

O postulado da busca da felicidade como garantidor de direitos fundamentais: uma análise da Jurisprudência do STF

The postulate of the pursuit of happiness as a guarantee for fundamental rights: an analysis of the STF Jurisprudence

DOI:10.34117/bjdv7n11-401

Recebimento dos originais: 23/10/2021

Aceitação para publicação: 23/11/2021

Lais Kondo Claus

Graduada em Direito, com especialização em Análise Econômica do Direito pela Unicamp, consultora tributária na EY
E-mail: laisclaus@gmail.com

Luciana Romano Morilas

Graduada em Letras e em Direito, mestre e doutora em Linguística e Língua Portuguesa, Livre-docente em Ética e Legislação Empresarial, professora associada na FEA -RP/USP
E-mail: morilas@fearp.usp.br

RESUMO

Os direitos humanos desde sua postulação estão em constante evolução. Assim, no Brasil, através da hermenêutica do princípio da dignidade humana surgiu o subprincípio do direito à busca da felicidade. Objetiva-se compreender a universalidade dos direitos humanos e como a ampliação da interpretação daqueles já inclusos na Constituição de 1988 pode ser instrumento essencial para garantia de direitos fundamentais. Para avaliar a utilização desse novo direito no Brasil, examina-se a menção do termo busca da felicidade nos julgados do Supremo Tribunal Federal e, também se analisa Constituição, a fim de averiguar se essa inovação jurídica é permitida. Destaca-se a bibliografia disponível sobre o tema. Por fim, avalia-se o posicionamento da jurisprudência do STF em relação à busca da felicidade para verificar como esse novo direito tem sido utilizado e efetivado no ordenamento. Conclui-se que a jurisprudência é unânime no entendimento de que a busca da felicidade é um desdobramento da dignidade da pessoa humana e uma forma de garantir que o ser humano possa ter a liberdade de escolher viver a vida que lhe traga o maior grau de satisfação dentro do princípio da legalidade.

Palavras-chave: Direito à busca da felicidade; Direitos fundamentais; Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

Since human rights have been postulated, they are in constant evolution. In this way, in Brazil, the subprinciple of the pursuit of happiness came up through the hermeneutics of the principle of the human dignity. The goal is to understand the universality of human rights and how the broadening of the interpretation of those rights already included in the Constitution of 1988 can be an essential instrument to guarantee the fundamental rights. To evaluate the use of this new right in Brazil, it is examined the mention of the term pursuit of happiness in the cases of the Federal Supreme Court and also the Constitution is analyzed, aiming to find out if this juridical innovation is allowed. The bibliography

available about the theme is highlighted. Finally, it is evaluated the STF position in relation to the pursuit of happiness to verify how this new right has been used and made effective in the legal system. We conclude that jurisprudence is unanimous in the understanding that the pursuit of happiness is an unfolding of the dignity of the human person and a way of ensuring that the human being can have the freedom to choose to live the life that brings him the highest degree of satisfaction within the principle of legality.

Keywords: Right to the pursuit of happiness; Fundamental rights; Dignity of the human person.

1 INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é o documento essencial para o estabelecimento de marcos na garantia de direitos aos cidadãos. É nesse documento que se estabelecem as bases para o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos grandes, senão o maior, preceitos dos direitos humanos, do qual o direito à busca da felicidade é um dos postulados. O direito brasileiro, a partir da outorga da Constituição de 1988, passou a contar com um conjunto garantidor de direitos muito bem estruturado e coeso. O contexto dessas garantias é estabelecido logo no artigo 1º, que estabelece, em seu inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.

É essa menção que possibilita toda a construção jurisprudencial que vem trazendo, nos últimos anos, o postulado da busca da felicidade para o ordenamento jurídico brasileiro pela via jurisprudencial para garantir aos cidadãos direitos civis básicos, como a possibilidade do reconhecimento formal da união entre pessoas do mesmo sexo, a garantia da liberdade de escolha sexual e a constitucionalidade das cotas para negros em concursos públicos.

O Supremo Tribunal Federal é o tribunal constitucional brasileiro, responsável por averiguar eventuais ofensas ao texto da Carta Magna e também por dar interpretação adequada aos direitos ali presentes. Executa essa tarefa por meio do controle concentrado ou difuso de constitucionalidade. É este tribunal que vai, em última instância, definir os contornos dos direitos constitucionalmente garantidos.

