua criatividade única e imaginação, seja um agente ativo na construção de uma ordem política e econômica que permita não só o aumento do PIB – mas também o aumento da felicidade dos países"[497].

Aristóteles já alertava não ser possível acreditar naquele que narra uma grande felicidade vivendo uma vida de miséria: "Ninguém consideraria que quem vivesse uma vida de miséria fosse feliz, a menos [que insistisse em pagar] o preço da manutenção de um paradoxo"[498]. É intuitivo supor que a afirmação de que há um direito à felicidade devidamente situado, com suporte fático identificável e com fundamento de validade na Constituição Federal, seria dizer que estamos falando do estado do bem-estar social (nos superficiais conceitos relativos ao período posterior à Primeira Guerra Mundial) ou, simplesmente, de mínimo existencial. Seria pensar que, com o mínimo existencial, as pessoas têm supridas suas necessidades básicas e, assim, são mais felizes. Direito à felicidade não é isso. É mais do que isso. O mínimo existencial simplesmente amplia a liberdade das pessoas conferindo-lhe alguma segurança, mas isso, por si só, não

[497] Em: http://www.psdb.org.br/confira-a-integra-do-discurso-de-fhc-na-cerimonia-do-premio-kluge/. Acess mar/2013.
[498] ARISTÓTELES (384-322 a.C). Ética a Nicômano. Traduções, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009, p. 43.

assegura condições para que planejem e executem seus pacotes de preferências ou desejos legítimos. Podemos até dizer que, com a garantia do mínimo existencial, fica mais fácil, para o sujeito despossuído, dar início à sua busca por felicidade. Mas isso não é o mesmo que afirmar que direito à felicidade e mínimo existencial se equivalem. A sabedoria de Aristóteles já dizia que "sem o mínimo necessário à existência não é possível sequer viver, e muito menos viver bem"[499].

Para o sociólogo holandês, Ruut Veenhoven, uma vez enfrentados problemas decorrentes de fragilidades primárias como fome ou epidemias, as nações deveriam avançar rumo a outros desafios mais refinados, como a majoração do nível de felicidade das pessoas[500]. Isso quer dizer que reconhecer e assegurar um direito à felicidade é um passo além do mínimo existencial. Essa luta pode até servir de instrumento para conferir às pessoas mais autonomia para buscarem a realização de seus planos racionais de satisfação de preferências legítimas, ou seja, a busca à felicidade, mas não significa que mínimo existencial, estado do bem-estar social e direito à felicidade sejam a mesma coisa. Não são. O direito à felicidade, portanto, requer, claro, o suprimento de necessidades básicas, mas não se esgota nisso. Linda Keller adverte que "enquanto parecer impossível fixar uma definição precisa de felicidade, é razoável concluir que essa busca exige certamente condições econômicas básicas"[501].

Enquanto a dignidade da pessoa humana acolhe o mínimo existencial como plataforma econômica de viabilidade da dignidade, o direito à felicidade faz uso dessa plataforma, mas marcha em direção ao desenvolvimento humano nas suas mais elevadas acepções cujos resultados são desfrutados por toda a sociedade. Crente numa liberdade a permitir o desfrute e desenvolvimento de todos os talentos individuais sem embaraços, firme num propósito de igualdade que não corrompa essas individualidades e ciente de que o suporte econômico-social é importante para trazer segurança aos indivíduos, o direito à felicidade rompe o teto do mínimo existencial. Essa crença possibilitou ao mundo assistir às revoluções do século XVIII que lançaram à imortalidade aqueles que acreditaram num mundo melhor por meio das limitações dos poderes dos governantes e da garantia de direitos aos cidadãos. Tudo baseado na razão. Essas eram propostas

[499] I 2, 1253b, 28-29, p. 17.
[500] Apresentação feita na OCDE na conferência medidas e relevância política da felicidade, 02-03 de abril de 2007, intitulada Medidas da Felicidade Nacional Bruta, de autoria do sociólogo holandês Ruut Veenhoven da Erasmus University Rotterdam.
[501] Linda M Keller, 'The American Rejection of Economic Rights as Human Rights & the Declaration of Independence: Does the Pursuit of Happiness Require Basic Economic Rights?' (2003) 19 N.YL. Sch. J. Hum. Rts. 557, 613.

constitucionalistas. Segundo Emmanuelle Jouannet, as revoluções estavam aliadas ao desenvolvimento material e econômico da Europa do século XVII: "Apesar da grande miséria nos campos, das guerras, assim como os receios e medos que perduram no século XVIII, uma onda de otimismo atravessa toda a Europa, ou pelo menos sua elite intelectual, comercial e política"[502].

O direito à felicidade constitui, portanto, o bem jurídico a ser protegido quando se compreende que a vida é mais do que o fornecimento e gozo de bens primários. O conde de Shaftesbury registra que "é graças ao aumento da 'prosperidade' e 'das comodidades quotidianas' que esta ideia de felicidade se torna acessível à uma grande maioria dos indivíduos". Ele explica que à época das grandes revoluções constitucionais a economia assumia toda a sua dimensão. Também a paixão pela técnica era elemento decisivo para o contexto otimista: "Une-se de fato o desenvolvimento da técnica com a melhoria do bem-estar do homem". O que se vê é a utilização da prosperidade material e tecnológica em proveito dos indivíduos, para que eles consigam implementar suas aspirações de felicidade por meio da execução de planos legítimos. Shaftesbury diz que o ser humano alcançaria a felicidade porque ele poderia "melhorar, aperfeiçoar-se através de suas invenções e através de regras de conduta éticas e jurídicas"[503].

Eis, portanto, as mostras que há um descontentamento em boa parte das ciências sociais com a estruturação do Estado voltada para a consagração do mínimo existencial, ou seja, aqueles bens da vida reputados indispensáveis à sobrevivência do indivíduo. A humanidade, guiada pelo constitucionalismo contemporâneo, precisa ter no direito à felicidade, para que tenhamos, então, o retorno das grandes bandeiras universais que moveram o mundo em busca do desenvolvimento humano. O direito, a sociologia e a filosofia, como pudemos ver nas transcrições acima, estão aliados nessa tarefa.

---

[502] JOUANNET, Emmanuelle. Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international, Bruylant, 2011, (Collection de droit international, n°69). O trecho transcrito consta no capítulo V, intitulado "La finalité providentialiste du droit des gens moderne: Bonheur des peuples et perfectionnement des États".

[503] JOUANNET, Emmanuelle. Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international, Bruylant, 2011, (Collection de droit international, n°69). O trecho transcrito consta no capítulo V, intitulado "La finalité providentialiste du droit des gens moderne: Bonheur des peuples et perfectionnement des États".

12.4.2 Direito à Felicidade e Bem-Estar Social

Paulo Bonavides recorda que o Estado social representa "uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal", conservando "sua adesão à ordem capitalista". A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram "Estados Sociais". Também o foi "a Inglaterra de Churchill; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente; e o Brasil, desde a Revolução de 1930" – diz Bonavides. Estado social foi, por último, na órbita ocidental, "a República Federal Alemã, que assim se confessava e proclamava textualmente em sua Constituição, adotada em Bonn, antes da unificação". Bonavides registra que:

> Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes a mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social[504].

O bem-estar social, pela perspectiva da felicidade, não seria somente a denominação conferida ao compromisso com a garantia de um mínimo existencial ou de prestações estatais que assegurassem uma certa previdência aos indivíduos (Estado-Previdência). Seria o modelo resultante de uma opção política e jurídica que contempla um conjunto de instrumentos voltados a auxiliar o indivíduo a concretizar o seu anseio pela execução de um pacote de desejos ou preferências legítimas.

Contudo, o estado do bem-estar, como garantidor do direito prestacional à felicidade, tem uma finalidade específica, que é voltada para a satisfação de desejos ou preferências legítimas. Ele se interessa sobre o que é importante para a satisfação do indivíduo, o que lhe dá prazer, o que contempla suas preferências ou aspirações e o que desenvolve sua individualidade e talentos de modo a torná-lo cada vez mais útil ao projeto de vida em coletividade. Por essa perspectiva, as prestações estatais ganhariam

[504] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 186.

novos contornos, variantes dos que informam o estado clássico do bem-estar social. O *ethos* que guia o estado do bem-estar garantidor do direito à felicidade é a segurança, que é, assim como a liberdade, outro valor aprioristicamente considerado da felicidade, ou seja, que a compõe intrinsecamente. Tim Mulgam é quem nos recorda que o utilitarismo elege alguns valores intrínsecos, sem os quais não há que se falar em direito à felicidade. A liberdade é um deles, assim como a igualdade. A segurança, outro.

Inconscientemente costumamos associar a expressão bem-estar, que está na Constituição Federal de 1988, ao chamado bem-estar social. Contudo, nada obstante haja, em alguns dispositivos, essa associação, não é exclusividade do Estado do bem-estar social o fundamento de validade da expressão "bem", ou "bem geral" ou "bem-estar" nos textos constitucionais brasileiros.

Vamos à Constituição Imperial de 1824. O art. 2º permitia a subdivisão das províncias "como pedir o bem do Estado". Dentre as atribuições da Asembleia Geral estava a de promover o "bem geral do Nação" (art. 15, IX). No art. 24, "as Sessões de cada uma das Camaras serão publicas á excepção dos casos, em que o bem do Estado exigir, que sejam secretas". Pelo art. 34, se por algum caso imprevisto, de que dependa "o bem do Estado", for indispensável, que algum Senador, ou Deputado saia para outra Comissão, a respectiva Câmara o poderá determinar. No art. 86, "não se achando a esse tempo reunida a Assembléa, o Imperador as mandará provisoriamente executar, se julgar que ellas são dignas de prompta providencia, pela utilidade, que de sua observancia resultará ao bem geral da Provincia". O art. 101, II e IX, diz que o Imperador exerce o Poder Moderador "convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio" e "concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado". O juramento do Imperador continha o compromisso de "prover ao bem geral do Brazil" (art. 103). Por fim, o juramento dos Conselheiros de Estado determinava que eles agissem "attendendo sómente ao bem da Nação" (art. 141).

Mesmo não havendo qualquer consideração à época do Império acerca do que se entende atualmente por Estado do bem-estar social, a Constituição do Império trouxe inúmeros dispositivos nos quais se tratava de "bem", razão pela qual não podemos dizer que a concepção de bem-estar lançada nas Constituições brasileiras necessariamente se relacionam com o nascimento dos chamados direitos sociais.

O juramento do Presidente, previsto na Constituição Republicana de 1891, pelo art. 44, dizia: "Prometo manter e cumprir com perfeita lealdade a Constituição federal, promover o bem geral da República, observar as suas leis, sustentar-lhe a união, a integridade e a independência".

Curiosamente, a Constituição de 1934, que aponta em seu preâmbulo a necessidade de assegurar o "bem- estar social e econômico", não traz, eu seu corpo, nenhuma expressão "bem-estar", apesar de conter vários dispositivos que concretizam essa aspiração preambular.

Portanto, não entendemos o direito à felicidade defendido nesse trabalho como simples emanação da concretização dos direitos sociais inerentes ao chamado Estado do bem-estar social. Na nossa acepção, há ligação entre eles, mas o direito à felicidade vai além, porque dirige o esforço público para a satisfação de aspirações específicas dos indivíduos, voltadas para a realização de planos racionais de concretização de preferências ou desejos legítimos, reputados por eles como concretização de suas aspirações por felicidade e, do ponto de vista coletivo, dirige o indivíduo para o total desenvolvimento de suas potencialidades e talentos de modo a ser cada vez mais útil e enriquecedor para a coletividade.

12.5 Vedação aos Prazeres Perversos

Stuart Mill diferenciou a qualidade dos prazeres desfrutados pela sociedade. Prender um homem que não cometeu um crime não deve ser tolerado se o preso se disser feliz com a rotina da prisão. Práticas imorais, como a escravidão, não podem ser justificadas por meio de estudos mostrando que os escravos estão tão satisfeitos em suas condições quanto indivíduos livres. Existem outros valores ao lado da felicidade que refutem determinadas decisões públicas, independentemente do seu efeito sobre os sentimentos das pessoas afetadas[505]. Frederick Douglas registrou o seguinte, ao falar sobre o que sentiu ao ser ver livre da escravidão norte-americana:

> Numa carta a um amigo, escrita logo após chegar a Nova York, eu disse que me sentia como deveria me sentir quando se escapa de uma cova de leões famintos. Mas, num momento como este, as sensações são muito intensas e rápidas para serem expressas em palavras. Angústia e pesar, como escuridão e chuva, podem ser

[505] BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 56.

> descritas, mas felicidade e satisfação, como o arco-íris da promessa, desafiam a caneta e o lápis[506].

12.6 O Direito à Felicidade como *Telos* da Decisão Judicial

Não se cogita de um projeto de felicidade de um indivíduo isolado e autocrático, mas como um indivíduo relacionado a uma comunidade e a ela vinculado. Defendemos o conceito de direito à felicidade *lato sensu*, sabendo que, nas colisões que naturalmente aparecerão, devemos atribuir pesos maiores aos princípios relativos a interesses coletivos, de modo que, após a ponderação, reste menos do direito à busca da felicidade do que imaginávamos. Isso só mostra como é neutro o direito à felicidade. Mesmo assim, as intervenções continuam a ser restrições em um determinado tipo de felicidade e, por tal razão, elas devem ser fundamentadas[507].

É possível supor regras que vedem aos indivíduos interferirem nos projetos alheios de felicidade. Também é importante saber que a criação e manutenção da felicidade coletiva pode implicar no sacrifício de felicidades individuais, desde que não fragilizadores da dignidade da pessoa humana. A felicidade coletiva é a meta. Isso não se dá simplesmente ampliando o gozo do direito à busca da felicidade, no sentido de se lhe afastar vedações nem impor deveres para alcançá-lo. A felicidade coletiva não virá sem o direito contra intervenções da parte de sujeitos de direito de mesma hierarquia, sem as competências jurídicas para participar da formação da vontade coletiva, sem um certo grau de inexistência de situações de privação econômica e também sem as ações de participação na comunidade política, baseadas ao mesmo tempo nas próprias convicções e na responsabilidade[508].

12.7 Objeções e Respostas

Sendo amplo o suporte fático do direito à felicidade, também abrangente o é a sua cláusula de restrição, que seria composta por toda norma jurídica formal e materialmente condizente com a Constituição. Isso traz graves conseqüências. A

---

[506] Frederick Douglas, My Bondage and My Freedom, 1855. Em Douglas Autobiographies (The Library of America, 1994), 350.

[507] O raciocínio tem por inspiração os argumentos expostos por Robert Alexy ao falar do direito geral à liberdade. Cf. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 377.

[508] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 379.

primeira delas é a possibilidade de judicialização de demandas a respeito de eventuais interferências estatais ou particulares no direito à busca da felicidade. Isso poderia demonstrar que estamos tratando de um direito oco, vazio, sem conteúdo ou substância, e que não haveria, por isso, nenhum parâmetro para se decidir sobre a admissibilidade de restrições à busca da felicidade. O que teríamos seria simplesmente as previsões constitucionais de liberdades, as quais seriam utilizadas pelas pessoas da forma que melhor lhes conviessem. Como objeção, é possível afirmar que o que chamo de direito à busca da felicidade, em verdade, não seria nada mais do que a liberdade.

Primeiramente, acerca da associação do direito à busca da felicidade à liberdade, como dissemos antes, é claro que a liberdade serve de ponto de partida para a construção desse direito, mas não é claro que sejam eles a mesma coisa. Para se exigir um medicamento numa farmácia popular do Governo é importante que tenhamos liberdade política para eleger o governante e, depois, cobrá-lo pela falta de remédios. É fundamental que tenhamos o pleno gozo da liberdade de ir e vir. É crucial que haja proteção à liberdade de ofício e profissão dos médicos e demais profissionais que comporão todos os procedimentos cuja etapa final é o fornecimento do medicamento. Contudo, apesar dessa associação lógica, não há nada que justifique afirmar que direito à saúde nada mais é do que a liberdade. Do mesmo modo, afirmar que o Estado não pode interferir sem fundamentação legítima nos projetos individuais racionais de realização de um pacote de preferências ou desejos legítimos, sobre os quais há, por parte do titular, a impressão de chance de êxito, não é o mesmo que dizer que estamos falando da liberdade pura e simples. Associar o exercício de uma liberdade à busca da felicidade abre uma grande janela de oportunidades quanto à construção, pelo Legislador, de subsistemas jurídicos voltados para a felicidade individual e coletiva. Isso representa a aurora de um horizonte ainda não imaginado no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.

Além disso, a jurisdição constitucional, por meio do Supremo Tribunal Federal, tem proferido decisões visando proteger a felicidade da coletividade, valendo-se de raciocínios utilitaristas. Se uma decisão visa assegurar o bem-estar da coletividade, como dizer que o direito à felicidade não tem substância? Algo vazio não poderia ser o alvo de uma decisão judicial. Parece lógico pensar que ao indivíduo deva ser garantido, diante das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, um máximo grau de felicidade ao fazer ou deixar de fazer o que quiser. Isso seria o direito amplo à felicidade.

O Estado não pode interferir nos projetos de felicidade das pessoas a menos que haja uma fundada razão para isso, razão esta voltada para a garantia dos projetos de felicidades dos outros, num exercício legítimo de ponderação fundado na máxima utilitarista de maior felicidade para o maior número de pessoas. Essa aspiração de felicidade estará condicionada ao princípio da dignidade da pessoa humana e a restrições estabelecidas em atenção aos direitos à felicidade dos outros. Não há, *a priori*, um direito à felicidade absoluto. Se vivemos em coletividade esse direito precisa conviver em harmonia com um conjunto extenso de outros direitos. Portanto, os cálculos utilitaristas que visam ampliar a felicidade coletiva por meio de decisões envolvendo colisões de direitos fundamentais esbarram, sempre, no princípio da dignidade da pessoa humana. Esse fator tira do utilitarismo moderno seus potenciais excessos e mantém vivas suas máximas mais importantes. O princípio da dignidade da pessoa humana tanto pode sustentar como complementar o direito à busca da felicidade.

Pode haver restrições, pelo legislador, ao direito à felicidade, visando garantir a convivência social dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível. Esse é um raciocínio genuinamente utilitarista, mas cujas bases também podem ser encontradas nas máximas da proporcionalidade de Robert Alexy. Os projetos individuais de felicidade podem ser restringidos, desde que por razões suficientes. Aqui reside a essência do direito à busca da felicidade, que compreende o direito à felicidade na sua acepção negativa, ou seja, não há permissão definitiva para buscar, da forma que lhe convier, sua felicidade. O que se defende é que o indivíduo tem o direito de buscá-la, desde que não existam razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentem uma restrição no direito a esta busca.

É possível recear que o direito à felicidade – por ter um suporte fático amplo, que abarca não apenas todas as ações, mas também todos os estados e todas as posições jurídicas do titular do direito fundamental, e em razão de sua cláusula de restrições, também ampla, implicaria a aceitação de um direito fundamental à constitucionalidade da totalidade das ações estatais. Não é isso o que defendemos. Os casos concretos de violação surgiriam com o descumprimento de normas constitucionais que tenham uma função protetora para a liberdade individual em questão[509].

Há um direito à felicidade e, além dele, direitos implícitos à felicidade, que são detalhados quanto ao suporte fático por meio da concretização judicial. Quando um

[509] Raciocínio semelhante ao utilizado em ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 383.

tribunal, apreciando um caso, afirma que a tolerância às minorias deve ser o *ethos* da decisão, pois tal tolerância assegura mais bem-estar no longo prazo à sociedade, temos presentes tanto o direito à felicidade num sentido amplo, como, na sequência, um direito implícito à felicidade decorrente da concretização judicial, qual seja, a felicidade conquistada por meio da tolerância às diversidades. Logo, é possível enxergar a construção de um direito amplo à felicidade que será gradualmente refinado pela jurisdição constitucional.

12.8 A Constituição Federal de 1988 e a Felicidade

A pesquisadora Carol Graham, na obra *A busca da felicidade: Uma economia do bem-estar*, aponta que as questões relativas à felicidade pela perspectiva coletiva costuma vir designada por meio de várias expressões, tais como "felicidade, bem-estar, bem-estar subjetivo, e satisfação com a vida, entre outros"[510]. Paul Dolan, Richard Layard e Robert Metcalfe usam a expressão *well-being* (bem-estar). A chamada *Comissão-Stiglitz*, criada pelo então presidente francês, Nicolas Sarkozy, era voltada para a aferição do "bem-estar" dos franceses. Segundo texto da Comissão:

> Pesquisas têm mostrado que é possível coletar dados significativos e confiáveis sobre o bem-estar objetivo e subjetivo das pessoas. O bem-estar subjetivo engloba diferentes aspectos (avaliações cognitivas de uma vida, felicidade, satisfação, emoções positivas, como alegria e orgulho, e emoções negativas, como dor e preocupação): cada um deles deve ser medido separadamente para obter uma apreciação mais abrangente da vida das pessoas ... devem ser incluídos em maior escala inquéritos efetuados pelos oficiais de estatística.

Derek Bok tem obra intitulada "A Política da Felicidade: O que o governo pode aprender com as novas pesquisas sobre o bem-estar". Amartya Sen, por sua vez, constrói seu pensamento alicerçado na ideia de que o "bem-estar" não é a coisa mais adequada na qual concentrar a política social, pois o correto seria "medir, comparar e avaliar a justiça"[511]. Bruno Frey e Stutzer afirmam que, para muitos fins, a felicidade ou o bem-estar subjetivo relatado são uma aproximação empírica satisfatória para a

[510] GRAHAM, Carol. The pursuit of happiness: an aeconomy of well-being. Washington: Brooking Institution Press, 2011.
[511] WHITE, Nicholas. (A brief history of happiness). Breve história da felicidade. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Edições Loyola. 2009, p. 182.

utilidade individual[512]. Ao final do século XVI, Botero definia razão de Estado como aquela que concilia a lógica de poder e a procura do bem-estar do povo[513]. São muitas as publicações que tratam da felicidade se valendo da expressão *bem-estar.*

A nossa Constituição Federal não usa a palavra felicidade. O seu texto, contudo, vem repleto de dispositivos que falam em "bem-estar", expressão abraçada pela doutrina contemporânea – *well-being* – para designar felicidade de forma mais neutra. Além disso, há inúmeros dispositivos que encarnam o ideal de segurança, que, como vimos, compõe o suporte fático de felicidade. Essa segurança serve para garantir estabilidade aos indivíduos e condições mínimas de discernimento e liberdade para colocarem em prática seus planos de realização de desejos ou preferências legítimas.

Outro subsistema constitucional fundamental para o direito à felicidade é o da liberdade, em suas mais variadas espécies. Cada vez que a Constituição Federal de 1988 fala de liberdade, ela abre caminho para que, por meio desta, o indivíduo possa racionalmente buscar realizar o seu pacote de preferências ou desejos legítimos. Portanto, para que falemos em direito à felicidade é preciso reconhecer que temos, inicialmente, a necessidade de contar com a liberdade.

O Preâmbulo da Constituição institui um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício, dentre outros, dos direitos sociais e individuais, da segurança e do bem-estar. Dentre os fundamentos da República, temos o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III). O *caput* do art. 5º assegura a inviolabilidade, dentre outros, do direito à segurança. O Estado tem de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV). São gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei, o registro civil de nascimento e a certidão de óbito (art. 5º, LXXVI, 'a' e 'b').

Pelo art. 6º, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194)[514].

---

[512] GRAHAM, Carol. The pursuit of happiness: an aeconomy of well-being. Washington: Brooking Institution Press, 2011.

[513] Della Ragione di Stato, 1589.

[514] Nesse ponto, importante trazer as considerações de Ronald Dworkin. Para ele, o utilitarista do bem-estar social e individual afirma que uma lei ou uma decisão judicial só torna determinada situação melhor se, no conjunto ou na média, resultar na melhora da situação das pessoas. Alguém que rejeite o utilitarismo imagina que, pelos menos às vezes, uma situação é melhor do que outra ainda que, na média

A felicidade pode ser ampliada e as dores reduzidas no Brasil, bastando a concretização do dispositivo constitucional que diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, há de ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205). O que se vê aqui, além da segurança, é a própria liberdade.

Esse conjunto de dispositivos serve de fundamento de validade do direito à felicidade. Esse direito não encontra amparo constitucional exclusivamente no princípio da dignidade da pessoa humana. Quando a constituição fala de liberdade, ela abre espaço para o direito à busca da felicidade. Ao tratar de direitos sociais ou demais itens que trazem segurança ao indivíduo, ela formula um convite ao direito prestacional à felicidade. Ao vedar a tortura ou tratamentos degradantes, ela afirma também que não tolera prazeres perversos. Quando fala de pluralismo, aceita que a sociedade fica melhor com a tolerância às minorias, pois tem seus debates enriquecidos por contrapontos constantes necessários ao avanço da humanidade. O que fica claro, portanto, é que a Constituição Federal de 1988 está repleta de poros capazes de absorver os projetos individuais de felicidade, bem como de ampliar a felicidade coletiva.

Como vimos no Preâmbulo, bem-estar é o valor supremo do nosso Estado Democrático. Para o Chanceler d'Aguesseau, o direito das nações soberanas deve ser extraído "do mesmo amor próprio conduzido pela razão", sendo que este não é a preservação da soberania, mas o caminho para a felicidade. Para ele, "como o amor próprio de um particular, se é um amor razoável, o leva à felicidade, o amor próprio de uma nação, se é a razão que a conduz, torna-a mais feliz"[515].

---

ou em conjunto, as pessoas não estejam em melhor situação – talvez por que os direitos sejam mais respeitados ou porque a situação seja mais correta ou justa de algum outro modo. Dworkin afirma que boa parte do direito constitucional "não pode ser justificada em bases utilitaristas, mas, ao contrário, deve pressupor princípios de igualdade e justiça que não são utilitaristas em espírito ou conseqüência". E o objetivo geral da abordagem teórica, que é igualitária, é claramente não utilitarista". O Filósofo diz ainda: "é muito difícil considerar como evidente por si mesma a idéia de que o progresso consiste em tornar as pessoas mais felizes na média". DWORKIN, Ronald. A justiça de Toga. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Fernando Santos. Evisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 90.

[515] JOUANNET, Emmanuelle. Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international, Bruylant, 2011, (Collection de droit international, n°69). O trecho transcrito consta no

Interessante notar que a inserção do bem-estar no preâmbulo constitucional não foi inovação trazida com a Constituição de 1988. A Constituição de 1934 contava com preâmbulo que dizia:

> Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico.

Essa Constituição trouxe a acepção de bem-estar atrelado aos indicadores sociais e econômicos. Pretendeu-se realçar que esses dois pontos fundamentais do projeto coletivo, destacando que eles devem considerar, como fim, a felicidade de todos os envolvidos.

Mesmo a Polaca – Constituição de 1937 – falava de bem-estar no seu preâmbulo. Neste caso, duas vezes. Os trechos são os seguintes:

> (...) sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa do (...) bem-estar do povo; (...) Resolve assegurar (...) ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias ao (...) seu bem-estar (...).

Pela leitura do preâmbulo da Polaca nota-se que o discurso da felicidade atrelado às intenções dos governantes afastado dos anseios populares pode abrir espaço para justificativas inverídicas quanto a atos autoritários. A Constituição brasileira de 1937, a mais autoritária que já tivemos, trouxe em seu preâmbulo uma justificativa para o estado de coisas que tomava o Brasil à época afastando-se do nosso projeto democrático. A justificativa para a centralização excessiva de poder e a adoção de medidas das mais autoritárias da história do país foi que "sob as instituições anteriores não dispunha o Estado de meios normais para a preservação e de defesa do 'bem-estar' do povo".

A Polaca foi a Constituição brasileira que mais atenção deu ao bem-estar, deixando claro a possibilidade de desvirtuamento do discurso da felicidade como fundamento de práticas autoritárias. O art. 1º dizia que o poder político emanava do povo e seria exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar. Competia privativamente à União o poder de legislar sobre o bem-estar (art. 16, V). Uma prova do

---

capítulo V, intitulado "La finalité providentialiste du droit des gens moderne: Bonheur des peuples et perfectionnement des États".

desvirtuamento completo do discurso da felicidade é o parágrafo único do art. 96, que dizia: "no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária, dentre outras necessidades, ao bem-estar do povo, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal". A lei poderia prescrever providências destinadas à proteção, dentre outras coisas, do bem-estar do povo. Pelo art. 123, o uso dos direitos e garantias teria por limite, dentre tantos, "o bem-estar". Fica claro a utilização indevida da teoria da felicidade como bandeira que mascara politicamente pretensões afastadas das aspirações contemporâneas de direitos fundamentais.

O preâmbulo, porta de entrada da Constituição, esboça o ambiente no qual se dera a constituinte e marca a transição do modelo constitucional pretérito rumo a um novo horizonte do Estado brasileiro. Ele anuncia a essência da qual se reveste vários outros dispositivos constitucionais, de modo que a sua eficácia não pode ser negligenciada, principalmente se levarmos em consideração que a Suprema Corte tem conferido aplicabilidade a princípios constitucionais não escritos. Basta recordar que tanto nos Estados Unidos, como na França, a invocação à felicidade tem natureza preambular e isso não impede que a jurisdição constitucional lhe dê plena concretude ao analisar casos levados a julgamento. O Professor Gilmar Mendes, fazendo menção à realidade alemã, diz que "estão compreendidos no conceito de Lei Fundamental não apenas disposições constantes do texto constitucional mas também (...) o preâmbulo da Lei Fundamental"[516]. Se os princípios constitucionais não escritos têm ganhado plena eficácia em razão da atuação do STF, não há como relegar a um patamar inferior algo que está devidamente escrito, especialmente se levarmos em consideração que na história constitucional jamais tivemos uma Constituição sem preâmbulo.

O "bem-estar" não está lançado somente no preâmbulo da Constituição. O parágrafo único do art. 23 dispõe que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do "bem-estar" em âmbito nacional. Aqui o que se vê é uma outra vertente do direito à felicidade, que é a felicidade coletiva. Remete-se ao Congresso Nacional o dever de, por meio de leis complementares, celebrar alianças

[516] MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 136-137.

entre todos os entes da federação visando o equilíbrio do bem-estar em âmbito nacional. Aliado a esse bem-estar, quis o constituinte colocar a necessidade de equilíbrio do desenvolvimento também. A mensagem remete à igualdade material, de forma que o "bem-estar" e o desenvolvimento nacional não sejam sentidos somente em algumas regiões do país. Como se sabe, é pressuposto da República a igualdade, segundo a qual todos devem gozar, perante o Estado, da mesma consideração e respeito.

Continuando a leitura, de acordo com o art. 182, a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o "bem- estar" de seus habitantes. Dessa vez, entendeu-se a felicidade dos habitantes das cidades como a razão de ser das políticas de desenvolvimento urbano. Esse "bem-estar" há de ser garantido por meio do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. O que fica evidente é que a Constituição se preocupou com a qualidade de vida das pessoas residentes nas cidades, tentando, por meio de políticas específicas, assegurar a felicidade delas. E não é só o ambiente urbano. Pelo inciso IV do art. 186, a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, ao requisito de ter uma exploração que favoreça o "bem-estar" dos proprietários e dos trabalhadores. Não se fomentou uma visão egoística da propriedade rural. Pelo contrário. Afirmou-se que ela só tem sua função social plenamente executada quando, nos termos da lei, é explorada de modo a favorecer o bem-estar daqueles por ela afetados diretamente. Logo, segundo a Constituição brasileira a felicidade deve ser assegurada tanto a quem mora no campo como para quem mora na cidade, sem distinções, devendo o Estado, para isso, se empenhar em promover ações concretizadoras desse mandamento constitucional, sob pena de frustrar o projeto elaborado pelo constituinte.

A ordem social brasileira tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o "bem-estar" e a justiça sociais (art. 193). Além de se afirmar que ele é um valor supremo, de tratar do bem-estar nacional equilibrado, de focar no bem-estar tanto nas cidades como nos ambientes rurais, a Constituição remete ao objetivo da ordem social, também, o bem-estar.

Noutro ponto, diz que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o "bem-estar" da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal (art. 219). A felicidade da população passa a ser a finalidade do mercado. O viés

utilitarista de Adam Smith pode ser lembrado. Pelo texto, o incentivo do mercado interno deve pretender viabilizar o bem-estar da população, ou seja, só assim ele será útil. Esse ponto é muito importante, porque deixa claro a preocupação que a Constituição Federal teve com a razão de ser do mercado.

Como vimos no capítulo voltado para os testes empíricos aos quais a teoria da felicidade se submeteu, os países mais ricos não são necessariamente os mais felizes, nem as pessoas mais ricas são as mais felizes. Também vimos pesquisas apontando que o crescimento econômico não se dá de modo igual ao crescimento da felicidade. A Constituição anteviu esses possíveis problemas e assegurou que o mercado interno deve ser incentivado de modo a viabilizar o bem-estar da população.

Segundo o art. 230 da Constituição, a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e "bem-estar" e garantindo-lhes o direito à vida. Esse dispositivo impõe recordar das lições de Tim Mulgam, que nos diz que, na linha do utilitarismo, "as pessoas falham em perceber que os prazeres ou as dores no futuro distante são tão importantes quando os prazeres e as dores imediatos". Por esta razão, "elas falham em fazer a provisão adequada para a sua idade avançada", sendo, esta, uma característica geral dos seres humanos. Daí o "legislador estar em melhores condições de conhecer os interesses de longo prazo do povo do que ele próprio". Sempre que possível, "o legislador deveria melhorar as motivações das pessoas"[517].

Por fim, o § 1º do art. 231 diz que, dentre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, estão as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu "bem-estar".

Há, nessa ótima, um verdadeiro subsistema constitucional estruturado a dar segurança aos indivíduos, segurança esta que é, pela nossa teoria, componente necessário à felicidade. Basta, passando pelo Preâmbulo, consultar os dispositivos que exortam compromissos de liberdade e segurança, temperados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Pelas lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, lembramos que encontramos em Wolf, um teórico da felicidade, o termo sistema, para quem "mais um agregado ordenado de verdades, o sistema diz respeito sobretudo a *nexus veritatum*, que pressupõe a correção e a perfeição formal da dedução". Tércio recorda ainda que "esse

[517] MULGAN, Tim. Utilitarismo. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 25.

conceito foi reelaborado por Lambert, que, em obra datada de 1787, precisou-lhes os caracteres". Lambert trata do sistema como mecanismo, partes ligadas umas às outras, independentes umas das outras, "como organismo, um princípio comum que liga partes com partes numa totalidade e como ordenação, ou seja, intenção fundamental e geral capaz de ligar e configurar as partes num todo"[518].

De acordo Tércio, "o ideal clássico da ciência correspondente aos séculos XVII e XVIII está ligado ao pensamento sistemático". Ele afirma ainda que "a maior contribuição do chamado jusnaturalismo moderno ao direito privado europeu", uma vez que a teoria jurídica européia, que até então era mais uma "teoria da exegese e da interpretação de textos singulares, passa a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e até hoje domina os códigos e os compêndios jurídicos".

Quem aparece aqui é Pufendorf, com suas obras *De jure naturae ET gentium: libri octo, de 1672* (sistema completo do Direito Natural), e *De officio hominis ET civis*: *libre duo*, de 1673 (resumo da anterior). Grande sintetizador dos grandes sistemas de sua época e acentuando e dando um caráter sistemático ao processo de secularização do "direito natural iniciado com Grotius e Hobbes, Pufendorf ultrapassa a mera distinção entre o Direito Natural e Teleologia Moral, segundo o critério de normas referentes à outra vida, distinguindo as ações humanas em internas e externas"[519].

Portanto, na linha teórica de Tércio Sampaio Ferra Júnior, não parece exagerado afirmar que a Constituição Federal de 1988 traz dispositivos que contemplam a ideia de um direito prestacional à felicidade, a auxiliar a execução de planos racionais de concretização de desejos ou preferências legítimas, sobre as quais o titular enxerga possibilidade de êxito.

[518] FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 2010 .
[519] FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 2010, p. 43.

13. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE: A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

13.1 Apresentação

Um norte-americano, dirigindo-se a Benjamin Franklin, se queixou que seu país não estava lhe proporcionando felicidade – desrespeitando a Constituição. Franklin respondeu: "A Constituição só lhe dá o direito de buscar a felicidade. Você é quem tem de apanhá-la por si" [520]. O diálogo situa a discussão acerca da possibilidade de vinculação da jurisdição constitucional ao direito à busca da felicidade. A resposta de Franklin dá o tom do debate. O direito à busca da felicidade corresponde à necessidade de abstenção, por parte do Estado ou do particular, de atuações que interfiram na execução dos projetos racionais de realização de desejos ou preferências legítimas, sobre as quais, o titular, enxerga chance de êxito.