Por isso, este trabalho pretende, na esfera do estudo empírico do direito, buscar analisar a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal do Brasil, de modo a verificar como tem sido utilizada a da “busca da felicidade” como postulado do princípio da dignidade da pessoa humana no país.

2 O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE COMO POSTULADO INERENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O termo “busca da felicidade” foi utilizado em um texto jurídico pela primeira vez na Declaração de Independência dos Estados Unidos em 1776. Desde então, a aplicação desse postulado vem evoluindo e gerando novos precedentes em relação a matérias não regulamentadas de forma específica na legislação.

Posteriormente, outros Estados aderiram à previsão jurídica da felicidade. De acordo com Pedro Lenza (2012, p. 1082) a felicidade está disposta nos seguintes ordenamentos jurídicos:

Declaração de Direitos da Virgínia (EUA, 1776): outorgava -se aos homens o direito de buscar e conquistar a felicidade;

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789): “primeira noção coletiva de felicidade, determinando-se que as reivindicações dos indivíduos sempre se voltarão à felicidade geral”;

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, à toda a evidência, a felicidade geral ali preconizada”;

Reino do Butão: “estabelece, como indicador social, um Índice Nacional de Felicidade Bruta (INFB), mensurado de acordo com indicadores que envolvem bem-estar, cultura, educação, ecologia, padrão de vida e qualidade de governo, determinando o artigo 9.º daquela Constituição o dever do Estado de promover as condições necessárias para o fomento do INFB;

Constituição do Japão: o art. 13 “determina que todas as pessoas têm direito à busca pela felicidade, desde que isso não interfira no bem-estar público, devendo o Estado, por leis e atos administrativos, empenhar-se na garantia às condições por atingir a felicidade”;

Carta da Coreia do Sul: o art. 10 estabelece que “todos têm direito a alcançar a felicidade, atrelando esse direito ao dever do Estado em confirmar e assegurar os direitos humanos dos indivíduos.

No Brasil, a introdução desse direito se deu de forma mais tardia do que nos estados acima mencionados. Porém, destaca-se aqui que a introdução do referido direito ao ordenamento brasileiro ocorreu de forma distinta daquela convencional ao direito romano, pois, muito embora tenha havido uma tentativa de positivação em relação ao termo através da PEC 19/10 proposta pelo Senador Cristovam Buarque, esta foi arquivada.

Para além de decisões jurisprudenciais, o direito à busca da felicidade também foi preocupação do legislativo brasileiro. No ano de 2010, o senador Cristovam Buarque apresentou a proposta de emenda constitucional de número 19 (PEC 19/2010), cujo objetivo era incluir os direitos sociais dispostos no artigo 6º da Constituição Federal como pressupostos para a busca da felicidade. Nesse sentido, manifesta-se Dias (2012, p. 103, grifo das autoras):

Sob a justificativa de que é preciso humanizar a Constituição, o Senador Cristovam Buarque apresentou a PEC 19/10 – a chamada PEC da Felicidade. Sustenta que os direitos deixaram de transmitir os sentimentos que deveriam representar, sendo necessário criar um novo paradigma na elaboração e na execução de políticas públicas. Afirma que o direito de ser feliz está atrelado aos direitos sociais e não ao subjetivismo de cada qual. Acredita o autor, que a ideia vai gerar amplo debate na sociedade, bem como atrair o interesse dos movimentos sociais. A proposta visa inserir a expressão “essenciais à busca da felicidade” no art. 6º da Constituição Federal: São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Diz o autor que explicitar o direito à busca da felicidade na Constituição dará conteúdo objetivo e resgatar a garantia dos direitos sociais.

Desse modo, afirma a jurista que o direito à busca da felicidade, muito embora não esteja positivado na Constituição, já é considerado como direito fundamental e ainda afirma que: “Talvez se possa dizer que a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem de todos e de garantir o respeito à dignidade” (DIAS, 2011, p. 202)

Pedro Lenza (2012, p. 1081) em análise da proposta, afirma que o escopo desta é regulamentar a felicidade objetiva, vez que para atingi-la é necessário que o Estado forneça acesso aos serviços públicos básicos:

Em interessante previsão, a PEC busca proteger não a felicidade em seu aspecto subjetivo, o que significaria a busca de sentimentos muito particulares, mas, notadamente, o aspecto objetivo da felicidade que, segundo as propostas, pode ser normatizado no sentido de que a concretização dos direitos sociais leva a um estado geral (coletivo) de felicidade. De acordo com as justificativas, “há felicidade coletiva quando são adequadamente observados os itens que tornam mais feliz a sociedade, ou seja, justamente os direitos sociais — uma sociedade mais feliz é uma sociedade mais bem desenvolvida, em que todos tenham acesso aos básicos serviços públicos de saúde, educação, previdência social, cultura, lazer, dentre outros.

Dessa forma, deve-se distinguir dois tipos de abordagem da felicidade: a subjetiva e a objetiva. A primeira é aquela que concerne a esfera individual, e não é o escopo desse trabalho. Não se pretende definir o que é felicidade ou mesmo garantir direitos subjetivos à felicidade. O presente trabalho se calca apenas no aspecto objetivo da felicidade, no direito de ter as condições mínimas que garantam a possibilidade de o indivíduo buscá-la.

Tendo em vista que o tema felicidade é polêmico, a proposta de emenda constitucional foi alvo de críticas, conforme assevera Horbach (2016), segundo quem a mera introdução da felicidade no texto constitucional, sem a garantia efetiva dos direitos sociais, é ineficaz. Ao texto constitucional caberia garantir a dignidade humana, sem tornar a busca da felicidade uma obrigação social.

No mesmo sentido, Lopes (2015) entende que o direito à busca da felicidade não deveria ser positivado, pois é valor implícito em nosso texto constitucional, que já garante um mínimo existencial para a proteção da dignidade humana. A positivação seria desnecessária.

Tal visão coaduna com aquela que os operadores do direito têm utilizado, vez que tal postulado permeou o ordenamento através da jurisprudência, de forma que, a partir de 2006, encontram-se menções ao termo na Suprema Corte, que vem associado principalmente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade humana encontra-se positivado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal e é compreendido dentre os princípios fundamentais da República. Trata-se de um valor-fonte, que molda a interpretação do sistema constitucional, e traduz um dos fundamentos da República brasileira (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

Ao arrolar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o legislador lhe atribui maior eficácia, pois determina que todo o ordenamento jurídico esteja a ele alinhado. Este princípio, uma vez colocado como fundamento, assume característica ao mesmo tempo de princípio e de regra. A proibição da tortura está expressa no texto constitucional, mas não perderia proteção caso não fosse positivada, tendo em vista que decorre logicamente do princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

Destarte, o princípio da dignidade humana pode ser entendido como um valor-fonte e, em algumas circunstâncias, pode ser utilizado até como regra, pois a intenção é conferir maior garantia para este direito fundamental. Em razão da relevância da dignidade humana para a Constituição, de tal princípio podem ser deduzidos outros fundamentos e deveres, que não estão necessariamente positivados (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

Nesse mesmo sentido, ressalta-se a importância de o intérprete conferir concretude aos preceitos constitucionais mais caros ao sistema constitucional, estabelecidos sob a forma de princípios. Portanto, não se mostra adequado adotar uma posição jus positivista ao analisar os princípios fundamentais da Constituição, principalmente no que se refere ao princípio da dignidade humana, que deve ser interpretado na maior extensão possível, justamente de modo a garantir um mínimo existencial digno para cada cidadão (PIOVESAN, 2015).

Fica evidente, portanto, que um dos deveres do operador do direito é otimizar a força expansiva da dignidade da pessoa humana, ou seja, criar mais garantias para que este direito seja efetivado. Os julgadores, ao importarem o conceito de direito à busca da felicidade e caracterizá-lo como consectário da dignidade da pessoa humana, proporcionam mais uma forma de contemplar a dignidade da pessoa humana, de modo a restaurar a função ética e transformadora do direito.

3 JURISPRUDÊNCIA COMO GARANTIA DE DIREITOS: ATIVISMO JUDICIAL OU FORMA DE ATUALIZAÇÃO DO DIREITO?

O ativismo judicial no caso do direito à busca da felicidade não deve ser visto de uma maneira negativa, porque se trata de uma forma natural do direito, que não é ciência estática, assim como a sociedade não o é. Devido às constantes e frequentemente rápidas mudanças nos costumes da sociedade, nem sempre os legisladores são capazes de ajustar as novas práticas ao ordenamento jurídico na mesma velocidade. Por conseguinte, a interpretação jurisprudencial cumpre seu papel de preencher vazios legislativos, sem, no entanto, inovar, criar direitos; trata-se de, por meio de interpretação das determinações já existentes, garantir direitos específicos ainda não previstos objetivamente – novos direitos, mas admissíveis em razão do sistema jurídico.