A judicialização de fenômenos da vida cotidiana ao argumento de que se estaria diante de violações ao direito à busca da felicidade não é fenômeno recente. Segundo Howard Mumford Jones, os norte-americanos tiveram muito trabalho para documentar queixas dessa natureza no século XIX, dando entrada em centenas de ações em tribunais federais e estaduais. Eles acusavam os governos e cidadãos de impedir o direito à busca da felicidade. Lendo as petições, percebe-se que "a distinção entre o direito à busca da felicidade e a necessidade de atingir a própria felicidade nem sempre era clara"[521].

13.2 O Cristianismo

Em 1810, uma corte local debateu a felicidade para as gerações futuras. Em Massachusetts, Parsons, o Presidente do Supremo Tribunal "igualou felicidade ao Cristianismo, e não apenas ao cristianismo, mas ao cristianismo protestante, e não apenas ao cristianismo protestante, mas ao apoio da igreja pelo Estado de Massachusetts"[522]. O abuso na utilização da teoria da felicidade é evidente.

---

[520] JONES, Howard Mumford. The pursuit of happiness. Volume 26 of Cornell Paperbacks, pp. 29-61.
[521] JONES, Howard Mumford. The pursuit of happiness. Volume 26 of Cornell Paperbacks, p. 346.
[522] Thos Barnes v. First Parish, Falmouth, 6 Mass. 334 (1810). LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution Journal of Korean Law, Vol.1, No.2,2001, pp. 71-103.

13.3 A Propriedade Privada

Em 1855, outra corte ingressou nas discussões sobre a felicidade, remetendo-a ao direito de propriedade. A Suprema Corte de Indiana declarou a inconstitucionalidade de uma lei estadual com base no direito de buscar a felicidade. Segundo Jibong Lim, "afirmando que os direitos à vida, liberdade e à busca da felicidade existiam antes da Constituição"[523], a Corte dividiu o direito à felicidade em duas partes: i) direito à fruição; ii) direito de adquirir e desfrutar da propriedade. A acepção trazida, portanto, remete o direito à busca da felicidade ao direito natural, existindo antes mesmo de o homem, por meio das constituições, reconhecê-lo.

A jurisprudência entendia que a propriedade tem força normativa inquestionável, algo que não se notaria no direito à busca da felicidade, uma vez que, este, não constava na Constituição Federal, ao contrário do direito à propriedade, taxativamente previsto. Posteriormente passamos a ver, ainda que raramente, cortes federais fazendo uma leitura conjunta dos direitos mencionados, promovendo a compreensão da 14ª Emenda (direito à propriedade) em sintonia com a Declaração de Independência, reconhecendo o caráter constitucional da definição de busca da felicidade.

13.4 A Exoneração da Tributação

O Supremo Tribunal do Estado de Wisconsin apreciou um caso de imposto sucessório de 1906. Na oportunidade, o banco interessado consignou em suas alegações:

> Os direitos inerentes aqui referidos não estão definidos, mas estão incluídos sob os termos muito gerais de vida, à liberdade e busca da felicidade. É relativamente fácil de definir a vida e a liberdade, mas é evidente que o termo perseguição, de felicidade, é uma expressão muito abrangente, que cobre um amplo campo[524].

13.5 O Direito de Herança

Em outros casos os tribunais têm entendido que o direito à busca da felicidade não tem nem sentido legal nem o poder normativo de ser aplicado em casos reais. Há

[523] Herman v. The State, 8 Indiana 545 (1855). For the analysis of the case, see Howard Mumford Jones, The Pursuit of Happiness 36-38 (Cambridge: Harvard Univ. Press, 1953). Também em LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution Journal of Korean Law, Vol.1, No.2,2001, pp. 71-103.

[524] Nunnenmacher, Trustee v. The State, 108 NW 627 (Wisconsin, 1906).

um caso no qual a Corte citou o Antigo Testamento para provar que a lei mosaica tinha disposições reconhecendo o direito de herança. Para Lim:

> O tribunal presumivelmente tinha em mente a Bíblia King James. De acordo com a Concordância de Young, a palavra 'feliz' ou 'felicidade' ocorre no Antigo Testamento dezessete vezes, mas em nenhum caso a felicidade referem-se à propriedade, mas à vida sabiamente vivida de acordo com as percepções do Todo Poderoso![525]

13.6 O Direito de Casar

Em 1958, dois residentes da Virgínia, Mildred Jeter (negra), e Richard Loving (branco) se casaram no Distrito de Columbia. Em seguida, retornaram para Virginia onde passariam a residir. Eles foram ameaçados de ir a julgamento por um júri popular sob a acusação de "violar a proibição de miscigenação". Ano seguinte, o casal se declarou culpado. Contudo, o juiz suspendeu a sentença com a condição de que saíssem da Virginia e não retornassem por 25 anos. Foram morar no Distrito de Columbia[526].

Em novembro de 1963, eles conseguiram anular o julgamento a que foram submetidos, ao fundamento de que ele não se dera de acordo com a 14ª Emenda (devido processo legal). Em outubro de 1964, o casal ingressou perante o Tribunal do Distrito Leste da Virgínia pleiteando a declaração de inconstitucionalidade da lei. O casal perdeu em todas as instâncias até que o caso chegou à Suprema Corte.

Sob a liderança do Presidente da Corte, Earl Warren, entendeu-se que os estatutos do Estado da Virginia que vedavam casamentos entre pessoas com base na classificação racial violavam a igual proteção e as cláusulas do devido processo 14ª.

Segundo a Corte "o estatuto tem apenas uma finalidade odiosa e discriminatória e não um fim legítimo primordial". Se recordarmos dos ensinamentos de Stuart Mill, estaríamos falando de prazeres perversos. Para a Corte "classificações raciais - particularmente para fins criminais - estão sujeitas a um rigoroso escrutínio e devem ser essenciais para a realização de algum objetivo do Estado, um interesse público relevante". Todavia, o Estado não havia demonstrado qualquer finalidade legítima para impedir casamentos inter-raciais. Somente "a odiosa discriminação racial", razão pela qual deveria ser declarado inconstitucional. A Suprema Corte registrou que:

---

[525] LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution Journal of Korean Law, Vol.1, No.2,2001, pp. 71-103. Professor de Direito, Konkuk University(Seoul, Korea). LL.M. 1996, U.C. Berkeley School of Law; J.SD. 1999. U.C. Berkeley School of Law.

[526] Loving v. Virginia 388 U.S. 1,87 S.Ct. 1817, 18 L.Ed.2d 1010 (1967).

> A liberdade de casar há muito tem sido reconhecida como um dos direitos vitais e pessoais essenciais para o exercício regular da felicidade pelo homem livre. O casamento é um dos direitos civis fundamentais do homem, fundamental para a nossa própria existência e sobrevivência.

Ao fazer menção à busca da felicidade, a Corte ressaltou que não estava compreendendo-a como um direito fundamental dotado de plena eficácia, mas um objetivo perseguido pela "vida" e pela "liberdade" e que, também, auxilia na interpretação dos limites destas. Daí Jibong Lim afirmar que "nunca a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a busca da felicidade como um direito, mas como o princípio ou fim"[527].

13.7 O Direito de Ser Deixado em Paz

Em 1923, a Suprema Corte apreciou o caso *Olmstead v. EUA*. O voto vencido de Brandeis rejeitou as provas obtidas por escutas, aplicando a 4ª, 5ª e 14ª Emendas à Constituição (devido processo legal). Ao aplicar a 14ª Emenda, Brandeis compreendeu a busca da felicidade como o direito de ser deixado em paz. Para ele "a proteção garantida pelas emendas é muito mais ampla. Os construtores da nossa Constituição comprometeram-se a assegurar condições favoráveis para a busca da felicidade". Para Brandeis, "eles reconheceram a importância da natureza espiritual do homem, de seus sentimentos e de seu intelecto. Sabiam que apenas uma parte da dor, prazer e satisfação de vida encontram-se em coisas materiais". Percebam as marcas fortes da doutrina filosófica nesse voto. O julgador afirmou ainda que:

> Eles procuraram proteger os americanos em suas crenças, seus pensamentos, suas emoções e suas sensações. Direitos conferidos, contra o governo, como o direito de ser deixado em paz, o mais abrangente dos direitos e o direito mais valorizado pelos homens civilizados. Para proteger esse direito, cada intrusão injustificada por parte do governo sobre a privacidade do indivíduo, qualquer que seja o meio empregado, deve ser considerado uma violação da 14ª Emenda[528].

Temos aqui a acepção mais pura do direito à busca da felicidade.

---

[527] LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution Journal of Korean Law, Vol.1, No.2,2001, pp. 71-103. Professor de Direito, Konkuk University(Seoul, Korea). LL.M. 1996, U.C. Berkeley School of Law; J.SD. 1999. U.C. Berkeley School of Law.

[528] Loving v. Virginia 388 U.S. 1,87 S.Ct. 1817, 18 L.Ed.2d 1010 (1967).

13.8 O Direito à Privacidade e à Vedação de Provas Obtidas por Meios Ilícitos

Outro caso tratou da proibição, em Washington, por meio da Lei de Proibição Nacional, do transporte e importação de bebidas alcoólicas, bem como de perturbações e venda de bebidas alcoólicas. Um grupo se insurgiu contra a medida. Olmstead foi o principal conspirador. Ele era gerente geral de uma empresa do mercado de bebidas. Em Seattle, trabalhava num grande prédio no qual havia três linhas telefônicas diferentes. Havia telefones no escritório do gerente, em sua própria casa, nas casas dos seus associados e em outros lugares na cidade. A informação que levou à descoberta da conspiração e da sua natureza e extensão foi em grande parte obtida por interceptação de mensagens nos telefones dos conspiradores. Pequenos fios foram inseridos ao longo dos fios de telefone comum. As inserções foram feitas no porão do prédio de escritórios de grande porte.

O voto-divergente do *Justice* Brandeis, enalteceu a proteção dos pais fundadores dos Estados Unidos ao direito à busca da felicidade, afirmando que os criadores da Constituição estabeleceram condições para alcançar o resultado dessa busca.

13.9 O Direito de Ministrar o Estudo de Línguas Estrangeiras

Em *Meyer v. Nebraska*, Robert T. Meyer foi condenado por um delito, e apelou para a Suprema Corte. A Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei estadual que proibía o ensino de línguas estrangeiras a crianças pequenas. Meyer, professor de línguas paroquiais na escola, tinha sido condenado por violar uma lei que proíbe o ensino da qualquer assunto em um idioma diferente do Inglês nas primeiras oito séries de escolas públicas e privadas. Para a Corte:

> O termo 'liberdade' na 14ª Emenda, incluiu muitos direitos acadêmicos, bem como não-acadêmicos. O direito dos professores a ensinar e o direito dos estudantes a aquisição de conhecimentos estavam entre eles. Assim, o direito de Meyer para ensinar alemão, o direito dos estudantes a aprender alemão e o direito dos pais a participar dele estavam dentro dessa zona de liberdade constitucionalmente protegida.

A Corte continuou:

> Nos termos da 14ª Emenda, nenhum Estado deve privar qualquer pessoa da liberdade sem o devido processo legal. Isso mostra que 'liberdade', não é apenas a liberdade de contenção corporal, mas também o direito do indivíduo de contrato para participar em qualquer das ocupações comuns da vida, para adquirir conhecimento útil, para se casar, estabelecer um lar e educação de crianças, para adorar a Deus segundo os ditames de sua própria consciência.

De acordo com o acórdão, "a busca da felicidade é a diretriz que ajuda a interpretar e limitar o alcance da 'liberdade"[529]. Esse trecho do acórdão é importante. Ele mostra como a jurisdição constitucional norte-americana compreende o direito à busca da felicidade como um direito associado à liberdade, o que lhe dá conotações tão límpidas que derrubam as primeiras acusações de ser um direito vazio, sem suporte fático. A liberdade, de fato, é componente intrinsecamente ligado ao direito à felicidade, principalmente quanto este se apresenta pelo seu viés liberal, ou seja, quando estamos falando do direito à busca da felicidade.

13.10 Outros Casos

Em *Bute v. do Estado de Illinois*, a Suprema Corte afirmou que "a Constituição foi concebida em grande parte, no espírito da Declaração de Independência, que declarou que proteger "direitos inalienáveis", como vida, liberdade e a busca da felicidade", contudo, segundo Jibong Lim, "não reconhecem a busca da felicidade constante da Declaração de Independência como um direito oponível"[530].

Há inúmeros casos que mencionam o direito à busca da felicidade: In Re Slaughter-House Cases (1872), Butchers' Union Co. v. Crescent City Co. (1884), Yick Wo v. Hopkins (1886), Pierce v. Society of Sisters (1925), Griswold v. Connecticut (1965), Zablocki v. Redhail (1978).

13.11 Limites: Quando se é Feliz Fumando Ópio

Em *Terr. Washington v. Ah Lim* (24 Pac 588) o direito à busca da felicidade apareceu novamente. Vigorava, em Washington, um estatuto que proibia o fumo de ópio. Lim Ah fumou e foi processado. Em sua defesa sustentou que "privá-lo do direito de fumar ópio foi uma violação injustificável ao seu direito à vida, liberdade e busca da

[529] Meyer v. State of Nebraska, 262 US. 390,43 S. Ct. 625 (1923).
[530] Bute v. People of State of Illinois, 333 US. 640, 68 S. Ct. 763 (1948). LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution Journal of Korean Law, Vol.1, No.2,2001, pp. 71-103.

felicidade", decorrente de uma indevida limitação aos meios e formas de diversão. Para a maioria da Corte:

> É comum ingressar em uma grande quantidade de conversa fluida acerca dos direitos e liberdades naturais, como se estas fossem descritas por meio de termos de um significado bem definido e imutável. Tais coisas não são absolutas, nem um direito absoluto à liberdade a ser garantida a qualquer membro da sociedade.

A decisão se alinha com o que Richard Layard fala, ao dizer que "Mill estava certo em sua intuição sobre as verdadeiras fontes da felicidade duradoura, mas errado em argumentar que alguns tipos de felicidade são intrinsecamente melhores do que outros". Para ele, "fazer isso é essencialmente paternalista", pois seria "óbvio que alguns prazeres, como os fornecidos pela cocaína, não podem em sua natureza ser duradouros; trabalham contra a felicidade da pessoa a longo prazo". Do mesmo modo que "alguns prazeres doentios, como os dos sádicos, devem ser evitados porque diminuem a felicidade das pessoas"[531]. Esse trecho demonstra a compreensão de que há direitos fundamentais que não se revestem de caráter absoluto.

13.12 As Críticas

Para Jibong Lim, em geral, a busca da felicidade tem sido entendida e interpretada pelos tribunais norte-americanos como uma retórica política e declaratória e não como uma terminologia jurídica da qual a força normativa vem diretamente em nível federal, bem como na maioria dos estados[532]. Segundo o Professor:

> a teoria da felicidade como um direito inalienável antecede o sistema judiciário americano. Se os tribunais têm se esforçado para adaptar um conceito do século XVIII até os tempos modernos, pode ser que a confusão foi em parte causada por sua incapacidade de estudar a história das maneiras pelas quais este conceito tornou-se central no pensamento político e cultural americana[533].

Para Howard Momford Jones o ideal de felicidade atualmente não está sendo conduzido por uma pequena elite – como a composta por Mason e Jefferson -, uma vez

---

[531] LAYARD, P. R. G. (Happiness). Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008, p. 39.
[532] LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution Journal of Korean Law, Vol.1, No.2,2001, pp. 71-103.
[533] LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution Journal of Korean Law, Vol.1, No.2,2001, pp. 71-103.

que ele foi democratizado à medida em que as causas de infelicidade foram popularizadas, "mas este conceito ainda não adquiriu força legal ou constitucional"[534].

Robert Allen Rutland chega a ter uma postura ainda mais cética acerca do direito à busca da felicidade. Insatisfeito em negar vigência ao direito à busca da felicidade, ele afasta qualquer eficácia quanto à Declaração Independência dos Estados Unidos, classificando esse célebre documento como uma "acusação de crimes praticados pela Inglaterra, um instrumento de propaganda e a afirmação mais clara da filosofia que existia por trás da Revolução Americana". Para ele, "não era uma carta de direitos uma vez que não forneceu uma única garantia legal da liberdade pessoal"[535].

Críticas têm surgido aos juízes no sentido de que, sempre que situações complexas se lhe apresentam, eles invocam a busca da felicidade como elemento integrante da decisão, em razão da sua indeterminabilidade conceitual, o que facilitaria sua utilização para qualquer que fosse a decisão. Os julgadores estariam dando à busca da felicidade a mesma significância que o senso comum seria capaz de dar. A crítica diz que: "A cláusula da busca da felicidade não é uma disposição que prescreve um direito específico e que pode ser o padrão de decisão judicial dotada de força normativa a regular um caso real. Seria, apenas, uma declaração da filosofia política". Nessa perspectiva, a busca da felicidade não teria índole jurídica, "mas política e filosófica"[536].

Contudo, o que vimos foi que a história constitucional norte-americana sempre contemplou o direito de propriedade, da mesma forma que o fez com o direito à busca da felicidade. O Poder Judiciário confere, a ambos, a mesma força normativa, qual seja, dispositivo dotado de força cogente capaz de servir de fundamento de decisão judicial.

---

[534] Howard Mumford Jones, The pursuit of happiness (Ithaca, NY: Cornell Univ. Press, 1953), p. 62.
[535] ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
[536] LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution Journal of Korean Law, Vol.1, No.2,2001, pp. 71-103.

14. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE: A EXPERIÊNCIA SUL-COREANA

14.1 Apresentação

A última parte do art. 10 da Constituição coreana prevê que todos os cidadãos têm o direito de buscar a felicidade. A parte anterior do dispositivo trata do valor e da dignidade humana. A busca da felicidade está na Constituição daquele país desde a revisão constitucional de 1980, quando o regime militar representado pelo Presidente Chun quis justificar o seu regime e, para tal, se valeu de disposições que anunciavam uma aparente democracia, dentre as quais o direito à busca da felicidade[537].

A Constituição coreana imitou o art. 13 da Constituição japonesa de 1946, que, por sua vez, imitou o art. 1º da Declaração de Direitos de Virgínia e o art. 2º da Declaração de Independência dos EUA (1776).

Jibong Lim é taxativo ao dizer que "a cláusula da busca da felicidade na Constituição coreana é uma disposição declaratória sem força executória e poder normativo". Para ele "o que constitui a busca da felicidade? Não existe um padrão na aplicação da cláusula de busca de felicidade para casos reais".

Falemos um pouco sobre a jurisprudência constitucional sul-coreana. Novamente o direito de casar aparece garantido pela jurisdição constitucional por meio da invocação do direito à busca da felicidade.

14.2 O Direito de Casar

O artigo 809, seção 1, do Código Civil coreano, dispunha que "os parentes de mesmo sobrenome e origem familiar não podem se casar"[538], comando que já existia

[537] LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution Journal of Korean Law, Vol.1, No.2,2001, pp. 71-103. Professor de Direito, Konkuk University(Seoul, Korea). LL.M. 1996, U.C. Berkeley School of Law; J.SD. 1999. U.C. Berkeley School of Law.

[538] Jibong Lim nos explica: "origem da família o lugar onde o progenitor da família estabeleceu a família pela primeira vez. Assim, é geralmente um nome de cidade ou localidade. No mesmo nome de família, pode haver várias origens da família. Assim, a origem da família é subcategoria sob o nome de família. Por exemplo, no sobrenome "Lim" há três origens diferentes da família -. Pyungtaek, Najoo e Yecheon Isso significa que três progenitores cujo apelido era "Lim," - eles poderiam ser irmãos ou parentes que viveram há muito tempo - criado e começou a . Lim família nos três locais diferentes, portanto, entre os LIRs, há três tipos diferentes -. Lire de Pyungtaek, Lim de Najoo e Lim de Yecheon As pessoas com mesmo sobrenome, mas diferente origem familiar pode se casar com outro Assim, para. exemplo, embora um homem e uma mulher são Lims, se o homem é Lim originou Pyungtaek ea mulher é Lim originou

desde o Código de 1958, incorporando costume existente há centenas de anos. Feministas tentaram revogar o texto, mas não conseguiram, em face da maioria que os grupos contrários tinham no Congresso.

Em 1995, o Tribunal Constitucional da Coréia aboliu a prática quando declarou a inconstitucionalidade do dispositivo adotando uma postura "que nem o Congresso nem o Executivo se atreveu a fazer". Segundo a maioria, o dispositivo do Código Civil violava os arts. 10, 11 seções 1 e 36.1 da Constituição da Coréia. Também violava o art. 37, seção 2ª da Constituição, voltado à ordem social e bem-estar público, segundo o qual a legislação não pode restringir o direito à liberdade do cidadão. O artigo 10 garante o direito pessoal de um indivíduo perseguir a felicidade. O art. 11 assegura a igual proteção. O art. 36, seção 1 cuida da igualdade de dignidade e de gênero individual no casamento e na vida familiar. O art. 37, seção 2 fala sobre as hipóteses de restrição ao direito de liberdade do cidadão.

Jimbong Lim não enxerga o artigo 10º da Constituição coreana, que assegura o direito à busca da felicidade, como dotado de força cogente suficiente a compor o bloco de constitucionalidade. Segundo o Professor, o comando "é apenas uma disposição declaratória sem qualquer conteúdo específico que até pode fazer derivar um direito substancial com força normativa".

Todavia, não foi esse o entendimento do Tribunal Constitucional. A Corte deu-lhe toda força normativa capaz de atribuir ao direito à busca da felicidade conteúdo substancial. Para o Tribunal Constitucional da Coréia, o art. 10 da Constituição não é uma declaração de princípio e valor fundamental sem força normativa. Segundo a Corte, o Código Civil viola o direito pessoal de auto-decisão em seu destino, que inclui o direito de auto-decisão do parceiro sexual, especialmente o direito de escolher o cônjuge, um direito incluído no direito à busca da felicidade.

14.3 O Direito à Reputação Ilibada

Questão curiosa se deu se analisou a constitucionalidade de dispositivo que autorizava a suspensão do indiciamento criminal por um promotor militar.

Najoo, eles podem casar entre si. Somente as pessoas com origem mesma família, entre mesmo sobrenome não podem casar entre si pelo art . Sec 809. I do Código Civil coreano". LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution. Journal of Korean Law, Vol.1, Nº.2, 2001.

Para o Tribunal Constitucional, a decisão de 'suspensão de indiciamento' pelo procurador militar para o suspeito invade o seu direito à busca da felicidade, pois o impede de livrar-se da mancha por meio de uma decisão final do tribunal dando-lhe como inocente[539]. A decisão do Ministério Público de 'suspensão de indiciamento' é feita quando não se indicia o suspeito a seu critério, considerando diversas circunstâncias, embora exista a suspeita suficiente para julgar o caso.

14.4 O Direito à Autonomia Privada

O direito à busca da felicidade foi utilizado mais uma vez pelo Tribunal Constitucional sul-coreano, em 1993. O Ministério do Esporte, em julho de 1989, baixou Portaria sobre utilização de instalações desportivas, impondo inúmeras limitações a estas instalações, tais como padrões de escala e sanitárias. Segundo o art. 5 º da Portaria, cada empresa de bilhar teria de colocar um aviso na porta de entrada notificando que menores de 18 anos não estariam autorizados a entrar.

Um empresário que acabava de abrir o seu negócio apresentou queixa constitucional em 18 de abril de 1992, argumentando que o artigo 5º da Portaria violava seus direitos constitucionais.

Para o Tribunal, o art. 5 º da Portaria era inconstitucional, pois violava a liberdade do requerente de ocupação e direito à igualdade e, ainda, o direito de busca da felicidade dos menores de 18 anos. Entendeu-se que a vedação invadia o direito dos menores de buscar a felicidade que queriam para cultivar o seu talento para o esporte, incluindo o bilhar.

Segundo Lim "nesta parte da decisão, o significado e o caráter do direito de buscar a felicidade é tão equivocada que o Tribunal parece considerar a busca da cláusula de felicidade como uma panacéia para o controle de constitucionalidade".

14.5 O Direito à Livre Iniciativa: A Venda de Bebidas

Em 1996, o Tribunal se viu novamente diante de um caso cujo fundamento para a declaração de inconstitucionalidade foi o direito à busca da felicidade.

[539] LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution. Journal of Korean Law, Vol.1, Nº.2, 2001.

O art. 38-7 da Lei do Imposto sobre *Liquor* determinava que o Diretor do Escritório de Administração Tributária Nacional deveria determinar que os atacadistas vendedores de *soju* [bebida popular tida como espirituosa] não comprassem mais de 50% da quantidade total de um produtor localizado na mesma província como a região atacadista de negócios. Além desse dispositivo, havia o art. 18 que previa a suspensão das vendas de bebidas alcoólicas em caso de violação da disposição acima.

Um empresário que foi obrigado a suspender as vendas de seu licor, devido à violação do art. 38-7 da Lei do Imposto sobre *Liquor*, questionou a constitucionalidade das duas disposições perante o Tribunal Constitucional.

A maioria da Corte - seis julgadores -, entendeu que os dispositivos eram inconstitucionais por violarem a liberdade de ocupação e liberdade para competir no mercado. Para a Corte, os dispositivos infringiram o direito dos clientes de auto-decisão, que está incluído no direito de buscar a felicidade[540].

14.6 Limites: Quando se é Feliz Sendo Adúltero

O Tribunal Constitucional analisou a constitucionalidade do art. 241 no Código Penal que tipificava o adultério como crime.

Para a Corte, a busca da felicidade estabelece as premissas que garantem o direito de auto-decisão em sua fé. Esse direito inclui o direito de auto-decisão quanto ao sexo, sobre se se vai ter relações sexuais e com quem.

O que se sustentava era que tipificar como crime o adultério violava o direito à busca da felicidade dos adúlteros. Segundo a Corte:

> A punição à prática do adultério estabelecida pelo art. 241 do Código Penal é uma limitação razoável do direito de busca da felicidade, porque foi feito a fim de manter uma boa moral sexual e o sistema de monogamia que impõe um dever de lealdade sexual ao casal e protege a vida familiar dos males sociais.

Decisões como esta esculpem o direito à busca da felicidade a partir do momento que estabelecem um conjunto de restrições ao seu suporte fático, possibilitando que, por meio da concretização judicial tenhamos em mente, de modo cada vez mais claro, o que compõe esse direito.

---

[540] Suspensão de Acusação pelo Ministério Público Militar (Corte Constitucional da Coréia, 27 de outubro de 1989). Billiard Hall caso, 92 heonma 80 (Corte Constitucional da Coréia, Maio 13,1993). Liquor Tax Act, 96 heonga 18 (Corte Constitucional da Coréia, dezembro 26,1996).

14.7 As Críticas

Para Jibong Lim, a Corte Constitucional tem se valido do dispositivo de maneira "abusiva" quando encontra dificuldade em fundamentar suas decisões em bases constitucionais. O Professor entende ser necessário aferir "se o direito à busca da felicidade na Constituição Federal sul-coreana é um direito substancial" dotado de força normativa capaz de ser utilizado como parâmetro de controle de constitucionalidade, ou se se trata somente de um "instrumento de retórica política que anuncia um ideal da Constituição". Segundo o Professor, "até o momento, não há nenhuma teoria claramente estabelecida na Coréia quanto ao que realmente significa o dispositivo constitucional que garante o direito à busca da felicidade[541]".

Young-sung Kwon, da Universidade Nacional de Seul, vê a busca da felicidade como um direito pessoal ao invés de um princípio geral sobre a garantia dos direitos fundamentais. Ele distingue o direito de busca da felicidade dos outros direitos constitucionais, chegando a alçá-lo a um *status* mais elevado do que os outros direitos constitucionais. Como o direito à busca da felicidade está no mesmo dispositivo que garante o valor e dignidade humanos, Young-sung Kwon compreende-o como "um meio para alcançar o valor e dignidade humanos[542]", não se constituindo num direito, "mas numa declaração do objetivo fundamental que todos os direitos prescritos na Constituição coreana devem perseguir". A visão de Young-sung Kwon corresponde à mesma do Ministro Celso de Mello, do STF, que compreende o direito à busca da felicidade como emanação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à busca da felicidade não seria um direito independente que garante o direito à privacidade ou o direito ambiental, mas um direito "global" que abrange todos os direitos fundamentais necessários para perseguir a felicidade, mesmo não enumerados na Constituição da Coréia. Para o Professor, sempre que uma situação contar com a guarida de um direito constitucional específico, este comando é o que deve ser aplicado, deixando de lado o direito à busca da felicidade – que é bem amplo – e aplicando-o somente quando houver um espaço normativo ocioso.

---

[541] LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution. Journal of Korean Law, Vol.1, Nº.2, 2001.
[542] LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution. Journal of Korean Law, Vol.1, Nº.2, 2001.

É fundamental nessa tese a conceituação que Young-sung Kwon[543] confere ao direito à busca da felicidade. Ele o enxerga como integrante do direito natural, compondo a base de cada direito fundamental previsto na Constituição coreana. Tratar-se-ia de um direito tanto negativo, como a liberdade de consciência, quanto prestacional, como os direitos trabalhistas, uma vez que "felicidade" não seria a substância de um direito, como o conceito de vida ou consciência, mas "a perseguição", o meio para realizar algum direito[544]. O visão conferida ao direito à busca da felicidade se aproxima do nosso direito à felicidade, apesar de ser mais limitado.

Por sua vez, Su Kim Tcheol, da Universidade Nacional de Seul, reconhece a busca da felicidade como um direito dotado de força normativa. Todavia, para ele o artigo 10º da Constituição coreana não deve ser lido aos pedaços, mas por inteiro, fazendo uma junção da parte que trata da busca da felicidade com a parte que fala do valor e dignidade humanos. Haveria três categorias: i) amplo; ii) direito fundamental principal; iii) direito fundamental derivado. Cada um dos direitos fundamentais previstos do art. 11 ao art. 36 são direitos derivados, apenas subdivisões do direito fundamental principal constante no artigo 10º da Constituição coreana. O direito à busca da felicidade abrangeria "o direito de não ser ferido no corpo, o direito de auto-decisão em seu destino, e o direito de viver em paz". Para o Professor, trata-se de um dispositivo declaratório inserido no âmbito do direito natural preexistente à própria nação, não se tratando de um direito positivo.

Noutra direção, Huh Young, da Universidade Yonsei, nega força normativa ao direito à busca da felicidade. Quanto à parte que se refere à dignidade humana, o Professor não considera haver um direito, mas uma mera declaração do valor supremo que todas as disposições de direito fundamental devem perseguir. Para ele, o direito à busca da felicidade é "a prestação mais problemática entre as disposições constitucionais em termos de sistema e estrutura das disposições de direito fundamental". O valor e a dignidade humana devem estar na Constituição para

[543] Segundo o Professor Young-Sung Kivon, da Universidade Nacional de Seul "a adoção do exercício da prestação de felicidade na Constituição coreana de 1980 foi o exemplo da irresponsabilidade e da ignorância da proposta de revisão constitucional com o objetivo apenas de catering para a popularidade pública se considerarmos todo o sistema de Constituição e Coréia do fato de que a substância da busca da felicidade é vaga". Lei Constitutinal: A 360 Textbook (Seul: Bubmoonsa, 2001). Já o Professor Huh Young, da Universidade Yonsei, diz que "esta disposição tem causado muitas controvérsias desnecessárias devido à sua imprecisão, uma vez que foi adotada na Constituição da Coréia, em 1980". Direito Constitucional coreana 318 (24 ed Seul.: Bakyoungsa, 2001).

[544] LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution. Journal of Korean Law, Vol.1, Nº.2, 2001.

fornecerem a base ideológica dos direitos fundamentais, uma vez que fornecem um valor implícito ao seu próprio conceito. Todavia, seria difícil reconhecer facilmente a busca da felicidade como um valor, em razão da relatividade secular da palavra felicidade. Daí haver problema estrutural em ter se colocado a busca da felicidade no mesmo dispositivo que trata do valor e dignidade humanos. O Professor também entende que a busca da felicidade é um instinto humano e não um direito fundamental objeto de uma norma. Logo, a busca da felicidade não poderia ser a garantia de um direito fundamental, mas a declaração de direção da vida do cidadão coreano que busca a realização do "valor e dignidade humanos" no seu ponto máximo.

Para Jimbong, "o Tribunal parece escapar facilmente na cláusula da busca da felicidade sempre que se depara com temas controversos e vê dificuldade em encontrar um dispositivo constitucional adequado para o caso específico". O Tribunal Constitucional não faz esforço para dar à luz a novos direitos fundamentais por parte de uma interpretação criativa e lógica das disposições constitucionais existentes: "o Tribunal está contando com a cláusula geral do direito de busca da felicidade como se fosse uma panacéia" - afirma. Diz que a cláusula da busca da felicidade é apenas uma declaração que não introduz direito concreto. Serve para orientar a interpretação das disposições de direito fundamental[545]. Ele finaliza: "o uso da expressão 'a busca da felicidade', como um direito básico dotado de força normativa por meio do qual é possível declarar uma lei inconstitucional traz "sons ásperos aos meus ouvidos"[546].

Nesse ponto, Lim traz preocupação que também foi sentida na jurisdição constitucional brasileira. De acordo com Jibong Lim,

> se o Tribunal, de forma não natural e injustificadamente, conta com disposições declaratórias para fundamentar suas decisões e exagera ao enxergá-la como uma disposição introdutora de um direito específico - e isso acontece mais e mais sem ser corrigido – a Corte pode perder o poder de persuasão que exerce sobre o seu público[547].

Para ele, pode também "por em risco a dignidade do Poder Judiciário e dar efeito nocivo para o desenvolvimento do ativismo judicial que é, na minha opinião, mais desejável no judiciário coreano".

---

[545] LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution. Journal of Korean Law, Vol.1, Nº.2, 2001.
[546] LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution. Journal of Korean Law, Vol.1, Nº.2, 2001.
[547] Professor de Direito, Konkuk University (Seul, Coréia). LL.B. 1991, Seul Nat'l University; LLM. 1993, Seul Nat'l University Graduate School; LL.M. 1996, U.C. Berkeley School of Law; J.SD. 1999. U.C. Berkeley Faculdade de Direito.

Mais uma consideração acerca do chamado ativismo judicial, decorrente da utilização, pela jurisdição constitucional, do direito à busca da felicidade para fundamentar decisões envolvendo delicados temas da vida. O mesmo espanto foi sentido no Brasil, tendo havido, inclusive, reações do Congresso Nacional contra a Suprema Corte. Contudo, o tempo fez estancar essas incompreensões.

15. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

15.1 Apresentação

"Todo direito humano tem de ser justificado como um modo de evitar sofrimento (ou promover a felicidade). A Constituição e as leis são cruciais para a felicidade"[548]. Essa é a afirmação de Richard Layard, um dos mais importantes economistas da Grã-Bretanha cujos estudos sobre desemprego e desigualdade serviram de base intelectual nas políticas públicas do governo trabalhista de Tony Blair. Layard é Diretor do *Centre of Economics Performance da London School of Economics.* Faria sentido a declaração? Há algo entre direitos humanos e felicidade? Seria, a Constituição, 'crucial' para a felicidade?

Não há, na legislação brasileira, previsão explícita do direito à busca da felicidade. Tanto a Câmara dos Deputados como o Senado da República contam com projetos de reforma da Constituição para a inserção, no rol dos direitos sociais, do direito à busca da felicidade, mas nenhum deles foi aprovado. Mesmo assim, a Suprema Corte tem decidido casos importantes mencionando, no teor de suas manifestações, o direito à busca da felicidade, deixando claro haver uma conexão reconhecida no Brasil entre a teoria da felicidade e a jurisdição constitucional. Nesse ponto do trabalho iremos discorrer exatamente sobre tais conexões e suas consequências no amadurecimento do nosso Estado Constitucional.

Recente decisão da Suprema Corte sobre uniões entre pessoas do mesmo sexo introduziu o direito à busca da felicidade no centro do constitucionalismo brasileiro. Em um dos votos da maioria favorável às uniões, um tópico falou sobre o direito à busca da felicidade apontando suas raízes e o seu desenvolvimento nos Estados Unidos, Japão, Coréia do Sul, França e Butão. Afirmou-se que ele teria natureza constitucional por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos objetivos da República. Tratar-se-ia de um princípio constitucional implícito.

Essa compreensão não tem passado livre de ataques. Exercendo o contraditório, partes afetadas pelo reconhecimento, por parte da jurisdição constitucional brasileira, do direito à busca da felicidade, têm suscitado o que bem entendem.

---

[548] LAYARD, P. R. G. (Happiness). Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008, p. 150.

Ao conceder a pensão a Edson Vander de Souza, companheiro do servidor público segurado pelo Instituto de Previdência dos Servidores de Minas Gerais, o Ministro Celso de Mello viu sua decisão ser contestada por Cármem Mello de Aquino Netta, filha do servidor. Para Cármem "a tese do direito à felicidade não pode se sobrepor à lei vigente, na medida em que cada um tem uma visão do que é esse subjetivo estado de euforia que está na metafísica"[549]. A Corte negou o pedido.

A polêmica trazida pelo julgamento gerou o questionamento sobre se a Suprema Corte estaria caminhando para o ativismo judicial. Na Câmara dos Deputados, o coordenador da Frente Parlamentar Evangélica, João Campos, além de chamar a decisão de "ativismo judicial", disse que "se tem uma minoria da sociedade que deseja fazer um debate para mudar esse conceito inscrito na Constituição, quem pode fazer isso? Só o Congresso Nacional, alterando o texto por meio de uma emenda constitucional"[550].

Não seria exagero afirmar que, no Brasil, teme-se o direito à busca da felicidade. A comunidade jurídica questiona qual sua fonte normativa. O receio é de que os tribunais comecem a fundamentar decisões com base em normas estrangeiras.

Essa parte do trabalho pretende identificar se, no Brasil, decisões judiciais se valem do direito à busca da felicidade como elemento autônomo ou apenas como argumento de reforço para as posições defendidas. Estudaremos os casos julgados pela Suprema Corte nos quais se mencionou o direito à busca da felicidade. Ao final, poderemos identificar se as decisões alçaram-no como fundamento ou se somente mencionaram-no como uma espécie de *dicta.*

15.2 A PEC da Felicidade e o seu Componente Simbólico

Tramita na Comissão de Constituição, Justiça e Redação do Senado Federal a Proposta de Emenda Constitucional nº 19, de 2010, de autoria do senador Cristóvan Buarque (PDT/DF). Ela pretende inserir no rol dos direitos sociais constitucionalmente protegidos o direito à busca da felicidade. O Senador Cristóvan fez questão de registrar:

> Evidentemente as alterações não buscam autorizar um indivíduo a requerer do Estado ou de um particular uma providência egoística a pretexto de atender à sua

[549] RE 477554 AgR/MG (Celso de Mello), 16/08/2011, 2ª Turma.
[550] Manifestação dada à assessoria de imprensa da Câmara dos Deputados em 11/05/2011 e divulgada no site da Casa.

> felicidade. Este tipo de patologia não é alcançado pelo que aqui se propõe, o que seja, repita-se, a inclusão da felicidade como objetivo do Estado e direito de todos.

Já a PEC nº 513, de 2010, de idêntico teor, tramita na Câmara dos Deputados e é de autoria da deputada Manuela d'Ávila, estando, atualmente, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Tanto o senador Cristóvan, quanto a deputada Manuela d'Ávila, registraram na justificação de suas propostas:

> Na Declaração de Direitos da Virgínia (EUA, 1776), outorgava-se aos homens o direito de buscar e conquistar a felicidade; na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) há a primeira noção coletiva de felicidade, determinando-se que as reivindicações dos indivíduos sempre se voltarão à felicidade geral. Hoje, o Preâmbulo da Carta Francesa de 1958 consagra a adesão do povo francês aos Direitos Humanos consagrados na Declaração de 1789, dentre os quais se inclui toda a evidência, à felicidade geral ali preconizada.

As propostas estão aguardando deliberação parlamentar.

Não precisamos inserir a expressão "direito à busca da felicidade" no rol dos direitos sociais contemplados pela Constituição para que tenhamos, na jurisdição constitucional, o respeito à tal postulado. A Constituição brasileira já estabeleceu um subsistema voltado para a felicidade, se valendo da expressão "bem-estar". Ela também se abre para os princípios decorrentes dos dispositivos nela inscritos, por meio do § 2º do art. 5º que diz: "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Há, ainda, os dispositivos voltados para a liberdade e a segurança.

É ingênuo supor que a única forma de a Constituição considerar o direito à busca da felicidade é inserir essa expressão em seu texto por meio de uma emenda. Se pensarmos bem, a Constituição Federal protege as minorias e não tem em nenhuma parte do seu texto a palavra "minoria". Ela também incentiva uma cultura de tolerância à diversidade, mesmo não se valendo dessa expressão. Em vez da palavra diversidade ela optou por "pluralismo". Sequer boa-fé nós temos na Constituição. Isso não quer dizer que ela não esteja devidamente contemplada em outros dispositivos constitucionais. Logo, não precisamos inserir o direito à busca da felicidade na Constituição para que iniciemos a marcha de aproximação entre a jurisdição constitucional e a teoria da felicidade. O STF já tem-no feito.

Qual a razão para se aprovar uma emenda à Constituição, por meio de um rígido processo, introduzindo o direito à busca da felicidade no seu texto? O sentido parece muito mais simbólico do que real.

Marcelo Neves traz a ideia de legislação simbólica como sendo aquela em que prevalece uma função de cunho político-ideológico em detrimento da função jurídico-instrumental de natureza normativo-jurídica. Ele também fala sobre constitucionalização simbólica, fenômeno pelo qual as constituições seriam repletas de dispositivos de improvável concretização, mas que significariam uma esperança e, até mesmo, um conforto à população[551].

Com a constitucionalização simbólica, o que se tem é a apresentação de dispositivos constitucionais que, sem relevância normativo-jurídica, confirmam as crenças e *modus vivendi* de determinados grupos. Um exemplo seria a afirmação de princípios de 'autenticidade' e 'negritude' nos países africanos após a independência. Para Neves, não se trata exatamente do problema abrangente do comprometimento das "instituições constitucionais básicas, ou seja, do bloqueio na concretização das normas constitucionais concernentes aos direitos fundamentais, 'divisão de poderes', eleições democráticas e igualdade perante a lei". Teríamos, em verdade, "simbolismos específicos, muitas vezes vinculados a textos constitucionais autocráticos, de tal maneira que não cabe, a rigor, falar de constitucionalização simbólica"[552]. O discurso constitucional se revestiria de um caráter ideológico, voltado para o fomento de esperanças e pacificação social, ainda que se soubesse que suas aspirações jamais seriam realizadas. Há, portanto, possibilidade de conteúdos simbólicos revestirem o discurso da felicidade enquanto bem-estar.

A PEC da Felicidade, nessa ótica, seria simbólica pelo fato de ter a finalidade de tão-somente lançar à Constituição um discurso envolvente, mas inútil, uma vez que já há, na própria Constituição, um subsistema voltado para a felicidade. Ademais, a jurisdição constitucional, mesmo não havendo expressa previsão constitucional acerca da expressão felicidade, também tem reconhecido sua presença implícita no texto. Se assim o é, qual a razão da PEC da Felicidade? Para nós, simplesmente o símbolo.

[551] NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
[552] NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 102.

15.3 A Segurança Jurídica

Em outro caso, o direito à busca da felicidade aparece atrelado a um princípio não taxativamente exposto na Constituição. Teríamos uma decisão fundamentada com base em dois princípios constitucionais implícitos.

O servidor público do Estado do Amazonas, Zedequias Rodrigues da Silva, aposentado, recebia um adicional de 20% ao seu salário previsto numa lei anterior a Constituição Federal de 1988. O Estado proibiu esse adicional ao argumento de que a Constituição não teria recepcionado a lei. O caso chegou à Suprema Corte.

O Ministro Carlos Velloso fundamentou sua decisão valendo-se, no ponto, do seguinte: "A lei inconstitucional nasce morta. Em certos casos, entretanto, os seus efeitos devem ser mantidos, em obséquio, sobretudo, ao princípio da boa-fé". Ao final, registrou:

> Uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz[553].

O interessante dessa decisão é que ela se sustenta no princípio da boa-fé, que não tem taxativa previsão na Constituição e que só se justifica após um exercício hermenêutico capaz de encontrá-lo implicitamente em outros dispositivos, como o artigo 37 que trata da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência necessárias a Administração Pública.

Se tomarmos como referência a posição do Ministro Celso de Mello, que entende que o direito à busca da felicidade está implicitamente previsto na Constituição, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, a decisão de Zedequias estaria fundamentada em dois princípios implícitos. Não causaria estranheza imaginar uma decisão fundamentada somente no direito à busca da felicidade.

15.4 A Livre Iniciativa

Um posto de gasolina, devedor do Fisco, sofreu penhora sobre parcela do seu faturamento. O posto alegava violação aos artigos 1º, IV, 5º, XIII, XVI e XVII e 170,

[553] AI 548.146/AM, 12/22/2005.

parágrafo único da Constituição, que falam em livre iniciativa, concorrência e livre associação para fins lícitos. O relator do caso, Ministro Joaquim Barbosa, escreveu:

> A Constituição não contém nenhuma disposição que obrigue o cidadão a ter sucesso econômico ou profissional. Também não se espera que as pessoas lançadas à sorte em empreendimentos empresariais tenham sempre capacidade administrativa pujante. O direito fundamental assegurado na Constituição Federal refere-se ao dever do Estado de permitir e prover os meios para a busca do sucesso, da felicidade e do bem comum[554].

O Ministro Joaquim deixa claro que o que a Constituição contempla é o dever do Estado de permitir e prover os meios para a busca da felicidade.

Segundo a Constituição Federal de 1988, o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o "bem-estar" da população, nos termos de lei federal (art. 219). A felicidade passa a ser a finalidade do mercado. Pelo texto, o incentivo do mercado interno deve pretender viabilizar o bem-estar da população. Esse ponto é muito importante, porque deixa claro a preocupação que a Constituição Federal teve com a razão de ser do mercado.

Logo, o que o Ministro Joaquim afirmou foi que a atividade privada deve se dar sem embaraços estatais que impeçam o desenvolvimento dos negócios avençados, uma vez que a Constituição contempla o dever do Estado em permitir e prover os meios para a busca da felicidade. O dispositivo constitucional acima incrementa o raciocínio empregado pelo Ministro.

Mesmo nas raízes do direito à busca da felicidade, na sua matriz norte-americana, com a Declaração de Independência, temos uma aliança entre a busca da felicidade e o desenvolvimento privado. O foco teria sido os interesses materiais, sendo, o principal deles, a proteção da propriedade privada.

15.5 O Direito de Casar

O direito de casar parece ser o que mais conta com invocações, no Brasil e no mundo, ao direito à busca da felicidade, seguindo a inspiração norte-americana que adotou tal fundamento pela primeira vez.

---

[554] RE 370.212/RS, 09/08/2010.

Segundo a Pesquisadora Carol Graham, "o casamento está positivamente correlacionado com a felicidade nos Estados Unidos (e, segundo outros estudos, na Europa) e na América Latina". Para Graham, "na Rússia, o casamento não está significativamente correlacionado com a felicidade (que demonstra níveis de felicidade genericamente mais reduzidos e que sofreu uma tulmutuosa transição econômica)"[555].

Graham fala que casamentos estáveis que atravessam uma crise não deveriam acabar, pois o divórcio gera muita infelicidade em ambos, o que não ocorre quando se tem um casamento turbulento. No Brasil, tivemos uma emenda constitucional que facilitou o divórcio sem qualquer estudo acerca do seu impacto na felicidade. Trata-se da emenda constitucional nº 66, de 12 de julho de 2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 anos.

No âmbito da jurisdição constitucional brasileira, em 2000, o Ministro Marco Aurélio, então Presidente da Suprema Corte, apreciou um caso e mencionou o direito à busca da felicidade. O caso trata do direito de reconstruir a vida afetiva.

Em 11 de março de 1994, Nicola Mary Tucker se casou, em Miami, com Robert F. Jansen. Tempos depois, o casal se divorciou amigavelmente, tendo, o ato, sido formalizado no 11º Circuito Judicial - Divisão de Família, do Condado de Dade, Flórida. Vivendo no Brasil, Nicola Mary Tucker pretendeu se casar novamente e pleiteou a homologação da sentença de divórcio.

O Presidente homologou o pedido e, ao fazê-lo, anotou: "ressalto o direito do homem à constante busca da felicidade, da realização como ser humano, passando o fenômeno pela reconstrução familiar"[556].

15.6 As Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias

Em outro julgamento histórico, a Suprema Corte, mais uma vez pelo voto do Ministro Celso de Mello, compondo a maioria que declarou a constitucionalidade da realização de pesquisas científicas para fins terapêuticos com células-tronco embrionárias, afirmou:

---

[555] GRAHAM, Carol. O que nos faz feliz por esse mundo fora. Tradução Michelle Hapetian e revisão de Alice Soares. Alfragide: Texto Editores, 2011, p. 82.
[556] SE 6467/EU, 05/22/2000.

> Permitirá a esses milhões de brasileiros, que hoje sofrem e que hoje se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável que é o direito à busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade, direito de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado[557].

Contudo, o fundamento da decisão consistiu na ausência de violação ao direito à vida e na prevalência dos direitos constitucionais à saúde, ao planejamento familiar e a uma vida digna.

15.7 Seria, a Invocação ao Direito à Busca da Felicidade, um *Obter Dictum*?

Os casos acima não utilizaram o direito à busca da felicidade como único elemento normativo autônomo capaz de fundamentar, isoladamente, a decisão tomada no âmbito da jurisdição constitucional. As decisões se baseiam também em outros dispositivos constitucionais.

Não seria equivocado dizer que a Suprema Corte, até agora, utilizou o direito à busca da felicidade como mais um fundamento da decisão. Contudo, "apesar de ser dever das cortes de justiça decidir questões de fato valendo-se de princípios, elas não deveriam fazê-lo invocando princípios mais gerais do que o necessário"[558]. Mencionar o direito à busca da felicidade ao longo de uma discussão judicial não quer dizer que seja esse o único fundamento da decisão.

Como se sabe, "declarações judiciais, desacompanhadas de aplicação judicial, não possuem autoridade[559]". Se analisarmos os casos mencionados, cujos fundamentos tocaram no direito à busca da felicidade, perceberemos que eles tentam assegurar acesso à liberdade de opção sexual, liberdade para reconstruir a vida familiar, liberdade para competir no mercado, liberdade de ciência, direito a benefícios do Governo e direito à saúde. São decisões tomadas com base na Constituição Federal, em dispositivos específicos, todos apontados nos extensos votos. O direito à busca da felicidade se associa, como defendemos, à liberdade e segurança. Ele também serviu para ilustrar a discussão fornecendo um argumento de reforço ao discurso empregado naquela deliberação argumentativa. O que há é a utilização de um referencial universal para

---

[557] ADI 3510.

[558] The Theory of Judicial Precedents. John W. Salmond. In Precedents, statues, and analysis of legal concepts/edited with an introduction by Scott Brewer. Garland Publishing, Inc. New York London 1998, pp. 388-389.

[559] The Theory of Judicial Precedents. John W. Salmond. In Precedents, statues, and analysis of legal concepts/edited with an introduction by Scott Brewer. Garland Publishing, Inc. New York London 1998, pp. 388-389.

situar discussões complexas que já foram resolvidas em outras nações por meio da utilização do direito à busca da felicidade.

Apenas o Ministro Celso de Mello tentou demonstrar o amparo, pelo direito constitucional brasileiro, a esse direito. Para o Ministro, o princípio da dignidade da pessoa humana contempla o direito à busca da felicidade, possibilitando o seu emprego por julgadores quando da tomada de decisões. Contudo, se fizermos uma leitura mais apurada do raciocínio, a decisão tomada com base no direito à busca da felicidade estaria em conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, constante na Constituição. Logo, apesar da utilização da expressão "busca da felicidade", ele vem associado à dignidade da pessoa humana como fundamento de uma decisão judicial.

16. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO PRESTACIONAL À FELICIDADE: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

16.1 Teste: O Tratamento dos Soropositivos

Aos 28 anos, o sergipano Alex[560] estudava na Universidade Tohoko, no Japão, graças a uma bolsa. Ele também trabalhava. Alex começou a sentir febre com frequência e perdeu 11kg rapidamente. Decidiu fazer alguns exames. Num deles, leu a palavra 'positivo'. Era o teste de HIV. Transtornado com o diagnóstico, ficou recluso no apartamento que dividia com dois amigos na província de Miyagi. Em uma semana, fez as malas e deixou o emprego fixo, a bolsa de estudo e o visto permanente para buscar tratamento gratuito no Brasil, em Aracaju. Ele se dirigiu a uma unidade dos Centros de Testagem e Aconselhamento (CTA´s) e foi recebido por uma equipe de profissionais multidisciplinares. Indagado sobre o que achou do serviço, disse: "Fiquei muito feliz com o atendimento integral e gratuito com médicos, psicólogos, nutricionistas, assistentes sociais e enfermeiros capacitados"[561].

A resposta de Alexy abre espaço para a configuração do direito à felicidade como direito prestacional à felicidade, correspondendo ao direito que o indivíduo tem de desfrutar de instrumentos estatais que o auxiliem a executar seus projetos racionais de concretização de preferências ou desejos legítimos, sobre os quais o indivíduo enxerga chance de êxito.

No Brasil o medicamento e o teste para o HIV são disponibilizados gratuitamente em todos os postos de saúde. O Sistema Único de Saúde oferece 20 medicamentos antirretrovirais diferentes para o tratamento da Aids.

Alex ficou feliz em recuperar sua saúde. Isso já era previsível. Pelo menos para a filosofia. Segundo Schopenhauer, "um mendigo saudável é mais feliz do que um rei doente"[562]. Madame du Châtelet recomendava: "Empenhemo-nos portanto em ter boa saúde"[563]. Stuart Mill chegou a inserir a saúde dentre os principais prazeres. Richard

---

[560] Pseudônimo.

[561] Disponível em: http://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2012/03/nove-acidentes-sao-registrados-pela-prf-nas-rodovias-de-sergipe.html. Acesso mar/2013.

[562] SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de ser feliz: expoxta em 50 máximas. Organização e ensaio de Franco Volpi. Tradução de Marion Fleischer, Eduardo Bandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Breves Encontros, p. 76.

[563] DU CHÂTELET, Gabrielle Emilie Tonnerlier de Breteuil, Marquêsa. Discurso sobre a felicidade. Tradução de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 39-40.

Layard afirma que há sete fatores que nos afetam quanto à felicidade sendo, um deles, a saúde. Para a pesquisadora Carol Graham, ter saúde torna as pessoas mais felizes e, melhor ainda, "a felicidade pode produzir efeitos positivos adicionais sobre a saúde – um fato a que tanto se alude na literatura, mas que é mais difícil de provar empiricamente com a maioria dos dados"[564].

Como a jurisdição constitucional brasileira contribuiu com a felicidade de Alex? A caminhada foi longa.

Em 12 de dezembro de 1998, o Município de Porto Alegre sustentava, na Suprema Corte, que os artigos 196, 197 e 198 da Constituição Federal eram normas programáticas, dependendo de regulamentação, não implicando a transferência ao município da obrigação de fornecer os medicamentos especiais e excepcionais necessários ao tratamento contra o HIV[565].

O art. 196 diz:

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Já o art. 197 registra:

> São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Por fim, o art. 198 dispõe que as diretrizes, ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único.

Porto Alegre dizia que a Lei nº 8.913/96 atribuía ao SUS a responsabilidade pela distribuição de medicamentos, razão pela qual não seria necessária a regulamentação do artigo 2º, no que toca ao financiamento das despesas. Também dizia que, em face à autonomia dos municípios, era inconstitucional o ato normativo federal ou estadual que lhes acarretasse despesa.

---

[564] GRAHAM, Carol. O que nos faz feliz por esse mundo fora. Tradução Michelle Hapetian e revisão de Alice Soares. Alfragide: Texto Editores, 2011, p. 143.

[565] Todo o relato foi extraído dos autos da AI 232469/RS, julgado em 12/12/1998, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

O Município sustentou que, mesmo que o citado Diploma não dependesse de regulamentação, não se poderia impor ao ente municipal a obrigação, sem que antes fossem estabelecidas as formas de repasse dos recursos. A Portaria nº 874, de 3 de julho de 1997, oriunda do Ministério da Saúde, atribui ao Órgão a responsabilidade pelos remédios específicos ao tratamento do HIV.

O caso ficou sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio. Segundo ele, o preceito do artigo 196 da Constituição, de eficácia imediata, revela que:

> a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

A referência a "Estado" abrangeria, para o Ministro, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Havia lei obrigando o fornecimento dos medicamentos excepcionais, como os concernentes à Aids, às pessoas carentes. Além disso, o município de Porto Alegre surgiria com responsabilidade prevista em diplomas específicos, ou seja, os convênios celebrados no sentido da implantação do SUS, devendo receber, para tanto, verbas do Estado. O Ministro não fugiu da alegação sobre falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição. Para ele, essa falta de regulamentação não impediria a responsabilidade do Município.

Ao final da decisão, proferida há mais de uma década, Marco Aurélio fez um alerta: "É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem".

A decisão foi proferida em 1998. Dois anos antes, o Brasil e o mundo davam dois importantes passos no combate ao HIV. Em julho, na Conferência Internacional de Aids, em Vancouver, Canadá, se anunciou a descoberta do chamado coquetel de combate à doença. Em novembro, o Congresso Nacional brasileiro aprovou a Lei nº 9.313, que obrigava o Estado a fornecer medicamentos de combate à enfermidade.

O Ministério da Saúde, tendo em vista o aumento de casos, a falta de recursos terapêuticos e a alta taxa de mortalidade, tinha estabelecido, em 1985, o Programa Nacional de DST e AIDS -PNDST /AIDS (Portaria nº 236 de 02.04.1985) e criado o Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais, visando estimular políticas públicas de prevenção e assistência aos portadores da enfermidade.

No ano 2000, na Conferência Internacional de Aids, de Durban, África do Sul, a comunidade internacional reconhecia o acerto da política brasileira na área de medicamentos indicando "o protagonismo e a liderança do país nas discussões sobre acesso universal, propriedade intelectual e patentes de medicamentos"[566].

Em 2001, na reunião da Organização Mundial do Comércio em Doha, Catar, o Brasil sustentou que os países em desenvolvimento deveriam ter a prerrogativa de quebrar patentes de medicamentos em áreas de interesse da saúde pública. Logo no começo de 2001, o Brasil declarou a possibilidade de licenciamento compulsório das patentes de dois medicamentos. No mês de março, conseguiu a redução do preço de um deles[567]. Quanto ao outro, em agosto de 2001 o Ministério da Saúde anunciou o licenciamento compulsório da patente do medicamento, sustentando emergência em razão do custo e do interesse público. Contudo, após o anúncio a detentora da patente reduziu o preço significativamente.

O Decreto Presidencial nº 4.830, de 04 de Setembro de 2003, autorizou a importação de medicamentos genéricos em caso de emergência ou interesse público. O Decreto autorizava ainda a produção em grande escala dos referidos antirretrovirais pelo laboratório estatal Far-Manguinhos.

Fica evidente que a postura do Judiciário é incômoda, porque força o Poder Executivo a fazer o que não estava fazendo, que é abranger novas necessidades de tratamentos médicos ocorridas no seio de uma sociedade complexa. Daí podermos dizer que as decisões judiciais no âmbito do direito à saúde muitas vezes trazem o benefício de forçar o Poder Executivo a manter sempre a atualidade de seus debates acerca das políticas públicas de saúde, oxigenando suas discussões e permitindo que novos elementos lhe sejam fornecidos. Além disso, contribuem para a maximização da felicidade da sociedade, por propiciar segurança a todas elas no que diz respeito ao tratamento universal e gratuito de uma doença tão desoladora quanto a AIDS.

Uma das maiores contribuições que a jurisdição constitucional brasileira deu à saúde foi a construção da jurisprudência favorável ao tratamento universal e gratuito dos soropositivos. Alex, feliz, certamente não fazia ideia disso.

O que vimos ocorrer com Alex foi a concretização das aspirações de utilitaristas clássicos como Jeremy Bentham. A este respeito, Tim Mulgam afirma que, para os

---

[566] GREEN, Duncan. Da pobreza ao poder: como cidadãos ativos e estados efetivos podem mudar o mundo. Tradução de Luiz Vasconcelos. São Paulo: Cortez; Oxford: Oxfam International, 2009, p. 27.
[567] Todo o histórico nacional pode ser conhecido acessando o site mantido pelo próprio Ministério da Saúde no Brasil. Disponível em: http://www.aids.gov.br/. Acesso mar 2011.

utilitaristas, "o governo deve garantir que ninguém fique desamparado, e que todos tenham acesso a uma educação adequada e a cuidados de saúde, para permitir-lhes atender às suas próprias necessidades de segurança". Como já havíamos dito, o estado de Bentham é o nosso estado do bem-estar social[568]. Se recordarmos de Adam Smith, lembraremos que, para ele, sua empresa própria consiste no "cuidado da saúde, da fortuna, da posição e reputação do indivíduo – objetos dos quais se supõe que dependam principalmente seu conforto e felicidade nesta vida"[569].

[568] A afirmação é de Tim Mulgam, em: Utilitarismo. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 26.

[569] SMITH, Adam. Teoria dos Sentimentos Morais, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, acrescidad e uma dissertação sobre a origem das línguas. Tradução Lya Luft. Revisão Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 265-266.

17. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO À FELICIDADE QUANTO ÀS PREFERÊNCIAS LEGÍTIMAS: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

17.1 A Qualidade dos Prazeres

A jurisdição constitucional brasileira tem dado sua contribuição para minimizar o cultivo, pelas pessoas em suas relações sociais, dos prazeres perversos. O STF tem compreendido que os prazeres perversos maculam a ideia de dignidade da pessoa humana, razão pela qual eles não devem ser estimulados, seja pelo Estado, seja pelos particulares, seja pelo próprio indivíduo que enxerga, em práticas cruéis, egoístas, sádicas ou perversas por qualquer ordem, fonte de prazer.

17.2 Teste 1: As Brigas de Galo

17.2.1 Marco Teórico

Os utilitaristas foram grandes defensores dos direitos dos animais. Jeremy Bentham, que desde sempre encampou essa bandeira, disse: "O problema não consiste em saber se os animais têm poder de raciocinar; tampouco interessa se eles falam ou não; o verdadeiro problema é este: podem eles sofrer?[570]

Há outro utilitarista que defende, com vigor, os direitos dos animais. Trata-se do filósofo australiano, Peter Singer. Para ele, os animais, em razão de sua capacidade de sentir prazer e dor, têm o interesse em não sofrer: "A capacidade de sofrer e desfrutar as coisas é uma condição prévia para se ter quaisquer interesses, condição que é preciso satisfazer antes de se poder falar de interesses de um modo significativo"[571] – afirma.

Nessa linha, vamos trabalhar o caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal relativo à constitucionalidade das leis que regulamentavam as brigas de galos.

[570] BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. Os Pensadores. São Paulo: Abril, 1979, p. 04.
[571] SINGER, Peter. Ética prática. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 68.

17.2.2 Fatos

Vigorava, no Estado do Rio de Janeiro, a Lei estadual nº 2.895, de 20 de março de 1998, editada com o objetivo de disciplinar as chamadas brigas de galos (os da espécie *gallus-gallus*). Uma ação ajuizada no STF atacava a lei ao fundamento de que ela violava o art. 225, "caput", c/c o seu § 1º, inciso VII, da Constituição Federal[572], que tratavam de meio ambiente ecologicamente equilibrado e vedada a crueldade a animais, respectivamente.

Justificando a Lei, a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro disse que as brigas de galos eram "um forte fator de integração de comunidades do interior do Estado, a gerar, inclusive, um apreciável número de empregos, sendo que, no Rio de Janeiro, há, aproximadamente, 100 rinhas e mais de 70 centros esportivos".

Os fundamentos e debates lançados nesse julgamento mostram que a vertente da nossa teoria da felicidade, voltada para a vedação a satisfação ou estímulo de prazeres perversos, tem sido contemplada pelo Supremo que a associa, da mesma forma que fazemos, com o princípio da dignidade da pessoa humana.

17.2.3 Prazeres Perversos

Para o Relator do caso, Ministro Celso de Mello, a Constituição visa impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitar a vida animal, "cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais". Segundo ele, afirmar que se trata de atividade desportiva ou prática cultural ou, ainda, expressão folclórica, é uma "patética tentativa de fraudar a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna, vocacionada, dentre outros nobres objetivos, a impedir a prática criminosa de atos de crueldade contra animais".

O Ministro Ayres Britto frisou a necessidade de inibir os prazeres perversos. Para ele, o preâmbulo da Constituição fala de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos: "E fraternidade evoca, em nossas mentes, a ideia de algo inconvivível com todo tipo de crueldade, mormente aquelas que desembocam em derramamento de sangue, mutilação de ordem física e, até mesmo, na morte do ser torturado" - afirmou.

[572] ADI 1856/RJ (Rel. Min. Celso de Mello), 26.05.2011.

Segundo Ayres Britto, “essa crueldade, caracterizadora de tortura, manifesta-se no uso do derramamento de sangue e da mutilação física como um meio, porque o fim é a morte”. Ele destacou que, nas brigas de galos, “o jogo só vale se for praticado até a morte de um dos contendores, de um dos galos, que são seres vivos”. Disse ainda que “derramar sangue e mutilar fisicamente o animal não é sequer o fim. O fim é, verdadeiramente, a morte de cada um deles; a briga até a exaustão e a morte”. Ao final, o Ministro disse: “não se pode perder a oportunidade para que a Suprema Corte manifeste o seu repúdio, com base na Constituição, a esse tipo de prática, que não é esporte nem manifestação de cultura”.

Até aqui o que temos é a contemplação da vedação aos prazeres perversos, decorrentes de práticas impostas a seres vivos que lhes impõe crueldade, ao argumento de que ali há a satisfação do público, que entra em êxtase ao assistir os duelos.

17.2.4 Adaptação como Maximização da Crueldade

Outro Ministro que abordou a questão pelo viés da teoria da felicidade foi Gilmar Mendes. Destacando sua visão consequencialista, ressaltou “o significado dessa decisão, dos seus reflexos, inclusive, em outros tipos de prática”. Na sequência, disse que “este tipo de prática provoca a falta de sensibilização ou mesmo um fenômeno de dessensibilização em relação a práticas violentas”. Aqui, o Ministro introduz a questão da adaptação que foi bem trabalhada por nós quando tratamos de Jeremy Bentham. Segundo Gilmar, práticas violentas acarretam uma espécie de adaptação nas pessoas. Ele chama o fenômeno de “dessensibilização em relação a práticas violentas”. O Ministro está com a razão. De fato, o fenômeno da adaptação é caractere fundamental na teoria da felicidade, pois demonstra que as pessoas conseguem se habituar a atmosferas hostis. Nesse caso, a adaptação se daria quanto a práticas cruéis, o que em nada contribuiria para a felicidade coletiva ou para a utilidade da sociedade. Ao final, apresentando um tipo de direito à felicidade às avessas, o Ministro Gilmar afirma enxergar nas brigas de galo uma “maximização da crueldade”.

17.2.5 Conexão entre a Vedação ao Estímulo a Prazeres Perversos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Ministro Cezar Peluso relacionou o enaltecimento de prazeres perversos entre os indivíduos por meio da êxtase trazido com a dor dos animais ao princípio da dignidade da pessoa humana, na linha do que temos defendido nesta tese. O princípio da dignidade da pessoa humana seria o escudo protetor contra a satisfação de prazeres perversos ou o seu enaltecimento, seja pelo Estado, seja pelos particulares, seja mesmo por quem dele goza. Segundo Peluso: "a lei ofende também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano". Ele prossegue dizendo: "a proibição também deita raiz nas proibições de todas as práticas que promovem, estimulam e incentivam ações e reações que diminuem o ser humano como tal e ofendem, portanto, a proteção à dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República".

O que Peluso introduziu foi a conexão entre a vedação aos prazeres perversos e o princípio da dignidade da pessoa humana. Tão logo fez isso, o Ministro Ricardo Lewandowski encampou o raciocínio sustentando o seguinte: "Proibiram-se agora as touradas em Barcelona. A Europa está preocupada com o tratamento desumano, cruel e degradante que se dá aos animais domésticos, sobretudo nos abatedouros e também nos criadouros". Na sequência Lewandowski afirmou que as vedações decorrem "desse princípio básico da dignidade da pessoa humana. Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana".

Nem bem o Ministro Lewandowski encerrava seu raciocínio, o Ministro Cezar Peluso retomou a palavra destacando que o pior de tudo era que a exarcerbação desses prazeres perversos que impunham dor e morte a seres vivos se davam como um espetáculo público. A colocação fez Lewandowski replicar: "E não apenas daqueles que participam desse espetáculo degradante, desse suposto esporte, mas também daqueles que indiretamente são atingidos por ele, pelos gritos dos animais e dos participantes".

17.2.6 Necessidade da Coletividade Cultivar Prazeres Nobres

A Ministra Cármen Lúcia, última a votar, destacou a necessidade de a própria sociedade se afastar desse tipo de bestialidade, não esperando que isso se dê

exclusivamente pelas mãos do Estado. Para ela: "se a coletividade, sozinha, não conseguir fazer com que o folclore e a cultura seja produção em benefício da vida e da dignidade, incumbe ao Estado vedar práticas que conduzam a isso". Ela continua seu pensamento afirmando que "não é o Estado que tem de ficar proibindo ou impondo às pessoas condutas que dignifiquem, mas a sociedade é que deve fazer isso". Ao final, registrou: "O Poder Público tem de atuar não o tempo todo, entrando na casa da gente ou na vida da gente, mas cada um de nós, na nossa casa, sendo digno".

17.2.7 Decidindo o Caso à Luz da Teoria da Felicidade

O caso introduz uma situação de colisão, na qual de um lado está o argumento do direito à preservação da cultura local e das práticas desportivas (P1) e, do outro, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a vedação a crueldade aos animais (P2). Não há meios de preservar um simplesmente flexibilizando a aplicação do outro. O que temos é a necessidade de implementação de P1 e, consequentemente, o afastamento de P2. Ou o contrário. Diante dessa hipótese, de dois meios que exortam igualmente P1, deve ser escolhido aquele que intervém de modo menos intenso em P2. Se existe um modo menos intenso e igualmente possível, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra. Contudo, se eu empregar um meio menos intenso em P1, P2 é afetado negativamente. Nesse cenário, o caso não alcança um nível de Pareto-eficiente, pois há custos que não podem ser evitados, ou seja, necessariamente alguma das pretensões não será alcançada. Daí a necessidade de ponderação[573]. O raciocínio é igual no caso da Farra do Boi.

17.3 Teste 2: A Farra do Boi

17.3.1 Fatos

A Suprema Corte, em junho de 1997, se viu diante do desafio de deliberar acerca da constitucionalidade da "Farra do Boi", prática decorrente de um costume enraizado em regiões da faixa litorânea do Estado de Santa Catarina, por parte de um segmento da população de origem açoriana, que consistia em as pessoas soltarem touros nas ruas e

[573] O raciocínio tem por inspiração: ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, pp. 110-111.

persegui-los, às vezes com o uso de violência. Chamavam-na de "tourada à corda" ou "boi na vara". Mais de 6.000 açorianos haviam migrado para essa região do Brasil[574].

De um lado, estava a proteção constitucional aos costumes regionais, o que permitiria a continuidade do evento. Do outro, a vedação à crueldade aos animais, que imporia o fim da prática. As duas decisões eram possíveis. O STF poderia se alinhar ao voto do Ministro Maurício Corrêa, para quem se tratava de manifestação cultural protegida constitucionalmente. Também poderia ganhar maioria a proposta do Ministro Francisco Rezek, para quem se tratava de prática violenta e cruel com os animais. Qual das duas decisões, à luz da teoria da felicidade, seria a mais adequada?

Manter a Farra do Boi, espetáculo no qual uma turba revelava prazer em impor crueldades a animais, poderia ser útil, no curto prazo, à maximização da felicidade da sociedade, que, de alguma forma, se satisfazia com o espetáculo sádico. Os catarinenses veriam mantida uma prática culturalmente aceita há décadas, sem qualquer sensação de menoscabo a ela imposta por um Tribunal. Por outro lado, esse prazer sentido pelos praticantes e entusiastas da Farra do Boi seria, na linha dos ensinamentos de Stuart Mill, um prazer sádico, que não deveria ser estimulado pelo fato de intensificar sentimentos humanos incompatíveis com projetos de uma vida coletiva civilizada e humanizada. Estaríamos tratando de uma falsa felicidade, que não deveria ser fomentada. A felicidade verdadeira estaria em, no longo prazo, a sociedade perceber que se deixou guiar pela virtude, pela renúncia a um prazer sádico em prol de uma boa ação, qual seja, a vedação a crueldades a animais. A opção da inconstitucionalidade da prática enalteceria o que Mill chamou de prazeres nobres.

A Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade do costume, impactando imediatamente a vida dos catarinenses envolvidos com a Farra do Boi[575]. Nas linhas do pensamento de Mill, o que se viu foi a aplicação das premissas do utilitarismo, maximizando a felicidade coletiva em razão do respeito a direitos e do enaltecimento de prazeres nobres. Percebam como as linhas-mestras do utilitarismo podem se alinhar perfeitamente com a doutrina contemporânea de direitos fundamentais, servindo como importante critério decisório em caso de colisões de direitos.

[574] RE 153.531/SC Marco Aurélio (03.06.97).
[575] RE 153531/SC, 03/06/1997.

17.3.2 Prazeres Perversos

Segundo o Relator do caso, Ministro Francisco Rezek, havia, nos autos, "coisas repulsivas narradas por pessoas da sociedade catarinense".

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, qualificou a Farra do Boi como um espetáculo no qual "uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem". Ele lembrou que naquele mesmo ano o jornal O Globo havia estampado "um animal ensanguentado e cortado, invadindo uma residência e provocando ferimento em quem se encontrava no interior". Para o Ministro, tratava-se de "prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal". Quando Marco Aurélio fala de "paixões condenáveis" ele abre espaço para o que trabalhamos nessa tese como prazeres perversos. Novamente a Corte tenta, por meio da jurisdição constitucional, inibir o enaltecimento ou prática de prazeres perversos que em nada contribuem para a utilidade da sociedade.

17.3.3 Conexão entre a Vedação ao Estímulo a Prazeres Perversos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Ministro Néri da Silveira, ao votar, afirmou que "a cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária". Mais uma vez o princípio da dignidade da pessoa humana aparece como escudo contra a satisfação de bestialidades por parte de pessoas que sentem prazer com práticas de opressão ou crueldade contra, no caso, animais. É uma conexão importante que foi contemplada por nós nessa tese. O princípio da dignidade da pessoa humana impede esse tipo de prazer, seja pela vedação ao estímulo por parte do Estado, seja pelos particulares, ou, até mesmo, pelo particular isoladamente, que não tem o direito de abrir mão de sua própria dignidade para, supondo estar desfrutando de felicidade, dedicar-se a prática de prazeres perversos. Por esse prisma, não teria qualquer amparo jurídico a pessoa que alegasse poder se auto-mutilar pelo fato de sentir um indescritível prazer na prática. Pela nossa teoria da felicidade essa atitude desenvolveria a satisfação de um prazer perverso cujo combate se dá pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

17.4 Teste 3: A Chacina de Matupá

17.4.1 Os Fatos

Na noite do dia 21 de novembro de 1990, Ivacir Garcia dos Santos, 31, Arci Garcia dos Santos, 28, e Osvaldo José Bachinan, 32, invadiram, armados, a casa da família Mazzonetto, em Matupá, norte do Mato Grosso, a 700 quilômetros de Cuiabá. Eles queriam furtar ouro e jóias. Matupá era uma cidade de garimpeiros.

Descobertos, os assaltantes mantiveram como reféns duas mulheres (uma delas grávida) e cinco crianças. A empregada conseguiu fugir e chamou a polícia. Rapidamente militares e civis, inclusive de cidades vizinhas, cercavam a casa. Depois de muito tempo de negociação, os ladrões saíram, ameaçados de linchamento por cerca de 500 populares que os esperavam do lado de fora. Eles foram levados para o aeroporto da cidade, sob a escolta de quatro policiais, de onde partiriam rumo à capital. Ao chegarem ao aeroporto, o carro no qual eles estavam foi interceptado pela população. A aeronave foi cercada pelos populares enfurecidos e armados. Eles também ocuparam a pista de pouso, impedindo qualquer decolagem. Em seguida, começaram a tentar virar o carro que trazia os ladrões.

Os policiais, com medo, tiraram as algemas dos assaltantes e deixaram que a população os arrancassem do carro. Eles foram linchados quase até a morte. Em seguida, feridos, foram amontoados num descampado, com a população em volta. Um popular filmava tudo. Um dos moradores derramou um galão de gasolina sobre os assaltantes, ainda vivos. Outro veio e ateou fogo. A multidão continuou assistindo a tudo. Osvaldo, um dos assaltantes, foi o que mais estrebuchou com as chamas. Enquanto se sacudia caído ao chão, populares gritavam: “Pede perdão a Deus! Pede perdão a Deus!”. Após quinze minutos de chamas, Osvaldo pediu perdão. Um dos populares, rindo, perguntou: “Está quente aí?”. Os três assaltantes morreram.

O episódio caiu no colo da jurisdição constitucional pela seguinte razão: O art. 36, II, da Constituição, primeira parte, dispõe que a decretação da intervenção federal num Estado dependerá de provimento, pelo STF, de representação do Procurador-Geral da República (PGR), na hipótese do art. 34, VII (o Estado-membro não observar os denominados princípios constitucionais sensíveis, dentre eles, os direitos da pessoa humana). Em razão dessa previsão, o PGR ajuizou um pedido de

intervenção contra o Estado do Mato Grosso, alegando violação, pela omissão dos agentes públicos do Estado, aos direitos da pessoa humana[576].

O caso traz, de um lado, a negligência dos policiais de Matupá em garantirem a segurança dos assaltantes. Do outro, a possibilidade de, em razão dessa omissão, o STF autorizar a União a intervir no Estado do Mato Grosso, minando sua autonomia, com a finalidade de proteger os direitos da pessoa humana.

Pela teoria da felicidade, o primeiro item a ser tratado cuida da sensação desfrutada pela população e, possivelmente, pelos policiais, diante da possibilidade de fazer justiça com as próprias mãos de valendo da prática do linchamento[577].

Buscando uma resposta adequada ao caso, a jurisdição constitucional jamais poderia, à luz da teoria da felicidade, computar a satisfação sentida pelos populares no cômputo geral da felicidade a ser considerada dentre os argumentos que ilustrariam a decisão. Isso porque, ao aferir os ganhos para a sociedade que o respeito aos direitos da pessoa humana traria, sequer consideraríamos a dor que seria causada aos populares enfurecidos de Matupá, pelo impedimento de continuarem a se satisfazerem em linchar e atear fogo em assaltantes. Tal prazer não serviria ao bem-estar social. Portanto, devemos afastar, *a priori*, os prazeres perversos do cálculo utilitarista a ser empregado nesse caso pela jurisdição constitucional.

Um segundo elemento tem a ver com o próprio mérito do caso. O STF foi chamado a decidir se deveria, ou não, determinar que a União interviesse no Mato Grosso para fazer respeitar os direitos da pessoa humana.

De um lado, temos a ressalva que a teoria da felicidade faz à utilização de instrumentos que enfraquecem a democracia. Como sabemos, a intervenção federal é a negação da autonomia do ente-federado, impactando demasiadamente no seu pleno funcionamento. Trata-se de um instrumento anti-democrático. Por outro lado, temos a necessidade de se fazer respeitar os direitos da pessoa humana, que foram, no caso, violados a não mais poder. Diante desses dois bens colidentes (democracia x direitos da pessoa humana), qual a resposta correta a ser dada pela jurisdição constitucional à luz da teoria da felicidade? O ideal seria a consagração dos dois ideais, ambos maximizadores da felicidade da coletividade, quais sejam, a preservação da

[576] IF 114/MT (Rel. Min. Néri da Silveira), 13/03/91.

[577] Muitos autores atribuem a origem da palavra ao coronel Charles Lynch, que praticava o ato por volta de 1782, durante a guerra de independência dos Estados Unidos, ao tratar dos pró-britânicos. Entretanto, é mais seguidamente atribuída ao capitão William Lynch (1742-1820), do condado de Pittsylvania, Virgínia, que manteve um comitê para manutenção da ordem durante a revolução, por volta de 1780.

autonomia do ente federado, sem a decretação da intervenção federal de modo a restabelecer a ordem no local e julgar todos os envolvidos segundo o devido processo legal, realçando a relevância dos direitos humanos e afastando a exacerbação de prazeres perversos sentidos pela comunidade partícipe da chacina. Esse exercício de compatibilização de bens constitucionalmente protegidos, todos impactantes da felicidade coletiva, parece ser ínsito à teoria da felicidade. Vamos conhecer a decisão do STF e, então, aferir sua consistência.

17.4.2 A Importância da Democracia

Segundo o Relator, Ministro Néri da Silveira: "um só episódio não é suficiente para a União intervir em um Estado-membro, tendo em vista que um dos postulados fundamentais do Estado brasileiro é o regime federativo, que há um século preside a organização política do País". Néri reconheceu se tratar de um "crime com expressões de perversidade". Não havia dúvida, portanto, que estávamos diante de um caso em que os prazeres perversos compuseram os fatos sobre os quais a Corte estava debruçada.

Para o Ministro Néri da Silveira, "o equilíbrio federativo deve ser posto em primeiro plano, no exame de pedidos de intervenção federal". Ele afirma que cabe ao STF "o dever de determinar o procedimento repressivo, tão só, dentro dos limites que a Constituição e a lei autorizam". Isso porque, "fora dos limites de competência que a Constituição estabelece aos Poderes dos Estados e às Unidades da Federação, há o risco de os fatos comandarem as leis e isso não serve nem à integridade nacional e, menos ainda, à pureza da ordem jurídica".

Esse último ponto, quando o Ministro afirma que uma intervenção federal não serviria à integridade nacional ou à pureza da ordem jurídica, mostra um raciocínio utilitarista, ou seja, a intervenção traria custos ao sistema jurídico, custos altos demais a serem suportados. Como o caso já estava sendo cuidado pelas polícias do Mato Grosso, aprovar a intervenção traria prejuízos ao sistema jurídico sem garantias de melhor persecução penal para os acusados, razão pela qual, diante desse dilema utilitário, a opção que se tomou foi pela decisão que menos males trariam ao bem-estar de todos, qual seja, a determinação de apuração das responsabilidades pela Chacina e a negativa de rompimento com a autonomia do Estado, vedando-se a intervenção federal.

17.4.3 Prazeres Perversos

Para Adam Smith, utilitarista e positivista, o ódio e a ira "são o mais poderoso veneno contra a felicidade de uma boa alma", pois no sentir dessas paixões existe algo "de rude, desafinado e convulsivo, algo que dilacera e aflige o peito, e é inteiramente destrutivo para a compostura e tranquilidade do espírito tão necessária à felicidade, a qual as paixões contrárias, de gratidão e amor, muito mais fazem para promover"[578]. O caso da chacina está inserido nesse contexto.

Segundo o Ministro Aldir Passarinho, tratava-se de caso "extremo de crueldade": "Esse caso de Mato Grosso, realmente, pela sua crueldade, chocou a Nação, talvez mais por se tratar de um linchamento" – afirmou o Ministro.

Segundo a Suprema Corte, as polícias dos Mato Grosso estavam empreendendo todos os esforços para rechaçar a situação e prender os culpados, razão pela qual a drástica medida da intervenção não se afigurava apropriada a resolver a controvérsia e pacificar a questão. De acordo com a Corte:

> Embora a extrema gravidade dos fatos e o repúdio que sempre merecem atos de violência e crueldade, não se trata, porém, de situação concreta que, por si só, possa configurar causa bastante a decretar-se intervenção federal no Estado, tendo em conta, também, as providências já adotadas pelas autoridades locais para a apuração do ilícito[579].

17.4.4 Resolvendo o Caso à Luz da Teoria da Felicidade

Temos, no caso, o seguinte: a intervenção federal (M) é o meio sugerido pela Procuradoria Geral da República para assegurar o respeito aos direitos humanos (P1). Contudo, ela colide com a autonomia do Estado (P2). A felicidade como *telos*, usando as máximas de Robert Alexy, afasta o emprego de meios que esvaziem um princípio sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, a cuja realização eles devem servir. Se M (intervenção federal), é empregado para incitar P1 (direitos humanos), mas sem garantí-lo, e prejudica a realização de P2 (autonomia do Estado), não nascem custos nem para P1 (direitos humanos) nem para P2 (autonomia do Estado) se M

[578] SMITH, Adam. Teoria dos Sentimentos Morais, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, acrescidad e uma dissertação sobre a origem das línguas. Tradução Lya Luft. Revisão Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 43.
[579] IF 114/MT, relatoria do Ministro Néri da Silveira (DJ: 27.09.1996).

(intervenção federal) não é aplicado. Há, contudo, custos altíssimos para P2 (autonomia do Estado) se M (intervenção federal) é empregado. P1 (direitos humanos) e P2 (autonomia do Estado) podem, juntos quanto às possibilidades fáticas, ser realizados plenamente mesmo se M (intervenção federal) é afastado. Se M (intervenção federal) impõe tantos custos a P2 (autonomia do Estado) sem ser garantia de incremento a P1 (direitos humanos), tudo recomenda não utilizar M (intervenção federal). O que o STF fez? Afastou M (intervenção federal), por entender que as polícias estaduais (M2) tinham condições de concretizar P1 (direitos humanos) sem qualquer ferimento a P2 (autonomia do Estado). Logo, havendo M2 que fomenta P1 sem ferir P2, ele é mais apropriado para a maximização da felicidade coletiva do que M, que feriria uma base da teoria da felicidade, que é a liberdade política exercida num Estado autônomo. Temos a felicidade como *telos* alcançando Pareto-eficiente: uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras[580].

17.4.5 Custos Não-Computados

Em 21 de outubro de 2011, vinte e um anos depois da chacina, ocorreu a última fase do júri popular que julgou os acusados. Muitos dos envolvidos foram condenados, a exemplo de Valdemir Pereira Bueno, que admitiu ter jogado combustível nos assaltantes, condenado a oito anos de reclusão em regime fechado.

A autonomia do Estado, fator de impacto na felicidade coletiva, não foi mitigada por meio do invasivo instrumento da intervenção federal. Mesmo assim, o outro bem alvo de proteção, os direitos humanos, não ficaram desprotegidos, uma vez que o próprio ente federado, demonstrando sua absoluta autonomia, deu azo ao julgamento – mesmo tardio -, dos acusados, por meio de um júri popular, condenando muitos dos envolvidos. Todos os bens maximizadores da felicidade coletiva – democracia e direitos humanos – foram protegidos.

Contudo, é possível imaginar um P3 que atuaria de modo negativo nesse processo de ponderação. É que a segurança, tanto quanto a liberdade (aqui representada pela autonomia do Estado) e os direitos humanos é fundamental para a teoria da felicidade. Um julgamento ocorrido mais de 21 anos depois do crime consagra algum ideal de segurança? Cremos que não. Esse fator certamente interfere no bem-estar

[580] A inspiração desse raciocínio vem de: ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 110.

coletivo, pois passa a mensagem de impunidade, reputada desestabilizante da felicidade. Portanto, há, no caso, uma externalidade sobre a qual é possível se debruçar e que deveria ter entrado no cálculo do Supremo no momento da decisão. Caso o julgamento dos réus tardasse, poderíamos ter a possibilidade de novas medidas pretendendo incentivar a consecução do ideal de segurança que compõe esse cálculo.

18. DIREITO À FELICIDADE COMO LIBERDADE

18.1 Teste 1: O Plebiscito da Divisão do Pará

18.1.1 A Felicidade

"Estou muito feliz e emocionada" -, comentou a cantora paraense Fafá de Belém, sobre a participação de todos os paraenses no plebiscito sobre a divisão do estado do Pará em Carajás e Tapajós[581]. A Suprema Corte havia determinado que o plebiscito para o desmembramento de um ente-federado, instrumento da democracia direta, deve envolver não somente a população do território a ser desmembrado, mas a de todo o ente[582]. A decisão ampliou o numero de cidadãos que participam diretamente das alterações territoriais dos seus Estados. Ampliou-se a base da liberdade política, que constitui característica *prima facie* do direito à felicidade.

18.1.2 O Sistema Constitucional da Felicidade

O Preâmbulo da Constituição brasileira assegura a liberdade. Um dos objetivos da República é construir uma sociedade livre (art. 3º, I). O *caput* do art. 5º assegura o direito à liberdade. No seu inciso LXXIII, diz que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. O art. 14 prevê: A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. Sem dúvida, uma das bases do constitucionalismo brasileiro vigente é o resguardo às liberdades, dentre tantas, as liberdades políticas.

---

[581] Disponível em: http://caras.uol.com.br/noticia/fafa-de-belem-comenta-plebiscito-essa-decisao-fortaleceu-este-pais-poderoso-e-grandioso-que-e-o-para#image0. Acesso em jun/2013.
[582] ADI 2650.

18.1.3 A Importância da Participação Política para a Felicidade

Pela teoria da felicidade, as pessoas geralmente são os melhores juízes dos seus próprios interesses, e uma vez que cada pessoa está mais preocupada com os seus próprios interesses, o melhor sistema político permite às pessoas escolherem periodicamente os seus próprios governantes. A participação política é boa em si mesma. A oportunidade "de participarem das decisões políticas daria a essas pessoas o incentivo para se preocuparem com o resto do mundo, concentrarem as suas mentes em questões mais amplas, e desenvolverem a sua capacidade de tomar decisões importantes"[583] – afirma Tim Mulgam.

Segundo estudo que comparou a felicidade dos cidadãos de diferentes cantões suíços, há variações quanto ao nível de felicidade de acordo com a extensão da democracia direta (iniciativas populares, referendos, plebiscitos) de cada cantão. Quanto mais direta é a democracia, maior é a felicidade[584].

Navegando na perspectiva do gozo de direitos, é seminal essa pesquisa elaborada por Bruno Frey. Em todos os cantões, as políticas frequentemente são decididas por meio de referendos. Todavia, em alguns, os cidadãos têm mais direitos de demandar referendos do que em outros. A pesquisa mostra que as pessoas são mais felizes onde têm mais direitos a referendos. Se compararmos os cantões em que esses direitos são mais amplos com os em que são menos, a diferença na felicidade é tão grande quanto se a renda tivesse duplicado[585].

Essa conclusão, decorrente de apuradas investigações empíricas, caminha na direção do que o utilitarista, Stuart Mill afirmou, há séculos, quando registrou que a democracia pode assegurar aos povos uma grande soma de felicidade[586]. A filosofia, utilizada firmemente nesse trabalho, cada vez mais mostra sua atualidade.

Se pensarmos no Brasil, o STF certamente maximizou a felicidade coletiva ao definir que o plebiscito para o desmembramento do Estado deve envolver não somente a população do território a ser desmembrado, mas a de todo o Estado. Há várias maneiras

---

[583] MULGAN, Tim. Utilitarismo. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 47.
[584] Bruno S. Frey and Alois Stutzer, "Happiness Prosper in Democracy", Journal of Happiness Studies (2000), p. 79; Frey and Stutzer, "Political Participation and Procedural Utility", European Journal of Political Research (2006), p. 391.
[585] Bruno S. Frey and Alois Stutzer, "Happiness Prosper in Democracy", Journal of Happiness Studies (2000), p. 79; Frey and Stutzer, "Political Participation and Procedural Utility", European Journal of Political Research (2006), p. 391.
[586] MILL, John Stuart (1958). Considerations on representative government. Ed. C. V. Shields. Indianapolis/Nova York, Bobbs-Merrill.

de a jurisdição constitucional contribuir com a maximização da felicidade da sociedade. Ela o faz, por exemplo, quando garante o exercício de direitos fundamentais e fortalece a democracia. Para isso, pouco importa se o fundamento da decisão é o direito à busca da felicidade. Não é a utilização dessa expressão em uma decisão judicial que, por si só, assegura a felicidade de alguém ou da sociedade.

Carol Graham afirma que, tanto na América Latina, como na Rússia, as pessoas mais felizes "tendem mais a apoiar as políticas de mercado, a sentirem-se satisfeitas com o funcionamentos da democracia e a preferir a democracia a qualquer outro sistema de governo"[587]. Não há razões para temer a felicidade dos povos.

Bruce Ackerman, por sua vez, afirma a possibilidade de defender a democracia constitucional em si mesma não sob a base de que ela respeita preferências existentes, mas sob uma teoria bastante diferente, para a qual ela ajuda a inculcar os melhores ou os maiores tipos de desejos e crenças: "Os grandes teóricos da democracia constitucional, John Stuart Mill e John Rawls, insistiram nesse particular" – diz Ackerman[588]. A maximização da felicidade pode vir não de dar às pessoas o que elas querem agora, mas encorajá-las a ter melhores anseios[589]. Ackerman mostra sua concepção utilitarista da diversidade de opiniões. Ele afirma que "qualquer sistema justo permitirá ampla diversidade de concepções disponíveis". Isso porque, "essa diversidade promove a liberdade individual e a liberdade de escolha. O constitucionalismo americano respeita tal diversidade e tal liberdade, em parte, por causa de seus efeitos salutares na deliberação pública"[590]. Há um fim, portanto, que é a felicidade coletiva.

Os elementos informacionais que nos chegam por meio das consistentes pesquisas acerca da felicidade dos povos serve de indicativo das ações promovidas pela jurisdição constitucional que, ao reafirmar o compromisso com a democracia e o pleno exercício de seus instrumentos, amplia a sensação de felicidade da sociedade e, com isso, potencializa os efeitos benéficos de suas decisões.

---

[587] GRAHAM, Carol. O que nos faz feliz por esse mundo fora. Tradução Michelle Hapetian e revisão de Alice Soares. Alfragide: Texto Editores, 2011, pp. 119-120.
[588] ACKERMAN, Bruce. Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p .228.
[589] MULGAN, Tim. Utilitarismo. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 42.
[590] ACKERMAN, Bruce. Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 225.

18.2 Teste 2: A *Marcha da Maconha*

18.2.1 A Infelicidade do Silêncio Forçado

Em Maio de 2011, a Tropa de Choque da Polícia Militar entrou em confronto com cerca de mil manifestantes que participaram da *Marcha da Maconha* numa tarde de sábado na cidade de São Paulo. Os manifestantes queriam caminhar pela Avenida Paulista rumo à Consolação. A manifestação havia sido proibida pela Justiça, ao argumento de que fazia apologia às drogas. Reagindo criativamente à proibição, os manifestantes converteram a passeata num ato em favor da liberdade de expressão. As referências à maconha foram apagadas e cobertas com fita adesiva preta.

No mesmo sábado, por volta das 14 horas, os manifestantes souberam, pela polícia, que não poderiam continuar a marcha. Na altura do Masp, a polícia tentou conter os manifestantes. A Tropa de Choque disparou balas de borracha, bombas de efeito moral, gás lacrimogênio e gás pimenta contra a multidão. "Foi triste, muito triste" - disse o jornalista Pedro Nogueira, de 25 anos, um dos organizadores da marcha[591].

É fácil perceber que estamos falando de liberdade sob suas múltiplas espécies: a liberdade de expressão, liberdade de associação e liberdade de manifestação do pensamento. Contra essa liberdade de introduzir na esfera social assuntos incômodos para debatê-los e permitir o posicionamento das pessoas diante deles, foi utilizado instrumentos medievais: balas, bombas e gases de efeito moral. O que se quis foi silenciar, com o uso da força e o respaldo judicial, a força do pensamento.

18.2.2 Liberdade e Felicidade

Para tratar da *Marcha da Maconha* sob a ótima da teoria da felicidade, começaremos rememorando os ensinamentos preciosos de Stuart Mill, para quem "silenciar a expressão de uma opinião é um roubo à humanidade; à posteridade, bem como à geração atual; àqueles que discordam da opinião, mais ainda do que àqueles que a sustentam". Isso porque, "se a opinião for correta, ficarão privados da oportunidade de trocar erro por verdade; se estiver errada, perdem uma impressão mais clara e viva da

[591] Matéria intitulada: Marcha da Maconha acaba em conflito com a Polícia Militar. De Márcia Abos, em O Globo de 21/05/11. Disponível em: http://oglobo.globo.com/pais/marcha-da-maconha-acaba-em-conflito-com-policia-militar-2789220. Acesso em jun/2013.

verdade, produzida pela sua confrontação com o erro – o que constitui um benefício quase igualmente grande"[592]. O que Mill afirma é que vedar a livre discussões de ideias em nada beneficia a sociedade.

Mill ensina que a única maneira pela qual um ser humano pode estar próximo de saber tudo sobre um assunto "é ouvindo o que se pode dizer acerca disso por pessoas que têm todo tipo de opinião, e estudando todos os ângulos de que pode ser olhado por todo o tipo de mentalidade" [593]. Stuart Mill considerava os diálogos platônicos:

> Uma discussão negativa das grandes questões da filosofia e da vida, dirigida com talento perfeito para o fim de convencer alguém que tivesse meramente adoptado os lugares-comuns da opinião dominante, que ele não percebia do assunto – que ainda não associara qualquer sentido definido às doutrinas que professava; de modo a que, tornando-se ciente da sua própria ignorância, ele pudesse ser encaminhado para a obtenção de uma crença estável, apoiada sobre uma compreensão clara tanto do significado das doutrinas cômodas provas a seu favor[594].

18.2.3 Luiz Fux e o Marco Teórico de Stuart Mill

A constitucionalidade da Marcha da Maconha foi alvo da deliberação do Supremo Tribunal Federal. A decisão foi favorável à Marcha, impondo condições (não haver consumo, não haver crianças...). A decisão foi tomada na esteira da teoria da felicidade. Segundo o voto do Ministro Luiz Fux:

> O pensamento jurídico dos EUA partiu dos escritos de John Milton e da teoria utilitarista de John Stuart Mill – segundo a qual a colisão de opiniões conflitantes ampliaria as chances de atingimento da verdade e do esclarecimento público – para formular as justificativas da consagração, na Primeira Emenda à Constituição norte-americana, da liberdade de expressão (*free speech*).

---

[592] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 51.

[593] Stuart Mill diz: "A verdade de uma opinião constitui parte da sua utilidade. Se queremos saber se não é desejável que se acredite numa proposição, será possível deixar de reflectir sobre se é verdadeira ou não? Na opinião das melhores pessoas, e não na das piores, nenhuma crença contrária à verdade pode ser realmente útil: e será que poderemos impedir tais pessoas de alegar enfaticamente esse aspecto em sua defesa, quando são acusadas de ser culpadas de rejeitar uma doutrina que lhes dizem ser útil, mas que acreditam ser falsa? Os que estão do lado das opiniões dominantes nunca deixam de tirar toda vantagem possível deste aspecto: não os vemos a eles a lidar com a questão da utilidade como se fosse completamente distinta da questão da verdade; pelo contrário: é porque, acima de tudo, a sua doutrina é "a verdade", que o conhecimento ou a crença dessa doutrina é tido como tão indispensável". MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010, pp. 59-60.

[594] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 89.

18.2.4 Luiz Fux e a Menção a Oliver Wendell Holmes

Depois de introduzir o pensamento de Stuart Mill, Fux recorda do voto de outro utilitarista, o Juiz da Suprema Corte norte-americana, Oliver Wendell Holmes, que, ao apreciar o caso *Abrams v. United States* (250 US 616), afirmou: "o melhor teste de veracidade é o poder de uma ideia de obter aceitação na competição do mercado; não caberia ao Estado, mas à livre circulação (*free trade*) ou ao livre mercado de ideias (*marketplace of ideas*) estabelecer qual ideia deveria prevalecer". Falar de livre mercado, ainda que de ideias, faz lembrar de Adam Smith, outro utilitarista.

O Ministro destacou "o importante papel da liberdade de expressão no fortalecimento do potencial de contribuição individual ao bem-estar da sociedade e, em especial, na realização pessoal do indivíduo".

18.2.5 A Felicidade como *Telos*

Apontando o raciocínio utilitarista do *justice* Brandeis, da Suprema Corte dos EUA, ao votar no caso *Whitney v. California*, disse que "a repressão ao discurso não traz estabilidade pública, antes semeando o ódio e a reação. O discurso proibido não é desencorajado, mas escondido, incentivando a conspiração". Logo, entre reprimir, correndo o risco de suportar custos elevados no futuro, e permitir, incorrendo em custos menores no presente e nenhum no futuro, o ideal seria permitir.

O que se vê é um raciocínio fiado na ideia de que o julgador, no momento da sua decisão, deve pesar as conseqüências do julgamento e optar pela decisão que, sem romper o princípio da dignidade da pessoa humana, aumente o bem-estar geral, ou seja, amplie ao maior nível de felicidade para o maior número de pessoas. A atenção que Fux confere às potenciais consequências da decisão ao bem-estar coletivo é tamanha que ele chega a afirmar que "não se pode formar plena convicção acerca de qualquer questão sem conhecimento mais amplo possível dos diversos aspectos que a compõem e sem alguma percepção das eventuais consequências da adoção de um ou outro ponto de vista". O Ministro pergunta: "Quais as consequências dessa repressão?" e, em seguida, responde: "A clandestinidade da discussão é uma delas. (...) Se reprimido o debate, fica subterrâneo , estimulando-se a formulação de juízos parciais e míopes, com elevado risco do surgimento de visões maniqueístas de ambos os lados".

Nesse ponto, vale recordar Hans Kelsen, para quem "a liberdade religiosa, a liberdade de opinião e de imprensa pertencem à essência da democracia; a ela pertence, acima de tudo, a liberdade da ciência, baseada na crença na possibilidade de conhecimento objetivo". Para ele, "o apreço à ciência racional e a tendência a mantê-la livre de qualquer intrusão por parte das especulações metafísicas ou religiosas são características significativas da moderna democracia como a que se tem formado sob a influência do liberalismo político". Segundo Kelsen, "a existência da democracia é ameaçada se o ideal de conhecimento objetivo ficar na retaguarda de outros ideais. Em geral, esse movimento intelectual caminha de mãos dadas com a tendência a atribuir ao irracional um valor mais elevado que ao racional"[595].

A ponderação utilizando como *telos* a felicidade é afirmada em seguida, quando o Ministro diz: "Há que se vislumbrar com clareza as posições antagônicas e, sopesando-as, chegar-se a uma conclusão". O direito à felicidade aparece quando afirma que "ainda que seja somente para sua satisfação pessoal, o indivíduo é livre para compartilhar com a sociedade seu entendimento sobre a matéria e, assim, incorporá-la ao debate democrático".

[595] KELSEN, Hans. A Democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 184-185.

19. A FELICIDADE COMO *TELOS* DA DECISÃO JUDICIAL

19.1 A Ponderação em Robert Alexy

Sempre que se fala em ponderação é intuitivo lembrar da monumental obra de Robert Alexy, um piauiense que tem encantado o mundo com seus estudos sobre direitos fundamentais[596]. Vamos apresentar a essência da sua teoria para que, em seguida, possamos expor a proposta segundo a qual a felicidade pode ser um critério de ponderação diante da colisão de direitos fundamentais ou princípios constitucionais. A felicidade seria o *telos.*

Segundo Alexy, a distinção entre regras e princípios é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, dando-lhe racionalidade. Alexy destaca que, na maioria das vezes, o que contrapomos não são regras e princípios, mas normas e princípios ou normas e máximas. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Estabelecendo os princípios como mandamentos de otimização, ele afirma que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, não uma distinção de grau, uma vez que toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Robert Alexy traz um exemplo que o Tribunal Constitucional Federal alemão resolveu com base na norma sobre conflitos contida no art. 31 da Constituição alemã (o direito federal tem prioridade sobre o direito federal). A colisão se estabeleceu entre o art. 22, 1, da Ordenação sobre o Horário de Trabalho de 1934 e 1938 (direito federal vigente à época), que, pela interpretação do Tribunal, permitia a abertura de lojas entre 7h e 19h nos dias úteis e o art. 2º da Lei do Estado de Baden, sobre o horário de funcionamento do comércio, de 1951, que, entre outras coisas, proibia a abertura de lojas após as 13h nas quartas-feiras.

As duas regras não poderiam valer ao mesmo tempo, caso contrário a abertura das lojas nas tardes de quarta-feira seria tanto permitida quanto proibida. A possibilidade de considerar a cláusula da lei estadual como uma exceção ao direito federal estava excluída, em face do disposto no art. 31 da Constituição. Restou apenas a possibilidade de declaração de nulidade da norma de direito estadual.

[596] O professor Robert Alexy recebeu, dia 14.06.2012, o título de cidadão piauiense durante sessão solene realizada na Assembleia Legislativa do Estado. A proposição foi apresentada pela deputada Margarete Coelho (PP). Alexy também recebeu o título de doutor honoris causa da Universidade Federal do Piauí.

Após esclarecer o caso, Alexy afirma que "conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso". Para resolver esses conflitos entre princípios, Alexy criou a Lei de Colisão. Ele a introduz apresentando um caso concreto, exposto no parágrafo abaixo.

Imagine uma situação na qual se indaga a possibilidade de realização de uma audiência com a presença de um acusado que, devido à tensão desse tipo de procedimento, corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto. Realizando o sopesamento entre os interesses envolvidos, é possível concluir-se que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, tem, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal. Logo, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, 2º, 1, da Constituição. Há um dever de garantir, na maior medida possível, a operacionalidade do direito penal e, do outro lado, o dever de manter incólume, na maior medida possível, a vida e a integridade física do acusado.

Alexy, então, nos mostra que essa colisão pode ser resolvida ou por meio do estabelecimento de uma relação de precedência incondicionada, ou por meio do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Ele lança a fórmula:

(1) P1 P P2
(2) P2 P P1
(3) (P1 P P2) C
(4) (P2 P P1) C.

Apontando o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios, Alexy diz que seria necessário ser superados os princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados princípios formais. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* das regras. Ele destaca que princípios e regras continuam a ter um caráter *prima facie* distintos.

Por fim, apresentando as regras e princípios como razões, Alexy afirma que quem aceita para si como inafastável a norma "não ferir alguém em sua auto-estima", aceita uma regra. Essa regra pode ser uma razão para outra regra: "não falar com

alguém sobre seus fracassos". Do outro lado, princípios podem também ser razões para decisões, isto é, para juízos concretos de dever-ser. Nesse sentido, o princípio da proteção da vida foi, na decisão sobre a incapacidade de participar da audiência processual, uma razão para a não-admissibilidade da realização da audiência[597].

19.2 O Princípio da Proporcionalidade e seus Desdobramentos

Robert Alexy esclarece que, no direito constitucional alemão, a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo: o princípio da proporcionalidade. Este se compõe de três princípios parciais: (i) princípios da idoneidade; (ii) da necessidade; e (iii) da proporcionalidade em sentido estrito[598].

Nos princípios da idoneidade e da necessidade, a otimização é relativa às possibilidades fáticas. O princípio da idoneidade exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, a cuja realização eles devem servir. Se um meio M, que é empregado para fomentar a realização do princípio P1, não é idôneo para isso, e prejudica a realização do princípio P2, não nascem custos nem para P1 nem para P2 se M é colocado de lado. Há, contudo, custos para P2 se M é empregado. P1 e P2 podem, então, juntos quanto às possibilidades fáticas, ser realizados em uma medida superior, se M é colocado de lado. P1 e P2, juntos, proíbem, portanto, o emprego de M. Isso mostra que o princípio da idoneidade é a expressão da ideia da Pareto-eficiente: uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras[599].

Pelo princípio da necessidade, de dois meios que em geral fomentam igualmente P1, deve ser escolhido aquele que menos intensivamente intervém em P2. Se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra. A aplicabilidade do princípio da necessidade pressupõe, todavia, que não existe um terceiro princípio P3 que, pelo emprego do meio menos intensivamente interveniente em P2, é afetado negativamente. Nessa conjuntura, o caso não mais pode ser solucionado em virtude de reflexões, que se

[597] ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, pp. 94-97.
[598] ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 110.
[599] ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 110.

apóiam na ideia de Pareto-eficiente. Se custos ou sacrifícios não podem ser evitados, torna-se necessária uma ponderação[600].

Pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito sabe-se o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento do prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro[601]. Expostas as máximas do pensamento de Robert Alexy, passemos, agora, para as críticas que a doutrina nacional desfere.