No Brasil, a extensão da interpretação do princípio da dignidade humana à busca da felicidade acarretou o emblemático caso que versou acerca do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas. A interpretação constitucional sobre a regulação do casamento importa reconhecer que a legislação brasileira não veda nem dificulta a formalização da união de pessoas do mesmo sexo que estejam juntas com a intenção de constituir família. (ALVES JUNIOR, 2013)

Foi pela interpretação do princípio que se garantiu o exercício de um direito civil básico a um grupo até então excluído. Portanto, a hermenêutica do direito se mostra essencial para que a aplicação do mesmo esteja atualizada às práticas da sociedade.

É nesse sentido que Hart (2001) aponta para a importância da existência de uma textura aberta do direito; pois, conforme observa, mesmo em um sistema como o anglo-saxônico, que adota a legislação associada ao sistema de precedentes, em algumas situações haverá uma certa indeterminação da lei em relação à sua aplicação, ou seja, haverá algumas situações em que a lei não se aplicará de forma clara, principalmente, porque a sociedade evolui e nem sempre a legislação é renovada de modo a contemplar esta transmutação.

Há situações, portanto, em que a positivação, por um lado, não é desejável e, por outro, impossibilitaria o exercício real de direitos fundamentais, em razão de interesses legislativos mais políticos que garantidores de direitos. É relevante observar que a teoria de Hart foi desenhada para o sistema anglo-saxão, entretanto, observa-se uma tendência crescente no sistema brasileiro a dar maior peso aos precedentes para a solução de controvérsias jurídicas. Hart (2001) ressalta, no entanto, a importância de um balizamento através do uso das regras gerais com intuito de que não haja interpretações divergentes sobre o assunto.

Apesar da existência de uma textura aberta, existe a necessidade de um parâmetro geral que balize o processo decisório. No sistema jurídico brasileiro, tanto o direito à busca da felicidade quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, institutos de textura aberta, carecem de limites para que sua utilização não se banalize.

Ao se analisar o princípio da dignidade humana, é possível acrescentar que, como norma fundamental, sua função é moldar todo o ordenamento, e é função do operador ampliar o catálogo de direitos provenientes desse princípio. A interpretação de um conceito aberto como a dignidade da pessoa humana deve ser feita de forma crítica sob pena de banalização. Sarlet (2012) evidencia que o aumento na quantidade de decisões não acompanha necessariamente o incremento da consistência da fundamentação:

O estudo do direito à busca da felicidade como subprincípio de um princípio tão relevante quanto a dignidade humana não pode ser feita de modo a levar à sua desvalorização e relativização, que é algo que vem ocorrendo com o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência brasileira. Assim, é necessário definir o conceito de “busca da felicidade” mais claramente. Um conceito mínimo, conforme preceitua Hart (2001), é necessário para que haja uma segurança jurídica maior no futuro e para que tal direito não se banalize ou vire um argumento generalizado e, inclusive, por consequência disso, torne-se um direito desacreditado futuramente.

Na presença de lacunas, ambiguidades ou colisões entre direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana será invocado com função interpretativa no intuito de garantir valores fundamentais constitucionalmente garantidos (BARBOSA, 2021). É nesse sentido que a positivação do direito não é necessária para sua aplicação.

4 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE

Tendo em vista que o “direito à busca da felicidade” não está expressamente previsto na legislação brasileira, a análise jurisprudencial mostra-se o método mais adequado para se verificar como esse instituto vem sendo aplicado no Brasil.

A determinação do termo de busca é a primeira providência a ser tomada. O instituto é reconhecido pelo seu nome tradicional “direito à busca da felicidade”. Trata-se de um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana que não garante a felicidade em si, mas que os jurisdicionados tenham os pressupostos básicos inerentes a todos os seres humanos para poderem perseguir sua própria felicidade. Por isso, foi feita a busca pelo termo “busca da felicidade”. Porém, ao se pesquisar mais a fundo, percebeu-se que também há referências ao mesmo conjunto de regras pelo termo “direito a felicidade”. Apesar de ser inexato e pouco usado, há referências. Portanto, optou-se por proceder a uma segunda pesquisa e análise também por esse termo.

Para se proceder à análise proposta, o levantamento foi feito no site de busca de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)¹, cuja relevância para a definição do tema já restou estabelecida. Inicialmente, foram encontradas 6 respostas ao termo “direito à busca da felicidade” e outros 15 resultados ao termo “direito à felicidade”.