O controle da proporcionalidade e razoabilidade das leis ou atos normativos encontrava grande adversário na Suprema Corte brasileira. Trata-se do Ministro Eros Grau, hoje aposentado. Ele via com reserva essa prática. Em material doutrinário, o Ministro chegou a fazer comentários contundentes:

> (...) a transgressão é escancarada, praticando-a frequentemente os tribunais para excluir determinadas situações da incidência das normas do sistema. Os textos a que correspondem essas normas, que sobre essas situações incidiriam, são interpretados a partir da proporcionalidade e/ou da razoabilidade, consumando-se então tal exclusão. Esse tipo de transgressão tem sido praticado reiteradamente pelo Supremo Tribunal federal, no exercício de insustentável controle da proporcionalidade e da razoabilidade das leis.[602]

A ponderação, fiada na proporcionalidade, tem enfrentado suas crises. Na jurisdição constitucional norte-americana, Antonin Scalia, no voto dissidente em *Bendix Autolite Corp. Vs. Midwesco Enterprises, 486 EUA 888*, compreendeu a ponderação como "uma mera ilusão". Para ele, "essa analogia ou equiparação por escala não é realmente apropriada, uma vez que os interesses de ambos os lados são incomensuráveis". Scalia afirma que a ponderação "é como julgar se uma determinada linha é mais 'longa' do que uma pedra em particular é 'pesada'"[603].

Nada obstante tenhamos registrado a opinião dissonante de Eros Grau, e a afirmação de Antonin Scalia, a posição da Suprema Corte brasileira é pela possibilidade do controle de constitucionalidade da proporcionalidade das leis ou atos normativos.

Contudo, diante da crise do critério de proporcionalidade como elemento racional seguro a realizar ponderações diante de casos concretos submetidos a

---

[600] ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, pp. 110-111.
[601] ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 111.
[602] GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 299.
[603] No orginal: It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy.

julgamento na jurisdição constitucional, oferecemos aos intérpretes e estudiosos a possibilidade de resolver tais conflitos se valendo de raciocínios utilitários fiados na máxima da felicidade, desde que as respostas possíveis ao caso transitem sob a nuvem dos direitos fundamentais.

19.3 Felicidade como *Telos*

Antes de fazermos isso, é importante deixarmos claro que o que se pretende aqui não é colocar a felicidade coletiva como razão de ser da jurisdição constitucional. É evidente que transitamos sob a nuvem dos direitos fundamentais, sem os quais não é possível deliberar sobre qualquer tema sem que a própria Constituição seja fraudada. A esse respeito, muito bem nos diz Derek Bok, para quem alguns atos do Estado são necessário enquanto outros são proibidos pela própria Constituição, "independentemente do que pesquisadores afirmem quanto aos seus efeitos na felicidade da sociedade". Ele afirma que "os juízes não podem manter a segregação nas escolas ou proteger editoriais de jornais apenas para fazer as pessoas felizes". Não interessa se a permissão para que membros da *Ku Klux Klan* marchem com seus capuzes produzirá o aumento líquido da satisfação das pessoas. De acordo com o Professor, utilitaristas podem tentar explicar esses resultados, argumentando que assegurar uma manifestação ou proibir cláusulas restritivas realmente irá aumentar a felicidades das pessoas no longo prazo. Mas não é por isso os juízes tomam essas decisões, nem é claro como eles iriam fazer tal determinação[604].

19.3.1 A Visão de Richard Posner

O momento atual do constitucionalismo lançou ao centro das discussões especializadas o fenômeno da ponderação, como substituto da crença em direitos constitucionais absolutos. Richard Posner nos diz que, tal prática, "não só carrega um forte teor utilitarista, como reflete uma tendência geral de ênfase nas considerações utilitaristas como determinantes das normas jurídicas e decisões judiciais[605]. Posner é certeiro ao fazer essa consideração. Em verdade, muitas das ponderações operadas pela

[604] BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 56.
[605] POSNER, Richard. A economia da justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 61.

jurisdição constitucional encontram, no utilitarismo, justificativas para seus discursos, ainda que não façam qualquer menção a ele. Isso demonstra que a teoria da felicidade se alia à jurisdição constitucional ao propiciar que decisões sejam tomadas tendo a maximização da felicidade coletiva como *telos.*

É oportuno refletir sobre a leitura utilitarista que Posner faz de um caso constitucional apreciado pela Suprema Corte dos Estados Unidos envolvendo uma colisão de bens. Ficará claro que é possível à jurisdição constitucional implementar raciocínios utilitaristas em suas decisões.

Richard Posner indaga se o fato de o sexo feminino ser excluído do *Virginia Military Institute* (VMI) causa às mulheres em geral um dano maior do que aquele que a inclusão delas causaria à missão de formar soldados-cidadãos. Ele reputa "ridícula" a ideia de que a igualdade das mulheres depende, mesmo que minimamente, de elas terem o direito de entrar no VMI. Para as poucas mulheres que quisessem entrar no VMI, o Estado havia estabelecido uma instituição paralela – uma academia "separada, mas igual" que na verdade não era igual. Na Virginia, o número de mulheres que querem frequentar uma faculdade de regime quase militar é muito pequeno para que se justifique a fundação de uma instituição feminina tão rica e tão bem apoiada quanto a masculina. Se um número significativo de instituições públicas de ensino quisessem excluir as mulheres e uma decisão favorável ao VMI servisse de precedente para que elas o fizessem, o dano causado às mulheres seria maior. Entretanto, são pouquíssimas as instituições públicas que pretendem excluir o sexo feminino hoje em dia, e as que têm essa pretensão só poderiam invocar como precedente uma decisão favorável ao VMI se também usassem o método adversativo. Logo, foi a insignificância militar do VMI, seu papel extremamente periférico na defesa do país, que permitiu que a Corte proibisse uma forma de discriminação por sexo em ambiente militar sem se preocupar com a possibilidade de que a admissão de mulheres pusesse em risco o programa do VMI[606]. É o raciocínio de Posner. A partir do momento em que ele passa a tentar medir os custos para o bem-estar coletivo de uma ou outra restrição, o que ele está fazendo é transitando pela ideia de felicidade como *telos.*

Poderíamos somar às regras de ponderação atualmente utilizadas pela jurisprudência constitucional, ou sugerida pela doutrina especializada, à possibilidade de ponderação utilitarista, considerando-se, claro, os direitos fundamentais. A felicidade

[606] POSNER, Richard. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, pp. 266-267.

seria o *telos*. Ela surgiria como um critério possível de ser utilizado pelo julgador ao se deparar diante da necessidade de resolver um caso concreto por meio da ponderação. A resposta correta seria aquela que ampliasse a felicidade coletiva, afastando-se da dor ou dos prazeres perversos.

19.3.2 A Visão de Ronald Dworkin

Para Ronald Dworkin, o que se daria era o fato de o Judiciário entrar na "aplicação concreta e particular das regras que se destinam a maximizar a utilidade ao longo do tempo". Contudo, "sua atuação como arquitetos de diretrizes políticas deve ser a menor possível, uma vez que isso seria ineficaz de diversas maneiras". Se a ordem legislativa se esgotar sem uma decisão, "o Judiciário deve declarar que suas decisões não são guiadas por nenhuma fonte que não a legislativa". Há uma lacuna a ser preenchida de maneira despretensiosa, "como representantes de seus mestres políticos e com a disposição de espírito que orientaria a atuação deles, avançando – como afirmou o positivista e utilitarista por excelência Oliver Wendell Holmes -, do molar para o molecular"[607] – diz o Filósofo.

Para Dworkin, a utilidade é, sem dúvida, bem servida por uma concentração exclusiva no futuro, sem olhar o passado, a não ser na medida em que isso seja prudente do ponto de vista estratégico[608].

19.3.3 A Visão de Robert Alexy

Como a nossa teoria da felicidade reconhece a existência de direitos fundamentais, não teríamos o risco de corromper o sistema protetivo instituído pela Constituição, ao optarmos por aquela decisão que ampliasse a felicidade coletiva. Qualquer que fosse a resposta, estaríamos transitando por uma nuvem que abrangeria os direitos fundamentais, ou seja, não haveria riscos aos cidadãos. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana é sempre um escudo protetor do indivíduo isolado.

---

[607] DWORKIN, Ronald. A justiça de Toga. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Fernando Santos. Evisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 351.

[608] DWORKIN, Ronald. A justiça de Toga. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Fernando Santos. Evisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 352.

Para Thomasins, a *felicitas* constitui o fundamento de todas as obrigações jurídicas. Ele afirma: "É necessário fazer o que faz a vida ficar mais longa e a mais feliz possível e evitar o que a faz ficar triste e apressa a morte"[609]. Para Béat Phillipe de Vicat: "O homem aspira incessantemente à felicidade, a buscar até onde é possível um estado de prazer ou de facilidade"[610]. Para Wolff: "A obrigação capital do homem é chegar à felicidade e evitar o infortúnio"[611]. Como se percebe, há muitos que defendem que a felicidade deveria ser a *telos* das decisões públicas de relevo.

A teoria da felicidade, que coloca o valor "felicidade" como um bem protegido constitucionalmente, encontra o revestimento principiológico descrito por Robert Alexy, para quem "princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes"[612].

A ideia central de maximização da felicidade coletiva e redução das dores serve como base dos exercícios de ponderação que a jurisdição constitucional muitas vezes é levada a realizar. Ao falar de adequação e necessidade, Alexy diz que essas máximas expressam a exigência de uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas. Esse raciocínio serve para a teoria da felicidade. Quanto à adequação, Alexy traz um caso para ilustrar. Um cabeleireiro colocou em seu estabelecimento, sem permissão, uma máquina de venda automática de cigarros. As autoridades administrativas impuseram-lhe uma multa por descumprimento da lei sobre o comércio no varejo, que exigia uma permissão, a ser concedida se o requerente demonstrasse "a necessária expertise", que seria obtida por meio: (i) de um curso profissionalizante como comerciante; (ii) de uma prática de muitos anos em um estabelecimento comercial; ou (iii) de um exame especial, no qual seriam testados conhecimentos técnico-comerciais. Para o Tribunal Constitucional Federal, a exigência de uma prova de *expertise* viola a liberdade profissional garantida pelo art. 12 , § 1º, da Constituição alemã, pois não é adequada para proteger o consumidor contra prejuízos à sua saúde ou contra prejuízos econômicos. A exigência seria proibida pela máxima da adequação e violaria o direito

[609] Em seus Fundamenta Juris Naturae e Gentium.
[610] Tratado de direito civil e das gentes.
[611] JOUANNET, Emmanuelle. Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international, Bruylant, 2011, (Collection de droit international, n°69). O trecho transcrito consta no capítulo V, intitulado "La finalité providentialiste du droit des gens moderne: Bonheur des peuples et perfectionnement des États".
[612] ALEXY, Robert. Teoria dosDireitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 587.

fundamental à liberdade profissional[613]. Para Alexy, estavam em jogo dois princípios: o da liberdade profissional (P1) e o da proteção ao consumidor (P2). A medida adotada (M) – prova de *expertise* – não é capaz de fomentar P2 (proteção do consumidor), mas embaraçaria a realização de P1 (liberdade profissional). Nessa situação, não há custos nem para P1 (liberdade profissional), nem para P2 (proteção do consumidor), caso M (prova de *expertise*) não seja adotada, mas há custos para P1 (liberdade profissional) se M (prova de *expertise*) for adotada. P1 (liberdade profissional) e P2 (proteção ao consumidor), se considerados em conjunto, são realizados em maior grau – quanto às possibilidades fáticas – se se abrir mão de M (prova de *expertise*). Logo, P1 e P2, considerados conjuntamente, proíbem a adoção de M. Para Alexy, essa argumentação "é a expressão da ideia de otimização" e, também, "da ideia de eficiência de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem que uma outra seja piorada".

Esse exercício de ponderação abre espaço para a realização de raciocínios semelhantes tendo, como vetor, a felicidade. Isso porque a doutrina utilitarista prega a maior liberdade possível, crente de que ela ajuda no exercício da individualidade humana, agregando, com isso, bem-estar. Da mesma forma, é fundamento do utilitarismo a busca por segurança, entendendo-se que ela traz felicidade à coletividade. Por essa perspectiva, a colisão entre os princípios da liberdade profissional (P1) e o da proteção ao consumidor (P2) poderia ser resolvido apresentando-se a seguinte fundamentação: A medida adotada (M) – exigência de demonstração de competência comercial – não é capaz de fomentar P2 (ideal de segurança), mas embaraçaria a realização de P1 (liberdade). Se M não for adotada, não há prejuízo à felicidade que seria gerada com P1 (liberdade), nem para P2 (segurança), mas há prejuízos para P1 (liberdade) se M for adotada. P1 (liberdade) e P2 (segurança), ambos maximizadores da felicidade coletiva, são realizados conjuntamente e em maior grau – quanto às possibilidades fáticas – quando se afasta M. Logo, P1 (liberdade) e P2 (segurança), juntos, vedam a adoção de M, se o que se pretender for a maximização da felicidade coletiva. Estamos diante da busca de otimização para a felicidade, trabalhando sob a fórmula de Pareto-eficiente: uma posição pode ser melhorada quanto à felicidade coletiva sem que outra seja dela afastada[614].

---

[613] ALEXY, Robert. Teoria dosDireitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 589.
[614] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 589.

O mesmo se daria com a máxima da necessidade. Dentre dois meios aproximadamente adequados, deve ser escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso. O exemplo que Robert Alexy traz é o seguinte: Uma portaria do Ministério para a Proteção para a Juventude, Família e Saúde continha a proibição (restrição da liberdade) de comercialização de doces que, embora contivessem chocolate em pó, eram feitos, sobretudo, de flocos de arroz e não eram, portanto, produtos genuinamente de chocolate. O objetivo era proteger o consumidor contra compras equivocadas (fomentar a segurança). O Tribunal Constitucional Federal observou que essa proibição seria adequada para proteger o consumidor, pois se há uma proibição de que algo seja comercializado, o risco de que ele seja comprado por engano é pequeno. No entanto, a proibição de comercialização não seria necessária. Haveria uma medida igualmente adequada e, ao mesmo tempo, menos invasiva. Um dever de identificação no rótulo poderia combater o perigo de confusões e equívocos "de maneira igualmente eficaz, mas de forma menos invasiva". Alexy apresenta, na linha anterior, sua fórmula.

Para a teoria da felicidade, o raciocínio empregado pelo julgador deveria ser o seguinte: A segurança do consumidor (P2) é satisfeita igualmente pelo dever de inscrição no rótulo (M1) e pela vedação de comercialização (M2). Assim, P2 (segurança do consumidor) é indiferente se se adota M1 (inscrição no rótulo) ou M2 (vedação à comercialização). Mas isso não se mantém para o caso da liberdade profissional (P1). M2 (vedação à comercialização) intervém muito mais em P1 (liberdade profissional) que M1 (inscrição no rótulo). Em face das possibilidades fáticas (M1 – inscrição no rótulo ou M2 – vedação à comercialização), P1 (liberdade profissional) é satisfeito em um grau maior com a escolha de M1 (inscrição no rótulo) que com a escolha de M2 (vedação à comercialização) sem que, com isso, surjam custos para P2 (segurança do consumidor). Por isso, a otimização de P1 (liberdade profissional) e P2 (segurança do consumidor) afasta a utilização de M2 (vedação à comercialização) se o que se quer é a maximização da felicidade. Da mesma forma, estamos diante de Pareto-eficiente: Como há uma forma que intervém menos e é igualmente maximizadora da felicidade, uma posição pode agregar ao bem-estar sem impor custos à outra posição[615].

[615] ALEXY, Robert. Teoria dosDireitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 590-591.

19.3.4 A Visão de Stuart Mill

Stuart Mill já fazia esses exercícios que hoje são feitos por Robert Alexy. Mill pensou o mesmo exemplo envolvendo as potências liberdade de um lado e segurança do consumidor outro. O raciocínio é igual ao de Alexy. O que hoje se denomina "ponderação" nada mais é do que o utilitarismo revisitado.

Stuart Mill dá o exemplo da venda de venenos. Ele indaga: "Até que ponto se pode legitimamente abusar da liberdade para prevenir crimes ou acidentes?". Para Mill, "se os venenos nunca fossem comprados ou usados senão para cometer assassínio, seria correto proibir a sua produção e venda". Mas podem ser pretendidos para fins não apenas inocentes, mas também úteis, e não podem ser impostas restrições num dos casos sem fazer o mesmo no outro. Deve-se decidir que "modos possíveis de regulação são ou não contrários ao princípio". Ele nos dá um exemplo: "uma precaução como a de incluir no rótulo do fármaco um aviso sobre o seu caráter perigoso pode ser imposta sem violação da liberdade: o comprador não pode deixar de querer saber que o que tem é venenoso"[616]. Uma saída dada por Stuart Mill é "requerer-se que o vendedor assinalasse num registro a altura exata da transação, o nome e a morada do comprador, o tipo exato e a quantidade exata dos artigos vendidos; que perguntasse o objetivo para que eram requeridos, e registrar a resposta dada". Quando não houvesse receita médica, "poderia ser requerida a presença de uma terceira pessoa para provar isto caso houvesse depois razão para acreditar que o artigo havia sido usado para fins criminosos". Mill finaliza afirmando que "tais regulações não representariam, em geral, qualquer obstáculo substancial à obtenção do artigo, mas representariam um obstáculo muito considerável a que se fizesse um uso impróprio dele sem que isso fosse descoberto"[617].

O que temos acima? Ponderação ou a felicidade como *telos* da decisão? Stuart Mill escreveu o trecho acima no século XIX.

19.4 A Teoria da Felicidade é Aplicável a Todos os Casos? A Moderação Judicial por meio do Apelo ao Legislador

Podemos indagar: a ideia de felicidade como telos da decisão judicial resolve todos os casos? O próprio Jeremy Bentham negava que os juízes devessem aplicar o

[616] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010, pp. 162-163.
[617] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 164.

princípio utilitarista em todas as ocasiões: "Não é de se esperar que este processo deva ser estritamente perseguido previamente a cada julgamento moral, ou em cada operação legislativa ou judicial"[618].

De fato, há hipóteses em que podemos recomendar um exercício de moderação judicial por meio da técnica do *Apelo ao Legislador*. Trata-se de prática assente no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Gilmar Mendes, a este respeito, fala que "não raro reconhece a Corte que a lei ou a situação jurídica não se tornou 'ainda' inconstitucional, conclamando o legislador a que proceda – às vezes dentro de determinado prazo – à correção ou à adequação dessa 'situação ainda constitucional' (*Appellentscheidung*)"[619]. Em seguida, apresenta um exemplo retratado pela decisão proferida em 4 de maio de 1954 sobre o Estatuto do Sarre: Ficou assente que as providências legislativas empreendidas com vistas a superar o 'estatuto de ocupação' – "ainda que se mostrassem imperfeitas ou incompletas – contribuíam para uma gradual compatibilização da situação jurídica com a Lei Fundamental e deveriam, por isso, ser consideradas ainda constitucionais (*noch verfassungsgemäss*)"[620].

Imaginemos a seguinte hipótese: O Congresso Nacional aprovou uma lei criminalizando o uso, em rituais religiosos, da *ayahuasc*a, mais conhecida como "chá do Santo Daime". Uma ação questiona, no STF, se essa criminalização seria compatível com a liberdade de crença (art. 2º, § 1º, da Constituição).

Caminhando pela trilha da liberdade, essencial à teoria da felicidade, seria possível imaginar uma decisão que imaginasse que a liberação do consumo, como um meio menos gravoso em relação à liberdade, poderia afastar os perigos associados a essa substância e a seu comércio ilegal de forma tão ou mais eficiente que a criminalização. Outra posição, voltada para a segurança, defenderia que há registros de efeitos colaterais graves e que o efeito alucinógeno gerado pela chá é igual ou mais intenso ao gerado pelo consumo de outras ervas, que são, no Brasil, proibidas.

Há uma quantidade imensa de variáveis que afastam da jurisdição constitucional a possibilidade de decidir a questão, pela teoria da felicidade, com segurança. Uma decisão, nessa hipótese, poderia se dar por meros achismos. O Tribunal poderá proferir prognoses que não se confirmariam, colocando o prestígio da Corte em perigo. Ele poderia dizer, por exemplo, que o consumo não acarretaria qualquer problema. Anos

[618] Bentham. Introdução aos princípios da moral e da legislação [1789] apud Singer org. Ethics, 312.
[619] MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 296.
[620] Ibidem, p. 296.

depois, a medicina provaria o contrário. Então o Supremo teria entrado num tipo de aventura absolutamente desnecessária e isso se daria pelo fato de a Corte ter diante de si um caso sobre o qual a teoria da felicidade não repousaria todas as suas nuances, principalmente em razão da falta de informações consistentes para apreciar a questão.

Aqui, por não termos a mesma clareza de informações que tivemos nos casos anteriores, o Supremo poderia reconhecer não haver elementos científicos suficientes que decidam em favor de uma ou de outra direção. Nesse caso, a decisão do Congresso pela criminalização teria que ser aceita, em razão de ele, Congresso, atuar mais livremente quanto à escolha entre as várias opções disponíveis a alcançar a finalidade pretendida. Seria um exercício de moderação judicial em favor do Congresso que demonstraria que a teoria da felicidade funciona melhor à medida que a Corte está municiada de elementos informativos consistentes a ponto de lhe fornecer segurança para decidir enxergando os potencias efeitos da decisão. O mais importante é que, ao contemplar a possibilidade de decidir considerando a opção que mais felicidade gerará para a coletividade, a Corte faz uma prognose. Caso essa prognose não se confirme, ou a Corte revê sua posição ou enfrenta o desprestígio. A primeira opção é mais adequada.

Raciocínio semelhante foi o que se viu, em 1994, no Tribunal Constitucional Federal alemão, que teve de decidir se a criminalização da fabricação, comercialização, disseminação e aquisição de produtos derivados de *cannabis* seria compatível com a liberdade geral de ação (art. 2º, § 1º, da Constituição alemã) e com a liberdade pessoal (art. 2º, § 2º, 2, também da Constituição alemã). Robert Alexy afirma que também era necessário indagar se uma liberação da *cannabis*, como um meio menos gravoso em relação à liberdade, não poderia afastar os perigos associados a essa droga e a seu comércio ilegal de forma tão ou mais eficiente que uma criminalização geral. A resposta do Tribunal baseou-se na tese de que não existem "conhecimentos fundados cientificamente que decidam indubitavelmente em favor de um ou de outro caminho". Nessa situação, a decisão do legislador pela criminalização teria que ser aceita, "pois o legislador tem uma prerrogativa de avaliação e decisão para a escolha entre diversos caminhos potencialmente adequados para alcançar um objetivo geral"[621].

[621] ALEXY, Robert. Teoria dosDireitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 591.

19.5 Teste 1: Uniões Homoafetivas

19.5.1 Os Fatos

Em 9 de Maio de 2011, Toni Reis, presidente da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), divulgou uma "Carta aberta ao Supremo Tribunal Federal", em agradecimento à decisão unânime da Corte que reconheceu a união estável homoafetiva. "Sabemos que a equiparação de direitos entre casais homoafetivos e heteroafetivos não vai, sozinha, aumentar ou diminuir a felicidade, mas ela nos dá segurança que precisamos nos momentos de infortúnio" – disse Toni, lançando, à discussão, a questão da segurança, que é, para nós, componente do cálculo de felicidade. Ao final, ele arrematou: "E o melhor de tudo é que o Brasil inteiro ganha com a decisão do STF. Ninguém perdeu. O Brasil ficou maior, mais belo, mais colorido, mais humano e mais feliz"[622]. A Carta esboça pressupostos importantes da felicidade: Pareto-Eficiente, *telos* e prognoses judiciais.

A mais importante decisão da jurisdição constitucional mencionando o direito à busca da felicidade foi em 2011. A Corte deveria fixar qual a interpretação a ser conferida ao artigo 1.723 do Código Civil, que reconhece, como entidade familiar, somente a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. A necessidade de disciplinar qual a interpretação compatível com a Constituição decorria do fato de órgãos do Estado negarem direitos a casais homoafetivos. Cabia à Corte decidir se essa união também abrangeria casais do mesmo sexo, apesar de o dispositivo constitucional falar em "homem e a mulher". Antes de tratarmos dela, façamos um histórico desse tema na jurisprudência brasileira para que tenhamos informações suficientes a comprovar como o direito à busca da felicidade ilustrou esse debate.

19.5.2 O Direito à Busca da Felicidade Brasil Afora

A utilização do direito à busca da felicidade não se resume à Suprema Corte. O Superior Tribunal de Justiça também tem se valido da expressão em questões complexas. Na Corte, a precursora da postura é a Ministra Nanci Andrighi.

---

[622] Disponível em: http://marinasantanna.com/2011/05/09/carta-aberta-ao-supremo-tribunal-federal/

Duas cidadãs gaúchas, que se relacionavam há três anos, requereram habilitação para o casamento em dois cartórios de registro civil. Os pedidos foram negados. O STJ determinou a habilitação do casamento.[623]

Nos próximos dois casos usaremos nomes fictícios.

Marta tentou o reconhecimento da união estável mantida, entre 1994 e 2003, com Mauro, agente da Polícia Federal, falecido em 2003. Ao iniciar o relacionamento, ambos encontravam-se separados de seus cônjuges e não tiveram filhos. O Agente havia sido casado com Carla, tendo, com ela, 3 filhos, mas em 1993 se separaram, reatando o relacionamento no ano seguinte. Em 1999, se divorciaram, mas continuaram a se relacionar até o falecimento. A ex-mulher também buscou o reconhecimento da união entre ela e o ex-marido, de 1999 a 2003. O STJ determinou que a pensão do Agente atenderia às duas mulheres, na proporção de 50% para cada uma[624].

O casal Valéria e Carlos foi procurado por Paulo, pai biológico do menor Gabriel, com a intenção de que o casal o adotasse em razão de sua genitora, Maria, não ter condições de criá-lo. Ela vivia com seu marido e dois filhos, em condições precárias. Um dos filhos já havia sido entregue para a adoção. O pai biológico era casado pela segunda vez e pai de outros 3 filhos, todos de parceiras diferentes. Sua atual mulher cuidava do bebê do casal, com 7 meses, bem como do filho dele, fruto de outro relacionamento. Gabriel foi gerado em um relacionamento extraconjugal de ambos os seus genitores. O casal aceitou a proposta e conseguiu a guarda provisória do bebê, que passaria a viver na cidade de Joinville/SC, onde o casal trabalhava, ela médica e ele corretor de imóveis. Após 3 meses, Valéria e Carlos se viram obrigados, judicialmente, a, sob escolta policial, entregar o bebê a um abrigo de menores. O STJ determinou a devolução imediata do bebê ao casal[625]

Casos de pensões por morte para companheiros de união homoafetiva também chegaram ao STJ. Severino Galdino Belo ajuizou ação contra a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil pleiteando o pagamento de pensão decorrente do falecimento de seu companheiro, Luiz Carlos Ferreira dos Santos, beneficiário de plano de assistência e benefícios de previdência privada complementar. Severino era seu dependente. Entre os anos de 1990 e 2005, quando Luiz Carlos faleceu, Severino viveu

[623] REsp 1.183.378/RS.
[624] Resp. 1.157.273/RN.
[625] CC 108.442/SC.

com ele em união estável. Com o falecimento, foi seu herdeiro testamentário. O STJ assegurou a pensão[626].

Em todas as decisões, o Tribunal invocou o direito à busca da felicidade. Na mesma linha do que veremos no STF, se viu um incremento no discurso empregado pela julgadora, além da elevação do direito à busca da felicidade como elemento autônomo da decisão.

Instâncias inferiores também têm agido. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, competente pelo Rio de Janeiro e Espírito Santo, é um deles.

Em Vitória/ES, Washington Luiz Alves levou a União ao Judiciário visando receber a pensão vitalícia deixada por Alexandre Gonçalves Volpato, bem como se tornar dependente para gozo dos benefícios do plano de assistência à saúde dele. Segundo Washington, ele conviveu em relação homoafetiva com Alexandre, servidor público federal, desde 11 de março de 1992, residindo juntos por 11 anos, no mesmo endereço, até o momento do falecimento do servidor, em 22/12/2003. Para comprovar o seu argumento, apresentou fotos, documentos e testemunhas[627].

Em Niterói/RJ, Laudemir Azevedo Monteiro levou a União à Justiça tentando ver reconhecida a união entre ele e Luiz Carlos Pinto de Freitas, ex-militar da Marinha brasileira, falecido dia 01 de julho de 2000. Pretendia a concessão de pensão por morte, a contar da data do óbito do companheiro, e a liberação dos valores creditados em nome do falecido na conta do PASEP[628].

Na cidade do Rio de Janeiro, Elizabeth Rodrigues de Barros ajuizou ação contra a União pretendendo receber benefício de pensão por morte, na condição de companheira e dependente de Elenice de Castro, ex-servidora pública do Ministério do Exército, a partir da data do seu falecimento (25/02/2008), "no valor correspondente ao do respectivo provento e acréscimos legais, com parcelas vencidas a contar do óbito, acrescido de juros e correção monetária". Segundo Elizabeth, ela teria convivido em relação homoafetiva com a instituidora do benefício, sob total dependência econômica da mesma, por aproximadamente 11 anos (de 1997 até a data do falecimento, em 2008), residindo juntas no mesmo endereço[629].

---

[626] Resp. 1.026.981/RJ.

[627] Apelação em reexame necessário nº 200750010008368, de relatoria do Desembargador Franca Neto.

[628] 1ª Vara de Niterói/RJ, ação ordinária com pedido de antecipação de tutela nº 2004.51.02.004258-1. No TRF 2ª Região, Apelação em reexame necessário nº 200451020042581, de relatoria do Desembargador Poul Erik Dyrlund.

[629] Apelação em reexame necessário nº 200851010091576, de relatoria da Desembargadora Maria Alice Paim Lyard.

Todos os casos acima foram decididos por meio da invocação, dentre outros argumentos, ao direito à busca da felicidade. Percebemos que a utilização desse direito envolvendo reflexos de uniões entre pessoas do mesmo sexo não é exclusividade do Supremo. Vamos agora ver como ocorreu a importante decisão de reconhecimento dos efeitos jurídicos decorrentes de uniões homoafetivas pela Suprema Corte brasileira.

19.5.3 O Caso no STF

A análise da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões homoafetivas demonstra que a Corte se valeu da felicidade como *telos* da decisão judicial, introduzindo, assim, mais um viés do direito à felicidade. Como vimos, temos os seguintes desdobramentos do direito amplo à felicidade: (i) direito à busca da felicidade; (ii) direito prestacional à felicidade; (iii) e vedação ao estímulo de prazeres perversos. O julgamento em análise é mais um dos que introduz raciocínios utilitaristas e positivistas que abraçam a teoria da felicidade. Vamos ao caso.

19.5.4 Vedação a Prazeres Perversos, Iluminismo e Liberdade

Na decisão, o Ministro Ayres Britto, relator, invocou o texto preambular da Constituição, como elemento de um constitucionalismo fraternal. Em seguida, atacou o estímulo a prazeres perversos entre os indivíduos, desenvolvidos por uma "mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo". Enaltecendo a presença da razão nesse tipo de discussão – que nos remete ao Iluminismo -, frisou o papel das liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade. A primeira parte do voto do Ministro, portanto, aborda importantes componentes ou agentes conectores da felicidade. Sua Excelência fala do preâmbulo da Constituição, de prazeres perversos, da razão (Iluminista) e da liberdade.

O relator do caso, Ministro Ayres Britto, afirmou que aquele julgamento possibilitaria a Corte, "pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo". Para o Ministro, o tema envolvia "um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão

social da heterossexualidade".

19.5.5 Projetos de Felicidade e o Princípio do Dano (de Stuart Mill)

Quanto à família, Ayres Britto a qualifica como ambiente primaz, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêem tomadas "da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiradamente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos".

Ayres Britto brinda Stuart Mill ao inserir em seu voto o princípio do dano, quando afirma o seguinte: "não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem".

Segundo o princípio do dano, "o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou coletivamente, para interferir na liberdade de ação de outro, é a autoproteção", cuja função é "prevenir dano a outros". Mill afirma que "uma pessoa não pode corretamente ser forçada a fazer ou a deixar de fazer algo porque será melhor para ela que o faça, porque a faça feliz, ou porque, na opinião de outros, fazê-lo seria sensato, ou até correto". Para ele, "a única parte da conduta de qualquer pessoa pela qual ela responde perante a sociedade, é a que diz respeito aos outros. Na parte da sua conduta que apenas diz respeito a si, as sua independência é, por direito, absoluta". Ao final, afirma que "as pessoas têm mais a ganhar em deixar que cada um viva como lhe parece bem a si, do que forçando cada um a viver como parece bem aos outros"[630].

19.5.6 Por que a Teoria da Felicidade não Considera a Infelicidade dos Oponentes ao Reconhecimento Jurídico das Uniões Homoafetivas

Quanto à decisão sobre as uniões homoafetivas, é possível imaginar: "Mas há quem não tenha gostado da decisão. Quem tenha ficado triste". Bem, nesse caso, a teoria da felicidade é indiferente aos sentimentos perversos, ou seja, a sensação de menoscabo de quem se sente pior ao ver os outros gozarem direitos.

Stuart Mill destaca que os homens têm um grande prazer em subordinarem mulheres, porque isso os ajuda a se sentirem superiores. Contudo, ao aferir os ganhos

[630] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 44.

para a sociedade que a igualdade sexual traria, Mill sequer considera – nem o poderia - a dor que certamente será causada aos homens por esta revogação de seus privilégios. Tal prazer não serviria ao bem-estar social. Esse raciocínio é o mesmo empregado no caso das uniões homoafetivas.

Jeremy Bentham dizia que a razão é necessária para derrubar a tradição irracional e que a única alternativa ao utilitarismo seria o capricho, uma espécie de moralidade baseada no auto-interesse, numa paixão ou na superstição. Esse capricho conta com a indiferença da teoria da felicidade. Ele não compõe o cálculo de maior felicidade para o maior número de pessoas. É como Tim Mulgam diz: "o prazer sádico não tem absolutamente nenhum valor"[631]. É importante que fique claro esse ponto do raciocínio, sob pena de, a cada instante, termos de fazer esclarecimentos adicionais. O incômodo de indivíduos que gozam de direitos com o fato de outros indivíduos gozarem dos mesmos direitos trata de um sofrimento que não decorre de injustiça, mas do capricho. É como Stuart Mill dizia: "a sociedade não reconhece aos competidores desapontados qualquer direito, quer legal quer moral, a estarem imunes deste tipo de sofrimento[632].

19.5.7 Felicidade como *Telos e* Pareto-Eficiente

Afastando maniqueísmos do debate e apresentando a ideia de Robert Alexy de Pareto-eficiente, aplicável, também, à teoria da felicidade, Ayres Britto registra que a decisão estabelece "o reino da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham". Significa que a decisão, quanto ao reconhecimento das uniões homoafetivas, amplia a situação de bem-estar dos homoafetivos, sem mitigar, em nada, a situação vivenciada pelos heteroafetivos. Ou seja, o cálculo utilitarista aponta que estamos diante de Pareto-eficiente: uma parcela dos afetados pela decisão melhorou de situação sem que a outra parcela piorasse.

Ao final do voto, Ayres Britto diz: "E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição do inciso IV do seu art. 3º". A utilidade da sociedade é ampliada.

---

[631] MULGAN, Tim. Utilitarismo. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 94.
[632] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 160.

Ao esclarecer o que seria o pragmatismo jurídico, Ronald Dworkin afirma que se trata de raciocínio segundo o qual "para decidir os casos que se lhes apresentam, os juízes devem recorrer a um estilo consequencialista voltado para o futuro"[633]. Nessa linha, importante perceber que o Ministro Luiz Fux realçou sua preocupação com a maximização futura da felicidade coletiva decorrente da decisão proferida no caso das uniões homoafetivas: "Independentemente do resultado deste julgamento, a sua repercussão social será imensa e são, em boa parte, imprevisíveis as suas conseqüências". Fux afirmou haver uma "falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação". Em seguida, após falar das conseqüências da decisão na sociedade (raciocínio utilitarista) e frisar a necessidade de atenção aos projetos pessoais de felicidade (direito à busca da felicidade), arrematou seu apoio à teoria da felicidade e às suas bases ao introduzir, tal como o fizera Ayres Britto, um cálculo paretiano, ou seja, tentando alcançar a meta de Pareto-eficiente na decisão. Fux afirmou: "uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença". Ninguém ficaria numa situação pior.

O voto que mais se apegou à teoria da felicidade foi o do Ministro Celso de Mello. Ele realçou a finalidade da decisão, apontando o seu viés utilitarista, segundo o qual, no longo prazo, teríamos a ampliação da felicidade para o maior número de pessoas:

> Busca-se, com o acolhimento da postulação deduzida pelo autor, a consecução de um fim revestido de plena legitimidade jurídica, política e social, que, longe de dividir pessoas, grupos e instituições, estimula a união de toda a sociedade em torno de um objetivo comum, pois decisões – como esta que ora é proferida pelo Supremo Tribunal Federal – que põem termo a injustas divisões, fundadas em preconceitos inaceitáveis e que não mais resistem ao espírito do tempo, possuem a virtude de congregar aqueles que reverenciam os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade".

Para o Ministro, a decisão em favor das uniões homoafetivas "remove obstáculos que, até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório". Dirigindo seu raciocínio para a ausência de custos à felicidade dos grupos opositores afirmou que a decisão "não é nem

[633] DWORKIN, Ronald. A justiça de Toga. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Fernando Santos. Evisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 34.

pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns". Celso de Mello invocou "princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade)". Para ele:

> A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.

Ele afirmou que a decisão não tensionaria as relações humanas, nem dividiria pessoas grupos ou instituições. A decisão, no longo prazo, seria útil, porque estimularia a união de toda a sociedade em torno de um objetivo comum, o que aumentaria a sensação de fraternidade e ampliaria, com isso, a felicidade coletiva.

Portanto, há, na decisão, um conjunto bem ordenado de argumentos da teoria da felicidade que ilumina essa decisão.

19.5.8 Maiorias e Minorias

O julgamento das uniões homoafetivas mostrou, com clareza, uma divergência entre maiorias e minorias políticas no Brasil, bem como o papel da jurisdição constitucional como árbitro desses dilemas. Stuart Mill diz que, nas reflexões políticas a "tirania da maioria" é incluída entre os males contra os quais a sociedade precisa se precaver[634]. As pessoas perceberam que, quando "a própria sociedade é o tirano – a sociedade tomada coletivamente, para lá dos indivíduos distintos que a compõem -, os seus meios de tiranizar não se restringem aos atos que pode realizar através dos seus funcionários políticos". Afirmando que a sociedade pode executar as suas próprias ordens (e o faz realmente), Mill afirma que se ela emite ordens incorretas em vez das corretas, ou se emite ordens em relações a assuntos em que não devia interferir, exerce uma tirania social pior do que muitos tipos de opressão política, "dado que deixa menos

[634] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 32.

meios de escapar – muito embora na seja geralmente imposta através de punições tão extremas -, penetrando muito mais profundamente nos pormenores da vida, e escravizando a própria alma". Daí ele afirmar que:

> Também é necessária a protecção contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes; contra a tendência da sociedade para impor; por outros meios que não as punições civis, as suas próprias idéias e práticas como regras de conduta àqueles que não as seguem, e para restringir o desenvolvimento – e, se possível, impedir a formação – de qualquer individualidade que não esteja em harmonia com os seus costumes, e para forçar todas as personalidades a modelarem-se à imagem da sociedade.

Stuart Mill sustenta, por fim, que há um limite à interferência legítima da opinião coletiva na independência individual; "e encontrar esse limite, e protegê-lo contra transgressões, é tão indispensável para o bom estado das relações humanas, como a proteção contra o despotismo político"[635].

As ideias de Mill são importantes para mostrar o quanto as multidões apaixonadas, sejam elas compostas por quaisquer grupos minoritários ou majoritários que sejam, podem ser cruéis com quem não compartilha de suas opiniões.

O voto do Ministro Ayres Britto mostra que o direito à felicidade é digno do nosso reconhecimento e que, mais do que isso, a felicidade da sociedade tem sido usada como *telos* de decisões judiciais tomadas no âmbito da jurisdição constitucional.

A Ministra Cármen Lúcia também trouxe, em seu voto, argumentos condizentes com o que temos defendido nessa tese. Segundo ela, "pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito". Enaltecendo a liberdade, disse que, "para ser digno há que ser livre". Ao final, realçou a necessidade de decisões judiciais que afastem as dores das pessoas. Ela disse: "O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática".

19.5.9 Felicidade como Segurança

O último argumento do Ministro Luiz Fux, ao votar, abordou a necessidade de segurança para os indivíduos, elemento reputado por nós como componente necessário, assim como a liberdade, do direito à felicidade. O Ministro disse que "a questão do

[635] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010, pp. 32-33.

reconhecimento também toca o tema da segurança jurídica", uma vez que "o alheamento do direito positivo relativamente às uniões homoafetivas gera inaceitável insegurança para os indivíduos". Para ele, "reconhecimento, portanto, também é certeza e previsibilidade".

19.5.10 O Direito à Busca da Felicidade

O Ministro Celso de Mello chegou a abrir tópico próprio em seu voto denominado: "O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana".

Ele reconheceu que o direito à busca da felicidade representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776. Essa foi a linha que ele seguiu em seu voto, qual seja, compreender o direito à busca da felicidade como contido no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, cabe destacar que, pelos nossos estudos, o direito à busca da felicidade tem fundamento autônomo na Constituição Federal, representado pelo rol de direitos de liberdade constantes da Carta, bem como, numa outra linha, no subsistema constitucional voltado para o chamado bem-estar. A dignidade da pessoa humana se relaciona com o princípio da busca da felicidade, mas como elemento complementar e, em muitos casos, escudo limitador da busca pela felicidade a qualquer custo. Portanto, não reconhecemos que a porta de entrada do princípio da busca da felicidade é o princípio da dignidade da pessoa humana, nada obstante saibamos que ele se relaciona de várias formas com o princípio e, além disso, o condiciona e o conforma. Tem-se aqui um componente do direito à felicidade: a vedação aos prazeres perversos.

Celso rememorou os bastidores da elaboração da Declaração de Direitos do Estado da Virginia e, em seguida, os da Declaração de Independência dos Estados Unidos, reputando-os documentos insertos nas ideias iluministas. Apesar de divergirmos quanto à porta de entrada do direito à busca da felicidade, o Ministro Celso é certeiro ao afirmar que o direito à busca da felicidade é "fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais". Aqui, como se percebe, destaca a

visão liberal que deve ser atribuída ao direito à busca da felicidade no seu primeiro ciclo de desenvolvimento.

Nesse ponto vale recordar as lições de Stuart Mill, para quem "as diferenças entre seres humanos nas suas fontes de prazer são tais, assim como a sua susceptibilidade à dor, e a influência de diferentes influências físicas e morais", que a não ser que haja uma correspondente diversidade nos seus modos de vida, "nem obtêm a sua justa parte de felicidade, nem atingem o estatuto intelectual, oral e estético de que a sua natureza é capaz". Daí ele indagar: "Por que devia, então, a tolerância, no que diz respeito ao sentimento público, abranger apenas os gostos e modos de vida que impõem a concordância através da grande quantidade dos seus aderentes?"[636].

O respeito às diversidades é um componente central das ideias de Mill.

Portanto, esses foram os elementos constantes do julgamento do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, mostrando que o caso foi apreciado à luz da teoria da felicidade. Passaremos, agora, para o julgamento realizado pelo STF sobre a constitucionalidade das políticas das cotas. Ficará claro que novamente a felicidade aparecerá como *telos* da decisão.

19.6 Teste 2: As Cotas

A sambista Leci Brandão, sambista carioca, indagada sobre as cotas raciais para ingresso nas instituições públicas de ensino superior, respondeu: "Não tem que ter vergonha de nada". Ela afirmou que havia cansado "de ganhar as cotas das cadeias, as cotas do analfabetismo, as cotas do desemprego". Ao final, arrematou: "Eu quero ter umas cotas de coisas mais felizes"[637].

A Sambista se referia à decisão do Supremo, de abril de 2012, que considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB). Por unanimidade, os ministros julgaram improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, ajuizada Corte pelo Partido Democratas (DEM). É sobre esse julgamento que falaremos agora.

---

[636] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 122.

[637] Matéria intitulada "Leci Brandão: Negros merecem cotas 'mais felizes', de Thais Bilenky, disponível em: http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI3713001-EI6581,00-Leci+Brandao+Negros+merecem+cotas+mais+felizes.html. Acesso em jun/2013.

19.6.1 A Maximização da Felicidade

O primeiro caso no qual a jurisdição constitucional, valendo-se da ponderação, utilizou a teoria da felicidade trata das chamadas políticas de cotas. A Suprema Corte brasileira decidiu, por unanimidade, que são constitucionais os programas de ação afirmativa que estabelecem um sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino público superior. Os argumentos utilizados pelo relator, Ministro Ricardo Lewandowski, e acompanhado por todos os ministros, foram utilitaristas. Eles consideraram uma soma das utilidades da decisão e, ao final, decidiram num dado sentido.

A ponderação que se operou, nada obstante tenha ganhado o nome de "Proporcionalidade entre meios e fins", teve viés utilitário. O que se almejou mensurar foi os ganhos coletivos com a aplicação da política de cotas, principalmente em saber se a sociedade seria beneficiada com ela.

Ronald Dworkin, no contexto norte-americano, analisando os argumentos utilizados pela Universidade de Washington ao defender a sua política de cotas raciais, trouxe exemplo de argumento utilitarista que justificaria a política. Segundo o Filósofo, a Universidade poderia argumentar que "o aumento do número de advogados negros diminuiria as tensões sociais, o que melhoraria o bem estar de quase todos os membros da comunidade". Dworkin nos diz que esse seria um "argumento utilitarista"[638].

No caso brasileiro, o Ministro Lewandowski, ao apontar os fundamentos constitucionais de sua decisão, afirmou que a manutenção das políticas de cotas étnico-raciais como critério de ingresso nas instituições públicas de ensino superior, tenderiam a "reverter esse quadro, politicamente constrangedor e responsável pela eclosão de tensões sociais desagregadoras". O argumento é utilitarista.

O que o Ministro afirmou é que a política de cotas, embora traga alguma infelicidade imediata a quem a ela se opõe, no longo prazo trará para a sociedade um incremento no bem-estar, pelo fato de eliminar tensões sociais desagregadoras. Há uma tentativa de sopesamento, mas na linha utilitarista.

Vejamos que a teoria da felicidade, pelo seu viés utilitarista, está presente nesse importante julgamento realizado no âmbito da jurisdição constitucional. O que não se

[638] DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 358.

fez foi qualificar o argumento como utilitarista. Mas é evidente que se trata de uma ponderação realizada pelos critérios utilitários.

Dworkin afirma que é possível, num caso complexo como esse das políticas de cotas raciais para ingresso nas universidades públicas, "fazer ponderações que, apesar de especulativas, não podem ser rejeitadas como implausíveis"[639]. É isso o que ocorreu no julgamento brasileiro. Ricardo Lewandowski iniciou seu voto afirmando querer "discutir esse relevante tema do modo mais amplo possível, fazendo-o, em especial, à luz dos princípios e valores sobre quais repousa a nossa Carta Magna". A primeira ponderação que fez, na esteira do que dito por Dworkin, foi afirmar que "as aptidões dos candidatos devem ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentam para intervir nos problemas sociais".

Dworkin afirma que "alguns dos argumentos utilitaristas baseiam-se, ao menos indiretamente, em preferências externas, como a preferência de certos negros por advogados de sua própria raça". Esse raciocínio foi empregado por Lewandowski quando registrou que a decisão pela constitucionalidade da política de cotas baseada em critérios étnico-raciais estimularia a "criação de lideranças dentre grupos discriminados, capazes de lutar pela defesa de seus direitos, além de servirem como paradigmas de integração e ascensão social". O Ministro chegou a se dirigir para o sentimento de satisfação sentido por cada beneficiário da política: "Esses programas trazem, pois, como um bônus adicional a aceleração de uma mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos, aumentando a autoestima que prepara o terreno para a sua progressiva e plena integração social" - afirmou.

Há um trecho da decisão que encampa, abertamente, a felicidade como *telos* da decisão. O Ministro afirmou que a metodologia de seleção diferenciada nas universidades pode levar em consideração critérios étcnicos-raciais ou socioeconômicos, "de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição". O raciocínio é eminentemente utilitarista. Encontramos, na teoria da felicidade, todas as premissas necessárias a embasar a manifestação acima. Vamos recordar Stuart Mill.

[639] DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 360.

Para Mill, o tempo fará com que o respeito à liberdade individual acarrete à máxima felicidade. "Permitir que a maioria se imponha aos dissidentes ou censure os livre-pensadores pode maximizar a utilidade hoje, porém tornará a sociedade pior – e menos feliz – no longo prazo" - arremata. Parece que Mill falava para o caso das cotas étnico-raciais brasileiras. Segundo Lewandowski, a pluralidade de ideias trazidas com o emprego das políticas de cotas nas universidades beneficiará tanto a comunidade acadêmica como a própria sociedade. No cálculo da felicidade coletiva operado pelo Ministro, o bem-estar futuro seria evidente. Como havia possibilidade argumentativa de sustentar sua constitucionalidade, então o preferível seria maximizar a utilidade, fiada nos benefícios que o pluralismo de ideais inegavelmente traria no longo prazo.

Vejam como a teoria da felicidade e a jurisdição constitucional já andam juntas nas decisões da Suprema Corte. O Ministro argumentou ainda que a

> convivência multisecular com a exclusão social gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social.

Dworkin entende ter fundamental importância prática saber se os critérios morais – por exemplo, perguntar se seria sensata e justa uma política que impedisse as crianças de firmar contratos, ou se a tortura é sempre moralmente errada – estão entre os critérios que os juízes e outras autoridades devem usar para decidir quando essas proposições são verdadeiras[640]. Explicando o que seria "pragmatismo jurídico", Dworkin esclarece que juízes, para decidir os casos que lhes são apresentados, podem recorrer a um estilo consequencialista e voltado para o futuro[641]. Foi o que o Ministro Lewandowski fez. A teoria da felicidade é, oportunamente, consequencialista.

Em seguida, seu argumento caminhou no sentido da minimização da felicidade não somente no âmbito daqueles que padecem da discriminação, mas, também, entre as pessoas que, de alguma forma, contribuem para ela. Sua Excelência afirmou:

> Esse efeito, que resulta de uma avaliação eminentemente subjetiva da pretensa inferioridade dos integrantes desses grupos, repercute tanto sobre aqueles que são

[640] DWORKIN, Ronald. A justiça de toga. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução, Fernando Santos. Revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 05.
[641] DWORKIN, Ronald. A justiça de toga. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução, Fernando Santos. Revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 32.

> marginalizados como naqueles que, consciente ou inconscientemente, contribuem para sua exclusão.

Novamente assistimos à utilização de raciocínios voltados para a felicidade como *telos* da decisão tomada pela jurisdição constitucional. Basta que recordemos, mais uma vez, de Stuart Mill. Para ele, o desrespeito aos direitos fundamentais das minorias, no curto prazo, pode ser útil àqueles que detêm o poder e, mesmo, à maioria da sociedade. Todavia, com o tempo, a insatisfação de ambos aumentará, fazendo desta sociedade uma sociedade menos feliz. Logo, não há razão para a manutenção dessa discriminação. Ela não seria útil ao cômputo geral da felicidade coletiva no longo prazo. Essa é exatamente a ideia apresentada pelo Ministro Lewandowski.

Há ainda outra conexão do caso com a teoria da felicidade. Pesquisas mostram que "uma maior tolerância de gays e outras minorias aumenta a felicidade nacional"[642]. Esses resultados científicos obtidos por meio da investigação empírica entregam a teoria da felicidade aos cuidados da jurisdição constitucional. A partir do momento em que pesquisas identificam que a tolerância às minorias aumenta a felicidade nacional, temos o exercício da jurisdição constitucional integrando os componentes da teoria da felicidade. Hans Kelsen, nessa linha, registrava que:

> Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constantes entre os grupos representados no parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a jurisdição constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia[643].

Seja pela perspectiva filosófica clássica como marco teórico, seja pela comprovação empírica atual, parece claro que os direitos constitucionais assumem papel de destaque na busca da felicidade da sociedade, pois garantem bens inalienáveis a todos, inclusive às minorias.

Em vez de empregar a técnica da proporcionalidade nas linhas teóricas de Alexy, o que a Suprema Corte brasileira fez, ao apreciar a questão das políticas de cotas raciais para ingresso em instituições de ensino superior públicas, foi se valer da felicidade coletiva como *telos* da decisão judicial.

---

[642] Ronald Inglehart, Roberto Foa, Christopher Peterson, e Christian Welzel, "Development, Freedom, and Rising Happiness - A Global Perspective (1981-2007)" Perspectives on Psychological Science (2008), p. 271.

[643] KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Tradução do alemão: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 182.

19.7 Teste 3: Crimes de Bagatela

A obra *Os Miseráveis*, do escritor francês Victor Hugo, foi escrita em 1862 e é uma narração que denuncia a injustiça social da França do século XIX por meio da saga do personagem Jean Valjean.

Jean Valjean, de humilde origem camponesa, ficara órfão de pai e mãe ainda pequeno, tendo sido criado por uma irmã mais velha, casada e com sete filhos. Ao ver a irmã perder o marido, ele se tornou arrimo da família, passando a realizar trabalhos rudes e mal remunerados. Num inverno rigoroso, perdeu o emprego e a fome bateu à porta da família. Desesperado, quebrou a vitrine de uma padaria tentando roubar um pão. Foi levado aos tribunais por crime de roubo e arrombamento e condenado a cinco anos de prisão. Devido às tentativas de fuga e mau comportamento, acabou sofrendo outras condenações, totalizando dezenove anos de reclusão com trabalhos forçados.

Em sua obra, Victor Hugo narra que naquele período na França os termos do código eram categóricos: "nossa civilização tem momentos terríveis: são os momentos em que uma sentença anuncia um naufrágio". Escreve ainda: "Que minuto fúnebre este em que a sociedade se afasta e relega ao mais completo abandono um ser que raciocina!". Ele questiona:

> Depois de a falta ter sido cometida e confessada, por acaso o castigo não foi por demais feroz e excessivo? Onde haveria mais abuso: da parte da lei, na pena, ou da parte do culpado, no crime? Não haveria excesso de peso em um dos pratos da balança, justamente naquele em que está a expiação? Por que o exagero da pena não apagava completamente o crime, quase que invertendo a situação, substituindo a falta do delinqüente pela da Justiça, fazendo do culpado a vítima, do devedor credor, pondo definitivamente o direito justamente do lado de quem cometeu o furto?

A genialidade de Victor Hugo propicia contundentes críticas ao sistema jurídico francês, marcado pelo legalismo e absolutamente afastado da jurisdição constitucional. Guiada cegamente pela ideia de soberania da lei, a França não permitia o controle de constitucionalidade da legislação, tornando os juízes meros "boca da lei" (*la bouche de la loi*). Os sonhos da Revolução terminaram em nada. Victor Hugo reflete:

> É próprio das sentenças em que domina a impiedade, isto é, a brutalidade, transformar pouco a pouco, por uma espécie de estúpida transfiguração, um homem

> em animal, às vezes até em animal feroz. Quando era novamente preso, os novos castigos que lhe infligiam só serviam para torná-lo mais sobressaltado[644].

Quase dois séculos se passaram, mas a saga de Jean Valjean, imortalizada na monumental obra *Os Miseráveis*, persiste, vestindo farrapos iguais aos usados pelos pobres franceses da época. Isso no Brasil.

O Jean Valjean dos trópicos é o mineiro Elias Junio de Oliveira. Elias, sem quaisquer antecedentes criminais, foi preso em flagrante e denunciado pela prática do crime de furto, por haver tentado subtrair um pedaço de carne de um supermercado. O pedaço custava R$ 32,37 (Trinta e dois reais e trinta e sete centavos). Após a prisão, ele sofreu uma ação penal. A defensoria pública tentou paralisar a ação no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, mas o pedido foi negado. Um novo pedido foi feito, ao Superior Tribunal de Justiça, que também o negou. Elias continuou tentando. Ele chegou até a Suprema Corte brasileira pedindo a paralisação da ação penal que sofria.

Na Suprema Corte, o caso ganhou a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Segundo o Ministro, havia no caso: (1) mínima ofensividade da conduta do agente, (2) ausência de periculosidade social da ação, (3) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do réu e (4) inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado. Ao conceder o pedido de Elias e determinar a paralisação da ação penal, o Ministro Joaquim registrou: "não é possível reconhecer, na hipótese, a existência de justa causa para a ação penal"[645].

O outro Jean Valjean brasileiro também é das Minas Gerais. Natural da cidade de Araguari, Maycon Marques Pachêco foi denunciado pelo crime de furto qualificado tentado, ao ser surpreendido no estabelecimento Açougue Guedes saindo com um pacote de lingüiça na mão. A defensoria pública tentou paralisar a ação no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, mas o pedido foi negado. Um novo pedido foi feito, desta vez ao Superior Tribunal de Justiça, que também o negou. Maycon chegou até a Suprema Corte brasileira. O caso ganhou a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que concedeu o habeas corpus afirmando não incidir, no caso, "a tipicidade material, que se traduz na lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado"[646].

Tanto Elias como Maycon, como se viu, perderam todos os recursos que manejaram, só conseguindo o habeas em última instância, na Suprema Corte. Até lá, os

[644] HUGO, Victor. Os Miseráveis. Tradução de Alexandre Boide. São Paulo: Coleção: L&PM Pocket, 2012.
[645] HC 111476 MC/MG (Rel. Min. Joaquim Barbosa), 06/12/2011.
[646] HC 109783 MC/MG (Min. Gilmar Mendes), 09/08/2011.

juízes que analisaram seus casos entenderam que, se o Código Penal brasileiro classifica a conduta de subtração de coisa alheia móvel como crime, crime ela é, tendo, o autor da conduta, que pagar por ela. O Código prevê pena de um a quatro anos de reclusão, além da multa. O que separa o destino reservado a Elias e Maycon do triste destino do personagem de Victor Hugo, Jean Valjean, é a existência da jurisdição constitucional e a aplicação dos ideais utilitaristas aliados aos direitos fundamentais. O Brasil do século XXI tem uma Suprema Corte independente exercendo de maneira desassombrada a jurisdição constitucional. A França do século XIX, que tinha leis penais tão severas quanto as nossas, no que diz respeito à jurisdição, só tinha os juízes boca da lei (*la bouche de la loi*). Sequer jurisdição constitucional havia.

Há uma caso apreciado pela Suprema Corte brasileira, de relatoria do Ministro Ayres Britto, cuja ponderação realizada foi construída em cima dos raciocínios utilitaristas. O caso trata de bens de propriedade de um estabelecimento comercial que sofreram tentativa de furto por parte de uma jovem. Denunciada, ela afirmou à jurisdição constitucional que não deveria ter uma ação penal movida contra si, em razão da insignificância do valor dos bens.

Vamos ver como as lições de Derek Bok se encaixaria aqui. Segundo o Professor, vale à pena conhecer os efeitos negativos que a prisão impõe ao casamento e à paternidade, principalmente das regiões urbanas. Bok sugere que o Legislativo pode rever a aplicação de penas de prisão obrigatória para delitos de drogas e outros crimes não-violentos. Isso para determinar se os efeitos de dissuasão são suficientes para justificar as consequências devastadoras para as famílias[647]. O raciocínio de Bok, voltado para a teoria da felicidade, parece ter encontrado amparo na Suprema Corte por meio da construção da chamada jurisprudência dos crimes de bagatela, que aplica o princípio da insignificância a crimes como o narrado acima.

Segundo o Ministro Ayres Britto, relator do caso, sua posição era no sentido do reconhecimento da insignificância penal "como expressão de um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, materialmente escapam desse encaixe". A Suprema Corte se vale da expressão proporcionalidade/razoabilidade para justificar uma decisão tomada no âmbito da jurisdição constitucional, quando, na verdade, o que se operou foi pura e simplesmente um conjunto de argumentos utilitaristas um tanto quanto desconexos.

[647] BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 145.

No caso, a Constituição foi invocada quanto ao seu preâmbulo, que introduz na dogmática constitucional brasileira o subsistema constitucional da felicidade, por meio de um conjunto de proteções ao bem-estar. Para o Ministro, a justiça material é o valor ou bem coletivo que a Constituição Federal prestigia desde o seu principiológico preâmbulo. Essa Justiça se concretizaria "mediante uma certa dosagem de razoabilidade e proporcionalidade na concretização dos valores da liberdade, igualdade, segurança, bem-estar". O bem-estar aparece num lugar de destaque na decisão. Na sequência, o Ministro começa a operar suas ideias utilitaristas. Diz:

> toda ação ou omissão penalmente significante é a que instabiliza por modo temerário a convivência humana. É a que provoca, ora mais, ora menos, temerária discórdia no seio da coletividade, de modo a afetar a estabilidade das respectivas relações.

O que afirma é que o crime só é relevante quando traz discórdia à convivência humana. Quando não, crime não é. Noutras palavras, crime só é aquele que traz infelicidade à coletividade. Infelicidade esta a ser sentida, a ser notada, marcada pela discórdia capaz de afetar a estabilidade das relações sociais. Se não trouxer consigo essa força, não há razão para movimentar-se a máquina do Estado contra o cidadão que cometeu a conduta tipificada como criminosa. Não haveria qualquer utilidade. Como arremate, o Ministro Britto afirma:

> Tenho por cabível, no caso dos autos, a incidência do princípio da insignificância. É que a subtração de bens alimentícios e de vestuário - tudo avaliado em menos de R$ 200,00 -, por agente primária e de apenas 18 anos à época da subtração que lhe é imputada se amolda à ponderabilidade de todas as diretivas que acabamos de listar. Pena de se provocar a mobilização de u'a máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste, para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar[648].

A teoria da felicidade e todo o consequencialismo humanitário que a contorna é evidente no trecho acima, mostrando o quanto a Suprema Corte brasileira se vale desse tipo de raciocínio para resolver temas levados a julgamento.

Segundo Maria Cristrina, na sua tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo, o critério de punição de Jeremy Bentham é contrário à vingança, aproximando-se da ideia de proporcionalidade entre crime e punição. A dor gerada pela punição deve ser, em todos os casos, a menor possível, suficiente apenas para desestimular crimes, quando houver vantagem para a sociedade. "Quando o balanço

[648] HC 109.134/RS, julgado dia 13/09/2011 pela 2ª Turma.

entre prazer e dor apontar para a não formulação de regras da legislação, estas não devem ser formuladas e as normas permanecerão no escopo da ética" – afirma[649].

Sabemos que Jeremy Bentham teve, dentre seus inspiradores, o Marquês de Beccaria, Cesare Bonesana, que trouxe luzes aos debates quanto a um novo Direito Penal. Segundo Beccaria, "é necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu"[650].

Outra fonte de referência utilitarista da postura do Supremo na construção da jurisprudência dos crimes de bagatela pode ser encontrada em Stuart Mill. Segundo ele, para salvar a vida de alguém, sob certas condições, não só é permitido, mas até obrigatório, furtar o alimento ou o remédio necessário ou tomar posse deles mediante emprego da força"[651].

Todavia, também há críticos. Immanuel Kant é um deles. Para ele:

> ao conceito de pena enquanto tal, não se pode de modo algum vincular a participação da felicidade". Isso porque, "embora aquele que castiga possa perfeitamente ter ao mesmo tempo a boa intenção de dirigir a punição também para esse fim, todavia enquanto punição, isto é, como simples mal [Übel], tem que antes justificar-se por si mesma, de modo que o punido, se ficasse nisso e ele tampouco visasse algum favor oculto por trás desses rigor, tem que ele mesmo reconhecer que isso lhe ocorreu de modo justo e que sua sorte corresponde perfeitamente a sua conduta.

Kant dedica muita atenção à associação entre as penas impostas aos criminosos e sua associação com os impactos na felicidade. Para ele, "toda punição, enquanto tal, tem que conter, em primeiro lugar, justiça, e esta constitui o essencial desse conceito. A ela, na verdade, pode ligar-se também bondade, mas o punível, depois de seu procedimento, não tem a mínima razão para contar com ela" - afirma. Ele prossegue:

> Portanto, a punição é um mal [Übel] físico, o qual, mesmo que enquanto conseqüência natural não se vinculasse ao moralmente mau [Bösen], todavia, enquanto conseqüência segundo princípios de uma legislação moral teria de estar vinculado a ele. Se, pois, todo o crime, mesmo sem considerar as conseqüências físicas para o agente, é por si punível, isto é, arruína (pelo menos em parte) a felicidade, então seria manifestamente absurdo dizer: o crime consistiu precisamenter em que ele incorreu numa punição enquanto prejudicou sua felicidade própria (o que, segundo o princípio do amor de si, teria que ser o verdadeiro

[649] DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. A ampliação do espaço da moral no utilitarismo de John Stuart Mill: uma comparação com a moral do utilitarismo de Bentham. Defendida dia 18 de agosto de 2011, na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, p. 31.
[650] BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: RT, 1999, p.52.
[651] Filósofos do século XIX. Uma introdução. Tradução Dankwart Bernsmüller. Editora Unisinos. Coleção História da Filosofia 7., São Leopoldo 2006, p. 221.

> conceito de todo o crime). Deste modo a punição tornar-se-ia a razão para denominar algo um crime e a justiça teria que consistir, muito antes, em abster-se de toda a punição e em impedir mesmo a punição natural; pois então não haveria na ação mais nada mau, porque os males, que do contrário se seguissem a ele e em virtude dos quais, unicamente, a ação chamar-se-ia má, seriam doravante contidos. Querer, porém, depois disso, considerar toda a punição e recompensa somente como uma engrenagem mecânica na mão de um poder superior, que desse modo devesse servir unicamente para pôr em ação os entes racionais com vistas a seu objetivo final (a felicidade), é um mecanismo demasiado visivelmente supressor de toda a liberdade de sua vontade, para que fosse necessário deter-nos nisso[652].

Apesar do conhecido pessimismo de Kant, todo o raciocínio empregado no âmbito da jurisdição constitucional para afastar os efeitos da tipificação penal incidente nas condutas praticadas dentro do contexto dos chamados crimes de bagatela, tem como fundamento a escola utilitarista. Como se vê, só a utilização dessa doutrina, enquanto aliança entre a teoria da felicidade e a jurisdição constitucional, tornou possível conferir um caráter humanitário à legislação penal brasileira.

[652] KANT, Immanuel. Crítica da razão prática Tradução baseada na edição original de 1788, com introdução e notas Valerio Rohden. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, pp. 62-63.

20. OLHANDO ALÉM DO HORIZONTE: OS DANOS HEDÔNICOS

20.1 Apresentação

À luz da teoria da felicidade e da jurisdição constitucional iremos trabalhar o conceito de *danos hedônicos*. Para isso, precisamos conhecer o caso seguinte. Após o seu relato, cuidaremos da conceituação e da aplicação desses tipos de danos.

20.2 O Caso Marcos José e o Direito Prestacional à Felicidade

O caso foi apreciado pelo STF, na sessão extraordinária do dia 14 de abril de 2008, com menos da metade dos seus ministros presentes ao Plenário[653]. A decisão garantiu que um jovem universitário de 24 anos, Marcos José Silva de Oliveira, tetraplégico em razão de um assalto ocorrido em via pública na cidade de Recife, Pernambuco, tivesse direito a uma cirurgia de implante de um Marcapasso Diafragmático Muscular (MDM) a fim de que pudesse respirar sem depender de aparelho mecânico. Tudo custeado pelo aludido Estado.[654]

O Tribunal de Justiça de Pernambuco determinou a transferência dos recursos que foram depositados numa conta no exterior, pertencente ao médico norte-americano indicado pela família para vir ao Brasil operar o paciente, Dr. Abott J Krieger. Segundo familiares, o Brasil não possuía profissional capacitado para realizar o procedimento, que, caso não ocorresse até dia 30 de abril (o julgamento no STF ocorrera dia 14 de abril) resultaria em alto risco de morte à vítima[655]. O valor do depósito era de R$ 279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais), correspondente a: (i) honorários do médico norte-americano, (ii) custos da importação do marcapasso diafragmático; (iii) passagens aéreas; (iv) hospedagem; e (v) transporte local. Ronald Dworkin diz serem difíceis essas decisões, "quando as técnicas muito caras de

[653] O registro do julgamento no Informativo do Supremo nº 502, de 14 a 18 de abril de 2008.

[654] O desfecho foi dado no julgamento do agravo regimental interposto pelo jovem nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 223/PE. Ele contestava decisão da Presidência do STF que suspendia execução da decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJ/PE) que determinava a liberação de quantia depositada por meio de uma ação de indenização para que a cirurgia fosse realizada. Ao tempo, a Presidente era a Ministra Ellen Gracie, que relatou o caso.

[655] O autor ajuizou ação de indenização por perdas e danos morais e materiais (Processo n.º 001.2007.043289-0 da 3ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Recife). Objetiva a responsabilização do Estado de Pernambuco pelo "custo decorrente da cirurgia de implante diafragmático que devolverá ao autor a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico, cuja importância perfaz o valor correspondente a U$ 150.000 (cento e cinqüenta mil dólares americanos)."

diagnóstico ou os transplantes experimentais com pouca probabilidade de êxito são apropriados"[656].

A decisão do Tribunal foi atacada no Supremo. A Ministra Ellen Gracie negou o pedido de cirurgia, nada obstante tenha registrado:

> Não desconheço o sofrimento e a dura realidade vivida pelo agravante com especial deferência por seus familiares que zelosamente empreendem esforços para assegurar e prover o mais rápido possível uma melhor condição ao seu ente querido.

Segundo a Ministra, a Secretaria de Saúde de Pernambuco, o mesmo Estado que se negara a oferecer o tratamento ao garoto, fizera auditoria e concluíra que o caso padecia de um risco maior do que os demais. Nas palavras da Ministra:

> Não consta dos autos qualquer avaliação clínica prévia capaz de aferir de maneira segura e adequada a viabilidade técnica ou mesmo a prescrição clínica para que o paciente, ora agravante, se submeta ao procedimento cirúrgico pleiteado. Conforme relatório de auditoria médica realizado pela Secretaria Estadual de Saúde, há relatos evidenciando que o risco cirúrgico na implantação desse marca-passo em pacientes tetraplégicos é maior, como é o caso de Marcos.

A Ministra afirmou que a decisão atacada - ao determinar, monocrática e incidentalmente, o imediato pagamento -, violou o art. 100 da Constituição Federal, bem como o art. 2º-B da Lei 9.494/97, que proíbe a execução provisória de julgados contra o Poder Público.

Nas cadeiras do Plenário, poucas pessoas. A Corte cuidava do tema tendo presentes somente cinco dos seus onze ministros: Ellen Gracie, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Cezar Peluso. Marcos José respirava com auxílio mecânico e o tempo era o seu maior algoz. A data limite era 30 de abril. Estávamos no dia 14.

O Ministro Celso de Mello iniciou uma divergência de modo diferente do que de costume. A voz, sempre serena, demonstrou emoção. Ele entendeu que o recurso deveria ser provido a fim de manter o ato quanto à obrigação de prestar o tratamento. Segundo o Ministro, o Estado de Pernambuco, assim como outras localidades brasileiras, possuem pontos conhecidos pela prática criminosa. Logo, estava configurada grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado, por intermédio de suas corporações militares, notadamente por parte da polícia militar,

[656] DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 445.

"em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas".

Não custa lembrar que, em 2007, um estudo da Organização dos Estados Ibero-americanos para Educação, a Ciência e a Cultura (OEI), com apoio do Ministério da Saúde, havia mostrado que Recife era a capital mais violenta do Brasil, com 91,2 pessoas mortas a cada 100.000 habitantes[657]. Nesse mesmo ano, só o Governo Federal repassou à segurança pública de Pernambuco R$ 15.428.137,38 (quinze milhões, quatrocentos e vinte e oito mil, cento e trinta e sete reais e trinta e oito centavos). Desse montante, R$ R$ 1.228.204,62 (um milhão, duzentos e vinte e oito mil, duzentos e quatro reais e sessenta e dois centavos) foram para o *Programa de Apoio à Implantação de Projetos de Prevenção da Violência*[658].

Celso frisou que Marcos, a vítima, tinha o direito de viver de maneira autônoma, uma vez que necessitava de aparelho mecânico para respirar. O raciocínio desenvolvido pelo Ministro consagra o direito à vida. Ao se reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o direito fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário senão fazer prevalecer o direito à vida. Segundo o Ministro:

> Tenho a impressão que a realidade da vida tão pulsante nesse caso impõe que se dê provimento a este recurso e que se reconheça a essa pessoa o direito de buscar autonomia existencial desvinculando-se de um respirador artificial que a mantém ligada a um leito hospitalar depois de meses de estado comatoso.

A decisão se aproxima do princípio do resgate. Dworkin nos diz que, segundo o princípio do resgate, a vida e a saúde são os bens mais importantes: todo o resto tem menor importância e deve ser sacrificado em favor desses dois bens[659]. De acordo com o Princípio, a sociedade deve oferecer tal tratamento sempre que houver possibilidade, por mais remota, de salvar uma vida[660]. O Filósofo lembra ainda de um caso peculiar, conduzido com base no princípio do resgate:

> Há alguns anos, certos médicos da Filadélfia separaram gêmeos siameses que compartilhavam um coração, embora a operação viesse a manter uma das crianças e

[657] Disponível em http://www.oei.es/noticias_oei/mapa_da_violencia_baixa.pdf. Acesso em fev 2011.
[658] Dados constantes do Portal da Transparência, da Controladoria Geral da União (CGU), disponíveis em http://br.transparencia.gov.br/. Acesso mar 2011.
[659] DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 434.
[660] Ibidem, p. 446.

> desse à outra uma possibilidade em cem de sobreviver muito tempo, e as despesas estivessem calculadas em um milhão de dólares (Os pais dos gêmeos não tinham seguro-saúde, mas Indiana, o Estado no qual viviam, pagou US$ 1.000 por dia e o hospital da Filadélfia absorveu o resto das despesas). O chefe da equipe de cirurgiões justificou o tratamento por intermédio do princípio do resgate: 'O consenso geral é de que, se for possível salvar uma vida, vale a pena fazê-lo', disse ele[661].

Celso, além de se fiar no princípio do resgate, tratou da questão como sendo relativa ao direito à vida, não ao direito à saúde. O que fez foi conceber o direito à saúde de Marcos José como similar ao direito à vida, de caráter fundamental, em razão das limitações insuperáveis que aquele tipo de vida – decorrente da omissão estatal – lhe causava. Após falar no direito à busca da felicidade, o Ministro arrematou com uma das mais belas citações do *Talmud*: "Quem salva uma vida, salva toda a humanidade".

Sendo o seguinte a votar, o Ministro Gilmar Mendes trouxe à tona a maneira peculiar da qual se valeu o Estado de Pernambuco para impedir que o garoto tivesse acesso ao tratamento de saúde. Segundo o Ministro, o Estado, "em atitude procrastinatória contínua, reteve os autos, gerando medida cautelar de busca e apreensão, além de fazer o depósito dando a impressão que cumpriria a decisão e, depois, buscou o bloqueio da quantia". Para o Ministro "essas não são atitudes de lealdade por parte do ente estadual".

A Corte, vencida a Ministra Ellen, manteve a determinação para que o Estado de Pernambuco pagasse todas as despesas necessárias à realização da cirurgia de implante do Marcapasso MDM. A cirurgia foi feita com sucesso. Dia 21.12.2009, faltando três dias para a noite de Natal, o jovem teve uma parada cardíaca decorrente de um pneumotórax, a formação de uma bolha de ar que passa a comprimir o coração e o pulmão. Marcos José faleceu.

O caso abre espaço para que, trabalhando todos os pressupostos trazidos com ele, possamos apresentar mais uma conexão entre a teoria da felicidade e o Direito: *os danos hedônicos.*

20.3 A Nova Dimensão dos Danos Morais: Os Danos Hedônicos

Como vimos, o Ministro Celso de Mello, no decorrer do seu voto, afirmou que Marcos José deveria ter direito à busca da felicidade. Depois disso, concedeu o pedido formulado pela família do garoto usando como fundamento o direito à vida,

[661] Ibidem, pp. 444-445.

de taxativa previsão constitucional. Não foi só essa a porta de entrada que o exercício da jurisdição constitucional abriu para a teoria da felicidade. O caso apresenta o que a doutrina, a dogmática e a jurisprudência norte-americanas têm oferecido ao mundo há quase três décadas: os *danos hedônicos.*

A Suprema Corte brasileira poderia ter atribuído a Marcos José, caso houvesse pedido nessa linha, uma espécie de indenização em razão de *danos hedônicos* suportados pelo garoto, com a omissão de Pernambuco em prestar serviços obrigatórios de segurança pública determinados pela Constituição.

A ação movida por Marcos José foi uma ação de indenização por danos morais, matérias e estéticos. Quanto aos danos materiais, eles não nos interessam. Nem os estéticos. Mas os danos morais, sim. O que propomos, em mais uma conexão entre a felicidade e o Direito, é que tenhamos uma nova dimensão a compor os danos morais: os *danos hedônicos*.

A doutrina se equilibrou quanto ao conceito dos danos morais na linha de um conceito "negativo" ou "excludente", associando o dano moral à "dor". Dano moral seria todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária. Logo, se o dano não estiver atrelado às características do dano patrimonial, é o dano moral. Nas lições de Silvio Rodrigues, "a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem"[662].

Assim como no Brasil, há um critério de reparação pecuniária baseada na dor nos Estados Unidos. Mesmo assim, surgiu lá a configuração dos *danos hedônicos*, por se entender que a mera reparação pecuniária quanto a dor e sofrimento não englobaria os delicados aspectos relativos à perda da felicidade com o gozo da vida.

No caso do jovem Marcos José, mesmo que o garoto tivesse suportado os males causados pela omissão do Estado de Pernambuco em lhe prestar os adequados serviços de segurança pública, e sobrevivido, como ele continuaria sentindo o sabor de eventos cotidianos da vida ordinária que lhe causasse felicidade? Não se trata somente da dor na coluna ou do sofrimento por estar sobre uma maca de hospital. Essas sensações estariam contempladas na reparação pela dimensão simples do dano moral. Mas e as outras? E quanto à possibilidade de sair da faculdade com os amigos e jogar boliche? Ou de correr no parque? Nadar no mar de Porto de Galinhas. São situações normais para um jovem garoto pernambucano e que, por intuição, deveriam lhe trazer bem-estar. Não sendo mais possível desfrutar de nenhuma delas, há a configuração de um dano que suplanta a

[662] RODRIGUES. Silvio. Direito civil de acordo com o novo código civil: São Paulo: Saraiva. v. 4, 2002. 19. ed. atual. p. 167.

dimensão tradicional do dano moral. O *dano hedônico* se relaciona com um furto que a omissão do Estado lhe causou. O furto da sua própria felicidade em gozar a vida que tinha, plenamente, ao seu dispor.

20.4 Danos Hedônicos e o Seu Desenvolvimento nos Estados Unidos

O conceito de *danos hedônicos* pode ser ilustrado com a passagem da *expert* Tina M. Tabacchida, no seu *Hedonic Damages: A New Trend in Compensation?* (Danos Hedônicos: Uma Nova Tendência nas Compensações). Ela diz que esses danos decorrem de uma compensação a um indivíduo pela perda da capacidade de desfrutar dos prazeres da vida. Abrangem os valores mais importantes da vida, incluindo o valor econômico, moral e filosófico com os os quais se é possível viver. Dois outros elementos são as expectativas do indivíduo para o futuro, bem como o gozo de atividades passadas. Ao contrário dos danos decorrentes de perdas pecuniárias, os *danos hedônicos* envolvem uma análise mais subjetiva quanto ao prazer da vida do indivíduo. Mais subjetiva do que a análise necessária a mensurar os danos morais.

Quanto de prazer com a vida Marcos José deixou de sentir comparando-se sua vida anterior e a possível vida que teria? Ao que se sabe, tratava-se de estudante jovem, de 25 anos, que gozava de todas suas faculdades mentais e físicas. De repente, se vê sobre uma maca de hospital ligado a uma tomada por precisar de um respirador. Quanto de felicidade com o gozo da vida ele perdeu? Se tinha um cachorro com o qual passeava no parque, não poderá mais fazê-lo. Se sua alegria estava associada à prática de esportes, também não. Caso se sentisse feliz por dançar frevo no carnaval de Olinda, onde morava, jamais o faria novamente. Qual valor em dinheiro é possível se chegar para repará-lo por essa perda de prazer com o gozo da vida? Eis a razão de trabalharmos os *danos hedônicos.*

O que pretendemos demonstrar é que a jurisdição constitucional, nesse caso, poderia ter se valido de mais uma ferramenta trazida pela teoria da felicidade. A figura dos *danos hedônicos* deveria ter sido suscitada pela parte e submetida à apreciação da Suprema Corte para que se decidisse o seu cabimento ou não. Seria mais uma forma de aproximarmos as modernas terias acerca da felicidade da jurisdição constitucional experimentada no constitucionalismo atual.

A partir do momento em que a jurisdição constitucional considera a perda da felicidade com a vida como elemento apropriado à mensuração de danos morais, ela

possibilita a consideração da redução da capacidade da pessoa quanto a sua percepção sensorial, bem como quanto às suas atividades físicas. Para ilustrar, podemos utilizar como elementos informadores do valor do *dano hedônico* a incapacidade de dançar, de nadar, de praticar esporte, de se exercitar ou de se envolver em atividades recreativas, de surfar, de tomar sorvete, de ter relações sexuais, de realizar tarefas domésticas, de brincar com os filhos ou de desfrutar da companhia dos amigos.

20.5 Danos Hedônicos na Jurisprudência Norte-Americana

A configuração dos *danos hedônicos* é resultado da jurisprudência dos Estados Unidos. Apreciando o caso *Sherrod v. Berry* (1985), a Corte de Illinois autorizou, pela primeira vez, uma indenização em razão da configuração de *danos hedônicos*. O caso envolvia abuso de poder por policiais. Esse tipo de dano passou a ser permitido quando a morte da pessoa ocorresse em decorrência de uma violação dos direitos civis. O pressuposto do caso Marcos José é a omissão por parte do Estado de Pernambuco, que gerou uma grave violação a um direito civil.

O economista Stan Smith foi o responsável pela caracterização dos *danos hedônicos*. Ele foi chamado a depor nesse caso na condição de perito e criou uma metodologia para a medição do *quantum* relativo à vida humana no tocante à perda da felicidade com o gozo da vida. O Tribunal, ao confirmar dois anos depois, a admissão do depoimento do economista, destacou a fórmula de Smith como "de valor inestimável". Desde então, o Economista fez carreira cruzando o país a pedido de litigantes explicando que a felicidade tem um valor quantificável.

A fórmula de Smith tem três critérios. O primeiro pode ser chamada de "vontade/disposição para aceitar". Ele se concentra na atividade produtiva do indivíduo e se baseia na ideia de que os indivíduos são "dispostos a aceitar" certas quantias de dinheiro em troca de um maior risco de morte (por exemplo, trabalhando em uma profissão de alto risco.). O segundo pode ser denominado de "vontade/disposição para pagar". Os *danos hedônicos* são estimados considerando quanto os indivíduos estão dispostos a pagar para reduzir a probabilidade de morrer. O valor que um indivíduo está disposto a pagar por um "salva-vidas", um sensor de incêndio ou cintos de segurança, está relacionado com o valor que ele atribui à vida. O terceiro critério se vale de um questionário para tentar determinar quanto o indivíduo está disposto a pagar em termos percentuais para reduzir a chance de morrer.

Quase 20 anos depois de Smith apresentar sua fórmula ao judiciário, ela continua sendo utilizada. A popularidade da equação é tamanha que a lei que autorizou a compensação das vítimas em decorrência dos ataques às torres gêmeas do *World Trade Center* menciona o cômputo de *danos hedônicos.*

Smith sugere que, a fim de simplificar a análise do valor, os julgadores devem considerar várias hipóteses. A primeira delas é que o valor financeiro de um indivíduo não corresponde ao valor hedônico de sua vida. A vida de um desempregado ou de uma criança tem valor, apesar de nenhum deles auferir renda. Depois, a vida tem um valor hedônico independente da sua riqueza, educação, gênero, família ou outras características socioeconômicas. Em terceiro lugar, o valor hedônico da vida está relacionado à expectativa de vida. Por fim, Smith sugere que se assuma que "o valor hedônico de vida de cada ano futuro tem uma taxa de desconto real zero"[663].

Outro exemplo de configuração judicial de *dano hedônico* na jurisprudência norte-americana vem do caso *Andrews v. Mosley Well Service*, no qual a Corte separou as perdas quanto à felicidade em gozar a vida dos danos pela dor e sofrimento.

O caminhoneiro Andrews, ao sentar-se no seu caminhão no estacionamento de um posto de gasolina, deixando a porta aberta enquanto colocava seu café sobre o painel e pegava as chaves, foi colhido por um caminhão. Depois do acidente, os músculos das costas começaram a sofrer espasmos, fazendo com que ele ficasse internado 15 dias, além de usar por um ano um aparelho para a coluna cervical e o pescoço.

Ele ficou incapaz de trabalhar e a cirurgia que fez não lhe aliviou a dor. No julgamento pleiteando reparações, Andrews declarou que desde sua lesão, ele não conseguiu mais dirigir, trabalhar no quintal de sua casa, lavar os próprios pés, colocar a comida dos seus peixes, ou, simplesmente, jogar bola com seus filhos. Afirmou ainda que sua incapacitação para o trabalho o impedia de sustentar sua família e lhe impunha duras restrições quanto a atividades cotidianas, o que afetava, muito, sua auto-estima.

A Corte concordou com Andrews e, como danos pecuniários, fixou a quantia de $250,000 por danos e sofrimentos físicos, $75,000 pelos danos e sofrimentos mentais e $75,000 pela perda de felicidade com o gozo da vida.

O caso Marcos José, decidido no âmbito da jurisdição constitucional, serve de porta de entrada para mais um viés da teoria da felicidade, qual seja, a fixação de reparações pecuniárias às vítimas que suportaram perda de felicidade em gozar a vida

[663] TABACCHI, Tina M. Hedonic Damages. Ohio State Law Journal. [Vol. 52: 331], pp. 331-349.

em razão de ações de terceiros. Os fatos narrados ensejam reparações não somente em danos materiais, mas nessa nova dimensão dos danos morais, a dos *danos hedônicos.*

20.6 As críticas

Essa nova configuração do modelo de reparação pecuniária por danos impostos a terceiros não passa sem críticas nos Estados Unidos. Cass Sunstein é um dos seus maiores adversários. Para ele, "as pessoas exageram muito os efeitos hedônicos de vários eventos adversos, em grande parte porque não antevêem a sua notável capacidade de adaptação às mudanças". Diz ainda que "muitas dessas perdas são ilusórias, ou, pelo menos, exageradas, no sentido de que elas infligem muito menos danos hedônicos do que se imagina"[664].

Sunstein propõe separar "as condições adversas que impõem perdas grandes e persistentes, das condições adversas que impõem perdas apenas transitórias, de curto prazo ou modestas". Um ponto-chave seria saber que as pessoas muitas vezes não conseguem, com antecedência, antecipar os efeitos hedônicos de eventos adversos. Para o Professor, "a incapacidade nesta contagem produz previsões hedônicas erradas".

Sunstein defende que os juízes são suscetíveis a erros de julgamento ao fixarem as indenizações decorrentes dos *danos hedônicos*, que são normalmente exageradas. A razão está no fato de o sistema jurídico indenizar perdas que os próprios perdedores dedicariam pouca atenção em suas vidas. Para Sunstein: "O sistema jurídico certamente produz ilusões quanto aos casos de responsabilidade civil". Ele indaga: "Como é possível que juízes passem a atuar como 'hedômetros', se lhes falta o acesso direto à experiência de vida da pessoa?".

Assim como ocorre no Brasil, com a indenização por danos morais, o sistema jurídico norte-americano permite que as pessoas sejam indenizadas em razão da dor e do sofrimento que experimentaram. Nesse particular, Sunstein nos diz que:

> Os efeitos adversos decorrentes da dor e do sofrimento são, sem dúvida, reais, e o sistema legal deve tentar intimidá-los e oferecer compensações. Contudo, as perdas hedônicas são, na maioria das vezes, lesões muito mais graves suportadas pelas pessoas, maiores do que perdas econômicas.

[664] SUNSTEIN, Cass R. Illusory Losses. In Law and Happiness. The University of Chicago Press, pp. 157-196.

Para Sunstein, as indenizações que "são notoriamente variáveis, não sendo claro, em qualquer sentido, que sigam critérios racionais ou coerentes"[665].

Sunstein sugere uma reforma legal visando estabelecer uma agenda para o modelo de indenização por danos civis, que se daria por meio de três tarefas distintas: (a) da transposição das perdas hedônicas em termos monetários, (b) a correção de erros de julgamentos hedônicos, e (c) avaliação da capacidade de danos, se for o caso.

Em muitos estados norte-americanos as pessoas podem ser indenizadas por terem sofrido *danos hedônicos*. Sunstein alerta para o fato de que "a linha que separa, de um lado, a dor e o sofrimento e, do outro, os danos hedônicos, pode ser obscura; eventos que impõem sofrimento também podem impor perdas hedônicas". Ele elenca vários casos nos quais as perdas decorrem da incapacidade das pessoas se envolverem em atividades que valorizam, tais como os esportes[666], andar a cavalos[667] ou manter relações sexuais[668]. Também é possível a configuração em hipótese de perda de um membro[669]; impossibilidade de mover o cotovelo[670]; depressão e redução da auto-estima decorrente da amputação de um braço[671], redução da capacidade cognitiva ou retardo mental[672], ficar acamado ou necessitando de constantes cuidados médicos[673]. Para Sunstein, são exemplos "difíceis de serem traduzidos em equivalentes econômicos".

O Professor traz situações aparentemente negativas que, quando testadas por meio de pesquisas, mostram que não repercutiram tão negativamente na vida das pessoas como se imaginava. Segundo Sunstein, "quanto as alterações negativas, incluindo as que dizem respeito ao sistema legal, o impacto hedônico é muitas vezes surpreendentemente pequeno". Ele ilustra seu raciocínio com os seguintes exemplos:

---

[665] W. Kip Viscusi, Pain and Suffering in Product Liability Cases: Systematic Compensation or Capricious Awards?, 8 Intl Review of Law and Economics 203 (1988); Randall Bovbjerg et al., Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling Pain and Suffering, 83 Nw. L. Rev. 908 (1989); Gregory Rodgers, Estimating Jury Compensation for Pain and Suffering in Product Liability Cases Involving Nonfatal Personal Injury, 6 J Forensic Economics 251 (1993).

[666] Day v. Ouachita Parish School Bd., 823 So.2d 1039, 1044 (La. Ct. App. 2002) (a vítima, estudante do ensino médio, se viu incapaz de jogar no time de esportes do colégio para o qual ele havia treinando desde a sexta série).

[667] Allen v. Wal-Mart Stores, Inc., 241 F.3d 1293, 1297 (10th Cir. 2001) (concessão de indenização em razão de danos hedônicos decorrente da perda da capacidade de andar a cavalo).

[668] Varnell v. Louisiana Tech University, 709 So2d 890, 896 (La Ct App 1998).

[669] See Pierce v. NYCR Com., 409 F2d 1392 (Mich 1969); Matos v. Clarendon Nat Ins Co., 808 So2d 841, 849 (La Ct App 2002).

[670] Kirk v. Wash. State Univ., 746 P.2d 285, 292 (Wash. 1987).

[671] Coleman v. Deno, 832 So. 2d 1016 (La Ct App 2002).

[672] Nemmers v. United States, 681 F. Supp. 567 (CD Ill 1988).

[673] Edward P. Berla et al., Hedonic Damages and Personal Injury: A Conceptual Approach, J Forensic Economics (1990).

> Paraplégicos são apenas modestamente menos felizes do que outra pessoas[674]. Jovens que perderam um membro em razão de um câncer não mostram menos felicidade do que jovens que, em situação semelhante, não tiveram câncer. Pessoas com deficiência moderada recuperam seu nível de predisposição depois de dois anos[675]. Pacientes de diálise renal não apresentam níveis mais baixos de felicidade do que pessoas comuns. Pacientes de colostomia relatam níveis de felicidade que são quase o mesmo que as pessoas que não tiveram colostomia.

O Professor, para chegar à conclusão que chegou, parece ter se fiado muito na questão da adaptação das pessoas às intempéries da vida. Esse fenômeno – adaptação – já foi estudado por nós por meio de importantes marcos teóricos, tais como Carol Graham, Derek Bok e Richard Layard. Nada obstante tenhamos expostos suas impressões, é importante, para contrapor Sunstein, rememorar parte dos ensinamentos.

Segundo Richard Layard, "a adaptação é ainda maior no topo e explica por que os ricos ganham tão pouco com sua riqueza". Ele afirma que "os ganhos para os ricos podem ser diretamente comparados com os maiores ganhos que os pobres teriam se o dinheiro fosse mais igualmente distribuído"[676].

Os argumentos de Layard contrapõem o raciocínio de Sunstein no sentido de que perdas não impactam tanto na felicidade como se imagina e que os ganhos também não. No quesito ilustrado por Layard – dinheiro -, o que há é uma adaptação ainda maior por parte de quem tem muito dinheiro. Ou seja, se a falta de saúde não faz tão mal – como parece tentar fazer crer Sunstein – a abundância de saúde é imediatamente notada e agrega valor à sensação de felicidade.

Há ainda outro argumento muito poderoso para situar no local adequado as propostas de Sunstein tentando enfraquecer a consistência dos *danos hedônicos*. Segundo Bok, mesmo que pudesse ser demonstrado que quase todas as famílias de baixa renda "se adaptam à sua condição de vida e alcançam um surpreendente grau de felicidade, não significa que os formuladores de políticas públicas não têm motivo para ajudá-las". Se for possível comprovar que a condição econômica é injusta, "(por

---

[674] Daniel Kahneman and Alan Krueger, Developments in the Measurement of Subjective Well-Being, 20 J Econ Persp 3, 14 (2006). An interesting question, not explored in the hedonic literature, is the extent to which discrimination and stigma might contribute to the (admittedly modest) decrease in happiness, or perhaps in more significant decreases in moment-by-moment happiness.

[675] Andrew Oswald and Powdthavee Nattavudh, Does Happiness Adapt? A Longitudinal Study of Disability with Implications for Economists and Judges, Mimeo, University of Warwick (2005).

[676] LAYARD, Richard. Felicidade: lições de uma nova ciencias. Tradução Maria Clara De Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: BestSeller, 2008, p. 52.

exemplo, porque eles tinham sido enganados por seu empregador), isso poderia recomendar um esforço para que sejam feitos ajustes ao destino dessas famílias"[677].

É possível que as pessoas, dilaceradas por males causados por terceiros, possam se adaptar a eles e, com o tempo, se sentirem melhor. Isso não quer dizer que, considerando seus históricos de vida e as perspectivas de como essas vidas prosseguiriam, caso não tivessem sido afetadas drasticamente, não seja óbvio que há mais do que dor e sofrimento em alguns episódios. O que há, em verdade, é a obstrução da felicidade pelo gozo da vida, configurando-se, assim o *dano hedônico.* A configuração dos danos hedônicos, de fato, é completamente indiferente ao fenômeno da adaptação, por entender que ele não afasta a perda do prazer com o gozo da vida.

Essa parte do trabalho pretendeu apresentar as características dos *danos hedônicos*, fornecendo sua conceituação e expondo o histórico jurisprudencial construído nos Estados Unidos da América. Também trouxemos as críticas, marcadas pela doutrina de Sunstein. Foi importante, nessa tarefa, as lições do perito Smith, responsável pela sua introdução na jurisprudência norte-americana em 1985 e que, hoje, tem visto sua proposta florescer ao redor de todo o país.

[677] BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 56.

CONCLUSÃO

Apontamos, na introdução do trabalho, a pretensão de realizar uma investigação geral que, confirmada, tornaria necessárias algumas investigações específicas. A investigação geral consistiu em identificar se a felicidade se relaciona com o constitucionalismo moderno. A essa relação demos o nome de "conexões". "Há 'conexões' entre a felicidade e o constitucionalismo moderno?" – indagamos.

O trabalho parece ter provado que não só há essas conexões como, em verdade, o constitucionalismo moderno nasceu pretendendo assegurar a todos a felicidade e, mais do que isso, concretizar um projeto de felicidade coletiva.

Portanto, a felicidade é a razão de ser de grandes revoluções constitucionalistas, a exemplo da Revolução norte-americana e da Revolução Francesa. Concluímos também que o Brasil não passou à margem dessas aspirações. Em 1822, por ocasião do grito de independência, tivemos o Príncipe se valendo de suas competências para convocar uma Assembléia Nacional e, para tal, afirmando ser a sua intenção assegurar a felicidade do Reino. Como vimos, Thomas Jefferson se correspondia e se encontrava furtivamente com brasileiros tentando fazer brotar aqui os ideais da revolução norte-americana cujo mote era assegurar o direito à busca da felicidade.

Além de encontrarmos conexões entre o constitucionalismo moderno e a felicidade, verificamos a existência de conseqüências decorrentes dessa relação.

Percebemos que a filosofia se dedicou desde sempre a decifrar os mistérios da busca pela felicidade, chegando a criar escolas específicas cuja finalidade era refletir a respeito, a exemplo do epicurismo. Também os filósofos clássicos, como Sócrates, Platão e Aristóteles se dedicaram a estudá-la. Não seria exagero concluir que a filosofia, enquanto busca pela sabedoria, muitas vezes se confundia com a própria busca pela felicidade. Ficou claro que não teríamos conseguido marchar em direção às conclusões específicas do trabalho se não tivéssemos recorrido às doutrinas filosóficas que se mostraram incrivelmente atuais.

Outra conclusão importante alcançada pelo trabalho foi quanto ao utilitarismo. Após conhecermos as bases teóricas dessa escola e investigar detalhadamente as suas raízes e desenvolvimento, percebemos ser possível fazer uma releitura de suas propostas, aliando-as com o constitucionalismo contemporâneo e, principalmente, com a ideia dos direitos fundamentais. Dessa forma, pudemos encontrar em Stuart Mill a

calibração necessária ao utilitarismo, propiciando que ele se alie aos direitos fundamentais quando o julgador estiver diante de casos submetidos à jurisdição constitucional. Ilustramos essa possibilidade com o julgamento de casos pelo STF.

A partir desse momento, o trabalho passou a dialogar com múltiplas conexões entre o constitucionalismo moderno e a felicidade, a exemplo da possibilidade de empregar raciocínios utilitaristas como *telos* diante da aparente colisão entre direitos fundamentais. Essa era uma possibilidade que não tínhamos em mente e que só surgiu após a maturação dos conhecimentos acerca do utilitarismo.

As informações foram suficientes a embasarem a existência de um direito à felicidade, que se apresenta de formas variadas, seja como direito à busca da felicidade (visão liberal), como direito prestacional à felicidade (visão positiva), vedação do estímulo a prazeres perversos ou, mesmo, felicidade como *telos* da decisão judicial.

Partindo para a judicialização do direito à busca da felicidade, concluímos que esse direito começa a ganhar musculatura na jurisdição constitucional, nacional e estrangeira, mas que ainda necessita de maiores pesquisas a identificarem exatamente o seu campo de ação e a roupagem da qual se reveste. No Brasil, percebemos que ele tem sido invocado em muitos casos, mas jamais como fundamento único da decisão a ser tomada, sempre aparecendo como argumento de reforço das ideias concebidas, mas aliado a outros fundamentos de expressa previsão constitucional.

Essa conclusão foi importante porque afastou o fetichismo que girava em torno dessa discussão, com uma espécie de pânico por parte dos críticos da jurisdição constitucional receosos que a Suprema Corte brasileira passasse a decidir casos complexos invocando o direito à busca da felicidade para se esquivar do dever de fundamentar a decisão de maneira consistente.

Outra conclusão auspiciosa consistiu em, por meio da análise de inúmeras pesquisas nacionais e internacionais, perceber que já há instrumental suficiente a aferir qual a percepção das pessoas quanto ao que as fazem felizes. Uma das respostas aponta o exercício pleno dos instrumentos da democracia direta. Outra, fala do respeito às minorias. Questões interessantes aparecem quanto ao divórcio, desemprego, corrupção, educação e saúde. Todas essas estatísticas podem ilustrar o processo de tomada de decisão do julgador na órbita da jurisdição constitucional, não somente caso ele queira empregar conjecturações consequencialistas, mas para formar sua convicção acerca da consagração do bem comum no momento de proferir o seu juízo de valor. Essa parte do

trabalho conclui que as pesquisas sobre a felicidade já são uma realidade e que estão ao inteiro dispor dos julgadores quando da tomada de decisões.

Também pudemos notar que os economistas têm voltados suas pesquisas para a felicidade e têm-nas dirigido às políticas públicas. Ao nos dedicarmos às pesquisas sobre a felicidade dos povos, concluímos que não resiste a testes a premissa de que é impossível conferir elementos universais à felicidade capazes de conferir-lhe o caráter de uma teoria. Mesmo a neurociência trouxe luzes e lucidez a esta discussão. Submetendo-se a felicidade a exames científicos obtém-se seu caráter universal. Por meio de experiências é possível identificar as principais características da felicidade, mensurá-la e compará-la com os níveis de felicidade de outras pessoas. É uma teoria.

O trabalho alcançou ainda uma resposta curiosa no que diz respeito à Constituição Federal de 1988. Concluiu-se que ela não só abraça o projeto constitucional de felicidade iniciado com as revoluções norte-americana e francesa como também intensifica essa meta ao espalhar por vários campos do texto constitucional a necessidade de preocupação com a felicidade das pessoas, seja na ordem social, com os idosos, com os índios, com o desenvolvimento urbano, a propriedade rural e até mesmo com o mercado. A atualidade da Constituição Federal de 1988 pode ser percebida ao adotar a expressão "bem-estar" em vez de felicidade, prática verificada entre os economistas contemporâneos e a doutrina especializada no assunto.

Dando continuidade às nossas conclusões, chegamos a alertar para o risco do desenvolvimento de um paternalismo autoritário por meio da utilização incriteriosa da teoria da felicidade. O exemplo veio do Reino do Butão, que, nada obstante tenha alçado a felicidade como razão de ser do Estado e, também, tenha experimentado um crescimento em todos os indicadores sociais de relevo, o fez às custas do desrespeito aos direitos das minorias, fragilizando, assim, o seu discurso libertador, e deixando claro que a teoria da felicidade também pode servir de instrumento de justificação de decisões autoritárias que se afastam de todas as premissas integrantes da nossa teoria.

Outra conclusão que obtivemos acerca da investigação quanto às conexões entre a teoria da felicidade, o constitucionalismo e a jurisdição constitucional, é que uma vez contemplada pelas constituições, explícita ou implicitamente, a felicidade, ou à sua busca, assume um viés normativo, não sendo possível lhe negar existência. Assim, a jurisdição constitucional passa a conferir um caráter substancial ao direito à felicidade não vendo-o como mero exercício retórico ou um ideal político desprovido de eficácia. O direito à felicidade deixaria de ser um compromisso filosófico cujo fundamento de

validade estaria no Direito Natural. O direito pode promover a felicidade e a Constituição e a jurisdição constitucional são fundamentais nisso. Ao concluir dessa forma, promovemos um reencontro entre as raízes do constitucionalismo moderno e o constitucionalismo contemporâneo.

Por fim, abordamos a questão dos danos hedônicos, possibilidade de indenização em termos pecuniários decorrentes da imposição de danos que retiram da vítima a felicidade com o gozo da vida.

Portanto, podemos apontar as seguintes conclusões quanto a este trabalho:

i) O constitucionalismo moderno, marcado pelas revoluções norte-americana e francesa, alçou a felicidade como sua meta, influenciando, com essa bandeira, a independência do Brasil e seus primeiros documentos constitucionais, que também eram profundamente marcados pela teoria da felicidade;

ii) A filosofia oferece um marco teórico forte no que diz respeito à formatação da teoria da felicidade e sua aliança contemporânea com o constitucionalismo;

iii) O movimento utilitarista, outrora relegado ao ocaso em razão das suas falhas no que diz respeito aos direitos naturais, pode ser submetido a uma calibração, desde que suas ideias – especialmente as de John Stuart Mill -, transitem sob a nuvem dos direitos fundamentais, sendo possível utilizá-lo como elemento informacional disponibilizado ao julgador no momento de proferir uma decisão no âmbito da jurisdição constitucional;

iv) As pesquisas sobre a felicidade dos povos têm mostrado inúmeras realidades que não podem estar afastadas do constitucionalismo. As impressões da sociedade sobre democracia, minorias, saúde, corrupção, religião, desemprego, divórcio e muitos outros campos da vida, devem contar com a consideração e respeito da jurisdição constitucional, que, a cada dia, passa a tomar decisões mais impactantes no bem-estar da sociedade;

v) A teoria da felicidade não pode ser utilizada de forma incriteriosa como justificativa de decisões autoritárias que ao invés de ouvir as impressões dos cidadãos acerca da felicidade, passa a impor suas próprias ideias sobre o que faz cada pessoa mais feliz. A experiência do Reino do Butão é ilustrativa;

vi) O direito à busca da felicidade tem sido confrontado nos tribunais, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos, na Coreia do Sul e no Brasil. Nota-se que se trata mais do que um *obter dictum,* passando a compor a *ratio decidendi* de importantes casos apreciados pela jurisdição constitucional;

vii) Alguns julgamentos ocorridos no âmbito da jurisdição constitucional brasileira tem usado a nomeclatura proporcionalidade e razoabilidade para justificar a tomada de decisão quando a Corte está diante de uma aparente colisão de bens. Todavia, muitas vezes o que se faz é um emprego de ideias utilitárias, como se deu no julgamento sobre as uniões homoafetivas, das políticas de cotas e na construção da jurisprudência dos crimes de bagatela;

viii) A teoria da felicidade oferece um novo critério de mensuração de danos impostos às pessoas nas suas relações, os danos hedônicos, que, suplantando a ideia inicial de danos morais, tenta compensar a pessoa pela perda da felicidade com o gozo da vida em razão de danos injustamente suportados.

Essas são, portanto, as primeiras conclusões que tiramos dessa tese de doutoramento. Não fechamos a porta, contudo, para que novas impressões surjam à medida que os debates se intensifiquem e que o trabalho seja submetido à crítica pública. Sempre que novas impressões, pela sua consistência, contarem com a nossa atenção, poderemos retomar as linhas teóricas apresentadas no trabalho e promover releituras que, inevitavelmente, pode nos dirigir para conclusões mais refinadas. De todo modo, até aqui, essas são, de fato, as nossas conclusões.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Juruá, 2009.

ARISTÓTELES. A política. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Ética a Nicômano. Traduções, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009.

ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

AUSTIN, John, 1832, The Province of Jurisprudence Determined, W. Rumble (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: RT, 1999.

BENTHAM, Jeremy. The Correspondence of Jeremy Bentham, Ed. Ger. Tomothy L. S. Sprigge, 12 vols até o presente (Londres e Oxford, 1968-), vol I.

_____. Nonsense upon Stilts (1792), Bentham, Rights, Representation, and Reform: Nonsense upon Stilts and Other Writtings on the French Revolution, Ed. Philip ARMSTRONG David. Revolution and World Order: The Revolutionary State in International Society (Oxford, 1993).

_____. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1780/89), Ed. J. H. Burns e H. L. A. Hart, Intro, F. Rose (Oxford, 1996).

_____. Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789, Ed. J. H. Burns, H. L. A. Hart. London, Athlone Press.

_____. The Philosophy of Economic Science, Jeremy Bentham´s Economic Writings 81, 115-6 (W. Stark [org] 1952);

_____. Dissertations and discussions political, philosophical, and historical, 2 vols. Nova York: Haskell House, 1973.

BERLA, Edward P. Hedonic Damages and Personal Injury: A Conceptual Approach, J Forensic Economics (1990).

BIDWELL, John. Printers Supplies and Capitalization, em Hugh Amory e David D. Hall, Eds., A History of the Book in America, I: The Colonial Book in the Atlantic World (Cambridge, 2000).

BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010.

BOK, Sissela. Explorando a felicidade: de Aristóteles à neurociência. Tradução Patrícia Azevedo. Rio de Janeiro: Tinta Negra, 2012.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BOSCH, Philippe van den. A filosofia e a felicidade. Tradução Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BOYER, Jean-Baptiste. Marquis d'Argens, Sur La Vie hereuse (On the Happy Life).

BUKOVANSKY, Mlada. Legitimacy and Power Politics: The American and Freench Revolution in International Political Culture (Princeton, 2002).
BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.
CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Edições Almedina, 2010.
CÍCERO (Marco Túlio Cícero) (1961) De finibus bonorum et malorum (On the Boundaries of Good and Bad). Trad. H. Rackham. Cambridge, MA, Harvard University Press, I.32.
_____. A virtude e a felicidade. Tradução Carlos Ancêde Nougué. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
CLÈVE, Clèmerson Merlin. Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
COHEN, Martin. Casos filosóficos. Tradução de Francisco Innocêncio. Ilustrações de Raúl Gonzáles. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.
COMTE-SPONVILLE, André Jean. La plus belle histoire du bonheur. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Difel, 2010.
COSTA, Emília Viotti da. Da Monarquia à República:momentos decisivos – 9ª Ed – São Paulo: Editora UNESP, 2010.
CUMBERLAND, Richard, 1631–1718. De legibus naturae. English A treatise of the laws of nature; translated, with introduction and appendix by John Maxwell (1727); edited and with a foreword by Jon Parkin, I.4.
DARWALL, Stephen (1995). The British Moralist and the Internal "Ought": 1640-1740. Cambridge, Cambridge University Press.
DE CHARDIN, Pierre Teilhard. Sur Le bonheur, On Happiness (Harper & Row, 1973).
DESCARTES, René. The Philosophical Writings of Descartes, 261. Volume: 2. Translated by: John Cottingham, University of Reading.
DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. A ampliação do espaço da moral no utilitarismo de John Stuart Mill: uma comparação com a moral do utilitarismo de Bentham. Defendida dia 18 de agosto de 2011, na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas.
DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
DONAGAN, Alan. Is There a Credible form of Utilitarianism? Em Contemporary Utilitarianism 187, 188 (Michael D. Bayles [org], 1968).
DOUGLAS, Frederick. My Bondage and My Freedom, 1855. Douglas Autobiographies (The Library of America, 1994).
DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
_____. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
_____. A justiça de toga. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Fernando Santos. Revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
DU CHÂTELET, Gabrielle Emilie Tonnerlier de Breteuil, Marquêsa. Discurso sobre a felicidade. Tradução de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
EASTERLIN, Richard A. Does economic growth improve the human lot? some empirical evidence. University of Pennsylvania, 1974.
ECKARDT, Ursula M. Von. The pursuit of happiness in the democratic creed: an analysis of Political Ethics (Nova York: Frederick Praeger, 1959).

EDGEWORTH, F. Y. Mathematical Psychics. Londres, 1888.
EPICURO. Carta sobre a Felicidade. Tradução João Forte. Lisboa: Biblioteca editores Independentes.
FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 2010.
FIGUEIREDO, Marcelo. Direito constitucional: estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
_____. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Atlas, 2009.
_____. Direito constitucional: estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2012. O caráter contramajoritário do poder judicial – o caso Marbury VS. Madison – Uma preocupação sobretudo norte-americana?
FILÓSOFOS DO SÉCULO XIII: Uma introdução. Organizador: Lothar Kreimendahl. Tradutor Dankwart Bernsmüller. Editora Unisinos. Coleção História da Filosofia. São Leopoldo: 2007.
FILÓSOFOS DO SÉCULO XIX. Uma introdução. Tradução Dankwart Bernsmüller. Editora Unisinos. Coleção História da Filosofia 7., São Leopoldo 2006.
FOURIER, Charles. Théorie dês quatre mouvements et dês destinées générales; Theory of the Four Movements, Gareth Steadman Jones e Ian Patterson (orgs.) (Cambridge University Press, 1996).
FRANCK, Thomas M. Political questions: judicial answers. Princeton, New Jersey: University Press, 1992.
FREUD, Sigmund (2005) Civilization and its Discontents (Unbehagen in der Kultur, 1930). Ed. James Strachey. New York, Norton.
FREY, B. S.; STUTZER, A. The economics of happiness. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2002.
_____. Happiness Prosper in Democracy, Journal of Happiness Studies (2000);
_____. Political Participation and Procedural Utility, European Journal of Political Research (2006).
GABLER, James M. Passions: The wines and Travels of Thomas Jefferson (Baltimore, 1995). HARRISON, Jonathan. Utilitarianism, Universalization, and Our Duty To Be Just, Proceedings of the Aristotelian society, vol. 53 (1952-1953)
GARRATY, John A. e Mark C. Carnes, Eds, ger., American National Biography, 24 vols. (Nova York, 1999), VII, pp. 87-9).
GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito Constitucional Comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.
GOETHE, Divã ocidental-oriental, VIII, 7.
GOFF, Frederick R. The John Dunlap Broadside: The First Priting of The Declaration of Independence (Washington, 1976).
GOMES, Laurentino. 1822: Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.
GRAHAM, Carol. O que nos faz feliz por esse mundo fora. Tradução Michelle Hapetian e revisão de Alice Soares. Alfragide: Texto Editores, 2011.
GRAHAM, Carol. The Pursuit of Happiness: an Economy of Well-Being. Brookings Institution Press, 2011.
GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GREEN, Duncan. Da pobreza ao poder: como cidadãos ativos e estados efetivos podem mudar o mundo. Tradução de Luiz Vasconcelos. São Paulo: Cortez; Oxford: Oxfam International, 2009.
HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005.
HARROD R. F. Utilitarianism Revised, Mind, vol. 45 (1936).
HART, H. L. A. The United States of America, em Hart, Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory (Oxford, 1982).
HAYEK, Friedrich A. Law, Legislation, and Liberty, vol. II, The Mirage of Social Justice: A new statement of the liberal principles of justice and policial economy, (1976). The University of Chicago Press.
HEGEL, G. W. F. (1990) Encyclopedia of the Philosofical Sciences in Outline (1817). Trad. Steven A. Taubenek. New York, Continuum, § 396.
HOBBES, Thomas (1994) Leviathan [1651]. Ed. Edwin Curley. Indianapolis/Cambridge, MA, Hackett.
HOBSBAWN, Eric J. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. A era das revoluções, 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra.
HOLANDA, Sérgio Buarque de. Capítulos de história do Império: Organização Fernando A. Novaes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
HOWELL, Wilbur Samuel. The Declaration of Independece and Eighteenth-Century Logic, William and Mary Quartely, 3ª ser., 18 (1961).
HUGO, Victor. Os Miseráveis. Tradução de Alexandre Boide. São Paulo: Coleção: L&PM Pocket, 2012.
HUTCHESON. An Inquiry Concerning Moral Good and Evil (1725).
HUME, David. A Treatise of Human Nature (1739).
_____. An Enquiry Concerning the Principles of Morals (1751).
INGLEHART Ronald, Roberto Foa, Christopher Peterson, e Christian Welzel, Development, Freedom, and Rising Happiness - A Global Perspective (1981-2007) Perspectives on Psychological Science (2008).
JEFFERSON, Thomas. Basic writings. The Theological and Liscellaneous Works of Joseph Priestley 13 (John Towill Rutt (org), 1832.
JOHNSON, Paul. A History of the American People. New York, 1997, HarperCollins Publishers.
JONES, Howard Mumford. The pursuit of happiness. Ithaca, NY: Cornell Univ. Press, 1953.
JOUANNET, Emmanuelle. Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international, Bruylant, 2011, (Collection de droit international, n°69). Capítulo V, La finalité providentialiste du droit des gens moderne: Bonheur des peuples et perfectionnement des États.
JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Jus Podium, 2009.
KAHNEMAN, D., DIENER, E.; SCHWARZ, N. (Eds.) Well-being: the foundations of hedonic psychology. New York, Russell Sage Foundation, 1999.
KAHNEMAN, D., KRUEGER, A. B. Developments in the measurement of subjective well-being. Journal of Economic Perspective 20(1) Winter, 2006.
KAHNEMAN, Daniel and Alan Krueger. Developments in the Measurement of Subjective Well-Being, 20 J Econ Persp 3, 14 (2006).
KANT, Immanuel (1956) Critique of Practical Reason. Trad. Lewis White Beck. Indianapolis, Bobbs-Merril, V.

_____. Crítica da razão prática Tradução baseada na edição original de 1788, com introdução e notas Valerio Rohden. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
KELLER, Linda M. The American Rejection of Economic Rights as Human Rights & the Declaration of Independence: Does the Pursuit of Happiness Require Basic Economic Rights?' (2003) 19 N.YL. Sch. J. Hum. Rts. 557.
KELSEN, Hans. O problema da justiça. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
_____. A Democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
_____. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
_____. O que é Justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
LAÉRCIO, Diógenes (1925). Lives of the Philosophers. Trad. R. D. Hicks, Ed. Ver. Cambridge, MA, Harvard University Press, II.88.
LAYARD, Richard. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara De Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: BestSeller, 2008.
LEFEBVRE, Georges. 1789. O surgimento da Revolução Francesa. Tradução de Cláudia Schiling. Rio de Janero: Paz e Terra, 1989.
LEWIS Jan. Happiness, em Jack P. Green e J. R. Pole (orgs), The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution (Cambridge, Inglaterra: Blackwell, 1994).
LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution Journal of Korean Law, Vol.1, No.2,2001.
LIMA, Oliveira. O movimento da Independência. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.
LINCOLN, Abraham. Speech at Springfield, Illinoi (26 de junho de 1857), em The Collected Works of Abraham Lincoln, Ed. Roy P. Basler, 9 vols (New Brunswick, NJ, 1953-1955), II, p. 406. LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la constitución. Barcelona: Ariel, 1976.
LOCKE, John (1963) A commom-place Book to the Holy Bible.
_____. An Essay Concerning Human Understanding. Ed., introd. Peter H. Nidditch. Oxford, Clarendon Press, II. xxi §47.
LONG, Douglas J. Bentham on Liberty: Jeremy Bentham´s Idea of Liberty in Relation to this Utilitarianism. Toronto, 1977.
LUCRÉCIO (1975) De rerum natura (On the Nature of Things). Trad. W. H. D. Rouse, ver. M. F. Smith. Cambridge, MA, Harvard University Press, Livro 1.
MABBOTT J. D. Punishment, Mind, vol. 48 (1939).
MAIER, Pauline. American Scripture: making the Declaration of Independence (Nova York: Vintage, 1997).
MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade. Tradução Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
MAUZI, Robert. Maintenant sur ma route. (Paradigme Edition, 1995).
MAUZI, Robert. L'Idèe Du bonheur au XVIII siècle (Librairie Armand Colin).
MAXWELL, Kenneth R. A Devassa da devassa: a Inconfidência Mineira, Brasil – Portugal, 1750-1808; Tradução João Maia. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2010.
MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. São Paulo: Saraiva, 2007.
MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.
MILL, John Stuart. Utilitarianism (1863). Edited by Roger Crisp. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. Considerations on representative government. Ed. C. V. Shields. Indianapolis/Nova York, Bobbs-Merrill.
_____. Autobiography (1873). New York: P.F. Collier & Son Company, 1909–14.
_____. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010.
_____. A sujeição das mulheres. Coimbra: Almedina, 2006.
MONTAIGNE, Michel de. The Complete Essays (Penguin Classics) [Paperback]. M. A. Screech (Editor, Translator, Introduction).
MOTA, Carlos Guilherme. 1789-1799: a Revolução Francesa. São Paulo: Perspectiva, 2007.
MULGAN, Tim. Utilitarismo. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012.
Cambridge Editorial Partnership. Líderes e discursos que revolucionaram o mundo. Tradução de Mayara Fortin e Renato D'Almeida. São Paulo: Universo dos Livros, 2012.
NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. A gaia ciência; tradução Paulo César de Souza. — 1a ed. — São Paulo : Companhia das Letras, 2012.
_____. Beyond Good and Evil. In: Basic Writings of Nietzsche. Trad. Ed. Walter Kaufmann. New York, Random House, § 200.
NUSSBAUM, Martha C. Who Is the Happy Warrior? Philosophy Poses Questions to Psychology. The Journal of Legal Studies, Vol. 37, No. S2, Legal Implications of the New Research on Happiness. The University of Chicago Press.
NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
OSWALD, Andrew and Powdthavee Nattavudh. Does Happiness Adapt? A Longitudinal Study of Disability with Implications for Economists and Judges, Mimeo, University of Warwick (2005).
OWEN, Robert. The Book of The New Moral World, parte IV.
PALMER, R. R. The Age of the Democratic Revolution, 2 vols. (Princeton, 1959-1964).
PLATO. The tragedy and comedy of life: Plato´s Philebus. Translated and with commentary by Seth Bernadete.
PLATÃO. O banquete. Tradução, apresentação e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012.
PLUQUET, Abbé. De La Sociabilité (Chez Barrois, 1767).
PIGOU, A.C. The Economics of Welfare. Londres, Macmillian, 1920.
POPE, Alexander. An Essay on Man. In The Poems of Alexander Pope, John Butt (org) Yale University Press, 1963, Epistle IV, 536RUSSEL, Bertrand. The conquest of happiness. Nova York: Liveright, 1930.
POSNER, Richard. A economia da justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
_____. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vida. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
_____. Justiça e democracia. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins fontes, 2000.
_____. O direito dos povos. Tradução de Luís Carlos Borges; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
REALE, Miguel. Fundamentos do direito. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

RESENDE, André Lara. Os limites do possível: a economia da conjuntura. São Paulo: Portfólio-Penguin, 2013.
ROBSON, John M (org.). Autobiography. Londres: Penguin, 1989.
RODGERS, Gregory. Estimating Jury Compensation for Pain and Suffering in Product Liability Cases Involving Nonfatal Personal Injury, 6 J Forensic Economics 251 (1993).
RODRIGUES, José Honório. Independência: revolução e contra-revolução. Rio de Janeiro: F.Alves, 1975.
RODRIGUES. Silvio. Direito civil de acordo com o novo código civil: São Paulo: Saraiva. v. 4, 2002.
ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: SP: Edipro, 2003.
ROUSSEAU Jean Jacques, Confissões. Les Confessions (Paris: Editions Garnier Frères, 1964).
RUFINO, André. Estrutura de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.
SAGER, Lawrence. The Domain of Constitucional Justice. In: ALEXANDER, Lary (Coord). Constitucionalism: Philosophical Foundations, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
SALMOND, John W. In Precedents, statues, and analysis of legal concepts/edited with an introduction by Scott Brewer. Garland Publishing, Inc. New York London 1998.
SANDEL, Justiça. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2011.
SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. Coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.
SCHOFIELD, Catherine Pease-Watkin, and Cyprian Blamires (Oxford, 2002).
SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de ser feliz: exposta em 50 máximas. Organização e ensaio de Franco Volpi. Tradução de Marion Fleischer, Eduardo Bandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
SELIGMAN, Martin. Felicidade autêntica: usando a nova psicologia positiva para a realização permanente. Tradução Neuza Capelo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
SÊNECA. Da Vida Feliz. Tradução João Forte. Lisboa: Biblioteca editores Independentes, 2008.
SHAFFER, Andrew. Os grandes filósofos que fracassaram no amor. Tradução: Marcelo Barbão. São Paulo: Leya, 2012.
SHAFTESBURY. An Inquiry Concerning Virtue and Merit (1711).
SIDWICK, Henry. The Methods of Ethics, 7ª Ed. (Londer, 1907).
_____. Outlines of the History of Ethics, 5ª Ed. Londres, 1902.
SILVA Alberto da Costa e. História do Brasil Nação: 1808-2010. Direção Lilia Moritz Schwarcz. Volume 1. Crise Colonial e Independência. 1808-1830. Rio de Janeiro: Fundação Mapre – Objetiva, 2011.
SMITH, Adam. Teoria dos Sentimentos Morais, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de

seus próximos, depois de si mesmos, acrescida de uma dissertação sobre a origem das línguas. Tradução Lya Luft. Revisão Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
STIGLITZ, J.; SEN, A e FITOUSI, Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress, 2009. September, 2009.
SUNSTEIN, Cass R. Illusory Losses. In Law and Happiness. The University of Chicago Press.
TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008.
TABACCHI, Tina M. Hedonic Damages. Ohio State Law Journal. [Vol. 52: 331].
THALER, Richard. SUNSTEIN, Cass. Nudge: O empurrão para a escolha certa: Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
TOCQUEVILLE, Alexis. A democracia na América: sentimentos e opiniões de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer ente os americanos. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martns Fontes, 2000.
TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
TRIBE, Laurence. DORF, Michael. Hermenêutica Constitucional. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
URMSON, J. O. The interpretation of the philosophy of J.S.Mill, Philosophical Quarterly, vol. 3 (1953).
VALADÉS, Diego (Org.). Conversas acadêmicas com Peter Häberle. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.
VARENNES, Fernando. Constitutionalising discrimination in Bhutan: The emasculation of human rights in the Land of the Dragon. Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law 2: 47-76, 2008. Printed in the Netherlands.
VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua Reserva de Justiça. São Paulo: Malheiros, 1999.
VEENHOVEN, Ruut. Freedom and happiness: A comparative study in 44 nations in the early 1990s, 2000, em Diener e Suh, 2000.
VOLELLE, Michel. A Revolução Francesa: 1789-1799. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Editora Unesp, 2012.
VOLTAIRE. Letter to M. le marquis de Florian, Verney (16 March 1774), from Oeuvres Complètes de Correspondance [Garnier frères, Paris, 1882, ed. Georges Bengesco], vol. XVI, letter # 9067.
VIANNA, Luiz Werneck Vianna et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
VILLA, Marco Antônio. A história das Constituições brasileiras. São Paulo: Leya, 2011.
VISCUSI, W. Kip. Pain and Suffering in Product Liability Cases: Systematic Compensation or Capricious Awards?, 8 Intl Review of Law and Economics 203 (1988).
WHITE, Nicholas. Breve história da felicidade. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Edições Loyola. 2009.
WILLS, Garry Inventing America: Jefferson's Declaration of Independence (Garden City: Doubleday, 1978).

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Juruá, 2009.

ARISTÓTELES. A política. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Ética a Nicômano. Traduções, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009.

ARMITAGE, David. Declaração de Independência: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

AUSTIN, John, 1832, The Province of Jurisprudence Determined, W. Rumble (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: RT, 1999.

BENTHAM, Jeremy. The Correspondence of Jeremy Bentham, Ed. Ger. Tomothy L. S. Sprigge, 12 vols até o presente (Londres e Oxford, 1968-), vol I.

_____. Nonsense upon Stilts (1792), Bentham, Rights, Representation, and Reform: Nonsense upon Stilts and Other Writtings on the French Revolution, Ed. Philip ARMSTRONG David. Revolution and World Order: The Revolutionary State in International Society (Oxford, 1993).

_____. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1780/89), Ed. J. H. Burns e H. L. A. Hart, Intro, F. Rose (Oxford, 1996).

_____. Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789, Ed. J. H. Burns, H. L. A. Hart. London, Athlone Press.

_____. The Philosophy of Economic Science, Jeremy Bentham´s Economic Writings 81, 115-6 (W. Stark [org] 1952);

_____. Dissertations and discussions political, philosophical, and historical, 2 vols. Nova York: Haskell House, 1973.

BERLA, Edward P. Hedonic Damages and Personal Injury: A Conceptual Approach, J Forensic Economics (1990).

BIDWELL, John. Printers Supplies and Capitalization, em Hugh Amory e David D. Hall, Eds., A History of the Book in America, I: The Colonial Book in the Atlantic World (Cambridge, 2000).

BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010.

BOK, Sissela. Explorando a felicidade: de Aristóteles à neurociência. Tradução Patrícia Azevedo. Rio de Janeiro: Tinta Negra, 2012.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BOSCH, Philippe van den. A filosofia e a felicidade. Tradução Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BOYER, Jean-Baptiste. Marquis d'Argens, Sur La Vie hereuse (On the Happy Life).

BUKOVANSKY, Mlada. Legitimacy and Power Politics: The American and Freench Revolution in International Political Culture (Princeton, 2002).
BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.
CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Edições Almedina, 2010.
CÍCERO (Marco Túlio Cícero) (1961) De finibus bonorum et malorum (On the Boundaries of Good and Bad). Trad. H. Rackham. Cambridge, MA, Harvard University Press, I.32.
_____. A virtude e a felicidade. Tradução Carlos Ancêde Nougué. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
CLÈVE, Clèmerson Merlin. Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
COHEN, Martin. Casos filosóficos. Tradução de Francisco Innocêncio. Ilustrações de Raúl Gonzáles. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.
COMTE-SPONVILLE, André Jean. La plus belle histoire du bonheur. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Difel, 2010.
COSTA, Emília Viotti da. Da Monarquia à República:momentos decisivos – 9ª Ed – São Paulo: Editora UNESP, 2010.
CUMBERLAND, Richard, 1631–1718. De legibus naturae. English A treatise of the laws of nature; translated, with introduction and appendix by John Maxwell (1727); edited and with a foreword by Jon Parkin, I.4.
DARWALL, Stephen (1995). The British Moralist and the Internal "Ought": 1640-1740. Cambridge, Cambridge University Press.
DE CHARDIN, Pierre Teilhard. Sur Le bonheur, On Happiness (Harper & Row, 1973).
DESCARTES, René. The Philosophical Writings of Descartes, 261. Volume: 2. Translated by: John Cottingham, University of Reading.
DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. A ampliação do espaço da moral no utilitarismo de John Stuart Mill: uma comparação com a moral do utilitarismo de Bentham. Defendida dia 18 de agosto de 2011, na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas.
DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
DONAGAN, Alan. Is There a Credible form of Utilitarianism? Em Contemporary Utilitarianism 187, 188 (Michael D. Bayles [org], 1968).
DOUGLAS, Frederick. My Bondage and My Freedom, 1855. Douglas Autobiographies (The Library of America, 1994).
DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
_____. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
_____. A justiça de toga. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Fernando Santos. Revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
DU CHÂTELET, Gabrielle Emilie Tonnerlier de Breteuil, Marquêsa. Discurso sobre a felicidade. Tradução de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
EASTERLIN, Richard A. Does economic growth improve the human lot? some empirical evidence. University of Pennsylvania, 1974.
ECKARDT, Ursula M. Von. The pursuit of happiness in the democratic creed: an analysis of Political Ethics (Nova York: Frederick Praeger, 1959).

EDGEWORTH, F. Y. Mathematical Psychics. Londres, 1888.
EPICURO. Carta sobre a Felicidade. Tradução João Forte. Lisboa: Biblioteca editores Independentes.
FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 2010.
FIGUEIREDO, Marcelo. Direito constitucional: estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
_____. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Atlas, 2009.
_____. Direito constitucional: estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2012. O caráter contramajoritário do poder judicial – o caso Marbury VS. Madison – Uma preocupação sobretudo norte-americana?
FILÓSOFOS DO SÉCULO XIII: Uma introdução. Organizador: Lothar Kreimendahl. Tradutor Dankwart Bernsmüller. Editora Unisinos. Coleção História da Filosofia. São Leopoldo: 2007.
FILÓSOFOS DO SÉCULO XIX. Uma introdução. Tradução Dankwart Bernsmüller. Editora Unisinos. Coleção História da Filosofia 7., São Leopoldo 2006.
FOURIER, Charles. Théorie dês quatre mouvements et dês destinées générales; Theory of the Four Movements, Gareth Steadman Jones e Ian Patterson (orgs.) (Cambridge University Press, 1996).
FRANCK, Thomas M. Political questions: judicial answers. Princeton, New Jersey: University Press, 1992.
FREUD, Sigmund (2005) Civilization and its Discontents (Unbehagen in der Kultur, 1930). Ed. James Strachey. New York, Norton.
FREY, B. S.; STUTZER, A. The economics of happiness. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2002.
_____. Happiness Prosper in Democracy, Journal of Happiness Studies (2000);
_____. Political Participation and Procedural Utility, European Journal of Political Research (2006).
GABLER, James M. Passions: The wines and Travels of Thomas Jefferson (Baltimore, 1995). HARRISON, Jonathan. Utilitarianism, Universalization, and Our Duty To Be Just, Proceedings of the Aristotelian society, vol. 53 (1952-1953)
GARRATY, John A. e Mark C. Carnes, Eds, ger., American National Biography, 24 vols. (Nova York, 1999), VII, pp. 87-9).
GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito Constitucional Comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.
GOETHE, Divã ocidental-oriental, VIII, 7.
GOFF, Frederick R. The John Dunlap Broadside: The First Priting of The Declaration of Independence (Washington, 1976).
GOMES, Laurentino. 1822: Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.
GRAHAM, Carol. O que nos faz feliz por esse mundo fora. Tradução Michelle Hapetian e revisão de Alice Soares. Alfragide: Texto Editores, 2011.
GRAHAM, Carol. The Pursuit of Happiness: an Economy of Well-Being. Brookings Institution Press, 2011.
GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GREEN, Duncan. Da pobreza ao poder: como cidadãos ativos e estados efetivos podem mudar o mundo. Tradução de Luiz Vasconcelos. São Paulo: Cortez; Oxford: Oxfam International, 2009.
HAMILTON, Alexander. O federalista. Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005.
HARROD R. F. Utilitarianism Revised, Mind, vol. 45 (1936).
HART, H. L. A. The United States of America, em Hart, Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory (Oxford, 1982).
HAYEK, Friedrich A. Law, Legislation, and Liberty, vol. II, The Mirage of Social Justice: A new statement of the liberal principles of justice and policial economy, (1976). The University of Chicago Press.
HEGEL, G. W. F. (1990) Encyclopedia of the Philosofical Sciences in Outline (1817). Trad. Steven A. Taubenek. New York, Continuum, § 396.
HOBBES, Thomas (1994) Leviathan [1651]. Ed. Edwin Curley. Indianapolis/Cambridge, MA, Hackett.
HOBSBAWN, Eric J. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. A era das revoluções, 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra.
HOLANDA, Sérgio Buarque de. Capítulos de história do Império: Organização Fernando A. Novaes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
HOWELL, Wilbur Samuel. The Declaration of Independece and Eighteenth-Century Logic, William and Mary Quartely, 3ª ser., 18 (1961).
HUGO, Victor. Os Miseráveis. Tradução de Alexandre Boide. São Paulo: Coleção: L&PM Pocket, 2012.
HUTCHESON. An Inquiry Concerning Moral Good and Evil (1725).
HUME, David. A Treatise of Human Nature (1739).
_____. An Enquiry Concerning the Principles of Morals (1751).
INGLEHART Ronald, Roberto Foa, Christopher Peterson, e Christian Welzel, Development, Freedom, and Rising Happiness - A Global Perspective (1981-2007) Perspectives on Psychological Science (2008).
JEFFERSON, Thomas. Basic writings. The Theological and Liscellaneous Works of Joseph Priestley 13 (John Towill Rutt (org), 1832.
JOHNSON, Paul. A History of the American People. New York, 1997, HarperCollins Publishers.
JONES, Howard Mumford. The pursuit of happiness. Ithaca, NY: Cornell Univ. Press, 1953.
JOUANNET, Emmanuelle. Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international, Bruylant, 2011, (Collection de droit international, n°69). Capítulo V, La finalité providentialiste du droit des gens moderne: Bonheur des peuples et perfectionnement des États.
JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Jus Podium, 2009.
KAHNEMAN, D., DIENER, E.; SCHWARZ, N. (Eds.) Well-being: the foundations of hedonic psychology. New York, Russell Sage Foundation, 1999.
KAHNEMAN, D., KRUEGER, A. B. Developments in the measurement of subjective well-being. Journal of Economic Perspective 20(1) Winter, 2006.
KAHNEMAN, Daniel and Alan Krueger. Developments in the Measurement of Subjective Well-Being, 20 J Econ Persp 3, 14 (2006).
KANT, Immanuel (1956) Critique of Practical Reason. Trad. Lewis White Beck. Indianapolis, Bobbs-Merril, V.

_____. Crítica da razão prática Tradução baseada na edição original de 1788, com introdução e notas Valerio Rohden. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
KELLER, Linda M. The American Rejection of Economic Rights as Human Rights & the Declaration of Independence: Does the Pursuit of Happiness Require Basic Economic Rights?' (2003) 19 N.YL. Sch. J. Hum. Rts. 557.
KELSEN, Hans. O problema da justiça. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
_____. A Democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
_____. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
_____. O que é Justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
LAÉRCIO, Diógenes (1925). Lives of the Philosophers. Trad. R. D. Hicks, Ed. Ver. Cambridge, MA, Harvard University Press, II.88.
LAYARD, Richard. Felicidade: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara De Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: BestSeller, 2008.
LEFEBVRE, Georges. 1789. O surgimento da Revolução Francesa. Tradução de Cláudia Schiling. Rio de Janero: Paz e Terra, 1989.
LEWIS Jan. Happiness, em Jack P. Green e J. R. Pole (orgs), The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution (Cambridge, Inglaterra: Blackwell, 1994).
LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution Journal of Korean Law, Vol.1, No.2,2001.
LIMA, Oliveira. O movimento da Independência. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.
LINCOLN, Abraham. Speech at Springfield, Illinoi (26 de junho de 1857), em The Collected Works of Abraham Lincoln, Ed. Roy P. Basler, 9 vols (New Brunswick, NJ, 1953-1955), II, p. 406. LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la constitución. Barcelona: Ariel, 1976.
LOCKE, John (1963) A commom-place Book to the Holy Bible.
_____. An Essay Concerning Human Understanding. Ed., introd. Peter H. Nidditch. Oxford, Clarendon Press, II. xxi §47.
LONG, Douglas J. Bentham on Liberty: Jeremy Bentham´s Idea of Liberty in Relation to this Utilitarianism. Toronto, 1977.
LUCRÉCIO (1975) De rerum natura (On the Nature of Things). Trad. W. H. D. Rouse, ver. M. F. Smith. Cambridge, MA, Harvard University Press, Livro 1.
MABBOTT J. D. Punishment, Mind, vol. 48 (1939).
MAIER, Pauline. American Scripture: making the Declaration of Independence (Nova York: Vintage, 1997).
MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade. Tradução Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
MAUZI, Robert. Maintenant sur ma route. (Paradigme Edition, 1995).
MAUZI, Robert. L'Idèe Du bonheur au XVIII siècle (Librairie Armand Colin).
MAXWELL, Kenneth R. A Devassa da devassa: a Inconfidência Mineira, Brasil – Portugal, 1750-1808; Tradução João Maia. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2010.
MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. São Paulo: Saraiva, 2007.
MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.
MILL, John Stuart. Utilitarianism (1863). Edited by Roger Crisp. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. Considerations on representative government. Ed. C. V. Shields. Indianapolis/Nova York, Bobbs-Merrill.
_____. Autobiography (1873). New York: P.F. Collier & Son Company, 1909–14.
_____. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2010.
_____. A sujeição das mulheres. Coimbra: Almedina, 2006.
MONTAIGNE, Michel de. The Complete Essays (Penguin Classics) [Paperback]. M. A. Screech (Editor, Translator, Introduction).
MOTA, Carlos Guilherme. 1789-1799: a Revolução Francesa. São Paulo: Perspectiva, 2007.
MULGAN, Tim. Utilitarismo. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012.
Cambridge Editorial Partnership. Líderes e discursos que revolucionaram o mundo. Tradução de Mayara Fortin e Renato D'Almeida. São Paulo: Universo dos Livros, 2012.
NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. A gaia ciência; tradução Paulo César de Souza. — 1a ed. — São Paulo : Companhia das Letras, 2012.
_____. Beyond Good and Evil. In: Basic Writings of Nietzsche. Trad. Ed. Walter Kaufmann. New York, Random House, § 200.
NUSSBAUM, Martha C. Who Is the Happy Warrior? Philosophy Poses Questions to Psychology. The Journal of Legal Studies, Vol. 37, No. S2, Legal Implications of the New Research on Happiness. The University of Chicago Press.
NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
OSWALD, Andrew and Powdthavee Nattavudh. Does Happiness Adapt? A Longitudinal Study of Disability with Implications for Economists and Judges, Mimeo, University of Warwick (2005).
OWEN, Robert. The Book of The New Moral World, parte IV.
PALMER, R. R. The Age of the Democratic Revolution, 2 vols. (Princeton, 1959-1964).
PLATO. The tragedy and comedy of life: Plato´s Philebus. Translated and with commentary by Seth Bernadete.
PLATÃO. O banquete. Tradução, apresentação e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012.
PLUQUET, Abbé. De La Sociabilité (Chez Barrois, 1767).
PIGOU, A.C. The Economics of Welfare. Londres, Macmillian, 1920.
POPE, Alexander. An Essay on Man. In The Poems of Alexander Pope, John Butt (org) Yale University Press, 1963, Epistle IV, 536RUSSEL, Bertrand. The conquest of happiness. Nova York: Liveright, 1930.
POSNER, Richard. A economia da justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
_____. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vida. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
_____. Justiça e democracia. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins fontes, 2000.
_____. O direito dos povos. Tradução de Luís Carlos Borges; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
REALE, Miguel. Fundamentos do direito. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

RESENDE, André Lara. Os limites do possível: a economia da conjuntura. São Paulo: Portfólio-Penguin, 2013.
ROBSON, John M (org.). Autobiography. Londres: Penguin, 1989.
RODGERS, Gregory. Estimating Jury Compensation for Pain and Suffering in Product Liability Cases Involving Nonfatal Personal Injury, 6 J Forensic Economics 251 (1993).
RODRIGUES, José Honório. Independência: revolução e contra-revolução. Rio de Janeiro: F.Alves, 1975.
RODRIGUES. Silvio. Direito civil de acordo com o novo código civil: São Paulo: Saraiva. v. 4, 2002.
ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: SP: Edipro, 2003.
ROUSSEAU Jean Jacques, Confissões. Les Confessions (Paris: Editions Garnier Frères, 1964).
RUFINO, André. Estrutura de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.
SAGER, Lawrence. The Domain of Constitucional Justice. In: ALEXANDER, Lary (Coord). Constitucionalism: Philosophical Foundations, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
SALMOND, John W. In Precedents, statues, and analysis of legal concepts/edited with an introduction by Scott Brewer. Garland Publishing, Inc. New York London 1998.
SANDEL, Justiça. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2011.
SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. Coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.
SCHOFIELD, Catherine Pease-Watkin, and Cyprian Blamires (Oxford, 2002).
SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de ser feliz: exposta em 50 máximas. Organização e ensaio de Franco Volpi. Tradução de Marion Fleischer, Eduardo Bandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
SELIGMAN, Martin. Felicidade autêntica: usando a nova psicologia positiva para a realização permanente. Tradução Neuza Capelo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
SÊNECA. Da Vida Feliz. Tradução João Forte. Lisboa: Biblioteca editores Independentes, 2008.
SHAFFER, Andrew. Os grandes filósofos que fracassaram no amor. Tradução: Marcelo Barbão. São Paulo: Leya, 2012.
SHAFTESBURY. An Inquiry Concerning Virtue and Merit (1711).
SIDWICK, Henry. The Methods of Ethics, 7ª Ed. (Londer, 1907).
_____. Outlines of the History of Ethics, 5ª Ed. Londres, 1902.
SILVA Alberto da Costa e. História do Brasil Nação: 1808-2010. Direção Lilia Moritz Schwarcz. Volume 1. Crise Colonial e Independência. 1808-1830. Rio de Janeiro: Fundação Mapre – Objetiva, 2011.
SMITH, Adam. Teoria dos Sentimentos Morais, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de

seus próximos, depois de si mesmos, acrescida de uma dissertação sobre a origem das línguas. Tradução Lya Luft. Revisão Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
STIGLITZ, J.; SEN, A e FITOUSI, Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress, 2009. September, 2009.
SUNSTEIN, Cass R. Illusory Losses. In Law and Happiness. The University of Chicago Press.
TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008.
TABACCHI, Tina M. Hedonic Damages. Ohio State Law Journal. [Vol. 52: 331].
THALER, Richard. SUNSTEIN, Cass. Nudge: O empurrão para a escolha certa: Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
TOCQUEVILLE, Alexis. A democracia na América: sentimentos e opiniões de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer ente os americanos. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martns Fontes, 2000.
TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
TRIBE, Laurence. DORF, Michael. Hermenêutica Constitucional. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
URMSON, J. O. The interpretation of the philosophy of J.S.Mill, Philosophical Quarterly, vol. 3 (1953).
VALADÉS, Diego (Org.). Conversas acadêmicas com Peter Häberle. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.
VARENNES, Fernando. Constitutionalising discrimination in Bhutan: The emasculation of human rights in the Land of the Dragon. Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law 2: 47-76, 2008. Printed in the Netherlands.
VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua Reserva de Justiça. São Paulo: Malheiros, 1999.
VEENHOVEN, Ruut. Freedom and happiness: A comparative study in 44 nations in the early 1990s, 2000, em Diener e Suh, 2000.
VOLELLE, Michel. A Revolução Francesa: 1789-1799. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Editora Unesp, 2012.
VOLTAIRE. Letter to M. le marquis de Florian, Verney (16 March 1774), from Oeuvres Complètes de Correspondance [Garnier frères, Paris, 1882, ed. Georges Bengesco], vol. XVI, letter # 9067.
VIANNA, Luiz Werneck Vianna et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
VILLA, Marco Antônio. A história das Constituições brasileiras. São Paulo: Leya, 2011.
VISCUSI, W. Kip. Pain and Suffering in Product Liability Cases: Systematic Compensation or Capricious Awards?, 8 Intl Review of Law and Economics 203 (1988).
WHITE, Nicholas. Breve história da felicidade. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Edições Loyola. 2009.
WILLS, Garry Inventing America: Jefferson's Declaration of Independence (Garden City: Doubleday, 1978).