Sobre todos os processos encontrados, foram listadas as informações a respeito do tipo do processo, o número (para facilitar a recuperação dos dados, caso necessário), o tribunal (ou estado) de origem, o Ministro relator, o órgão de julgamento (se alguma das turmas ou o plenário), as datas de entrada do processo, da decisão, da publicação e do trânsito em julgado, se a menção do “direito à busca da felicidade” encontra-se no inteiro teor do acórdão, na ementa ou em ambos, o tipo de direito que está envolvido e a questão julgada em si.

A exploração no sítio do STF levou à coleta total de 7 julgados relevantes para o tema. A busca por “direito à felicidade” demonstra 15 resultados. Porém, 6 deles são os mesmos que respondem à pesquisa por “busca da felicidade”; os demais ou se referem a nomes de pessoas chamadas “felicidade” ou ao uso corriqueiro da palavra “felicidade”, sem qualquer referência ao tema aqui estudado.

Dos 7 processos analisados, apenas um menciona “direito à felicidade”. Os demais utilizam a expressão “direito à busca da felicidade”. E dois desses processos foram

¹ <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>

julgados conjuntamente, por tratarem do mesmo tema. Trata-se de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade e uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADI 4277 + ADFP 132), cujo resultado se tornou um *leading case* que pacificou o entendimento acerca da união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Quanto ao tipo de processo, dois são recursos extraordinários (um deles é o acórdão de um agravo regimental em um recurso extraordinário) e os cinco restantes são ações constitucionais. Ou seja, em regra, as decisões do STF que se fundamentam no “direito à busca da felicidade” são ações para garantia de direitos constitucionais de todos os cidadãos, não apenas de uma ação específica, mesmo que se trate de um tema com repercussão geral.

Quanto ao tribunal de origem, deve-se considerar, neste caso, o estado, pois as ações constitucionais são de instância inicial no STF. Assim, temos um caso de Santa Catarina (o recurso extraordinário), um caso de Minas Gerais (o agravo regimental), um caso do Rio de Janeiro e quatro casos do Distrito Federal. Demonstra-se, portanto, um protagonismo da capital federal quanto à distribuição desses casos.

Os Ministros relatores são todos homens, sendo três casos relatados pelo Ministro Luiz Fux (dois são os que foram julgados conjuntamente e o outro é o recurso extraordinário), dois pelo Ministro Roberto Barroso, um pelo Ministro Celso de Mello (o agravo regimental) e mais um pelo Ministro Ayres Britto. É interessante notar que os casos julgados em conjunto eram de relatoria inicial do Ministro Ayres Britto e passaram para o Ministro Luiz Fux com sua aposentadoria.

Dos 7 casos em análise, apenas um deles (o agravo regimental) foi julgado em turma, tendo sido apreciado pela segunda. Os demais foram todos apreciados pelo plenário, afinal, o recurso extraordinário teve a repercussão geral reconhecida. É extremamente relevante o achado, pois posiciona o “direito à busca da felicidade” entre um dos fundamentos reconhecidos pela corte em sua composição completa, não apenas pelos seus Ministros relatores. É em razão desse achado que se pode argumentar que o “direito à busca da felicidade” está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro pela via jurisprudencial.

Numa linha do tempo, é possível tirar alguns resultados a partir das datas fundamentais para os processos. Os processos se iniciaram entre 2005 e 2016 e as decisões em que consta o direito perscrutado estão nos anos de 2008, três decisões no ano de 2011 (contando as duas julgadas conjuntamente), uma no ano de 2015, uma em 2016 e uma em 2017. Ou seja, trata-se de um direito muito recentemente incorporado no direito

brasileiro. As datas do trânsito em julgado trazem esse marco temporal ainda mais próximo, já que os trânsitos ocorreram entre 2010 e 2016, duas delas estando ainda em fase de recurso.

Em 5 dos 7 casos a menção aparece tanto no inteiro teor do acórdão quanto na ementa e, em dois casos, aparece apenas no inteiro teor.

Quanto ao tipo de direito em questão, há quatro casos que versam sobre direito de família e três sobre direito administrativo. Um dos casos de direito de família envolve ainda direito previdenciário, visto que autoriza a concessão de pensão por morte nos casos de união homoafetiva. A análise da questão julgada em cada um dos casos é o que mais salta aos olhos. Os casos são apresentados conforme a data de julgamento.

4.1 CASO 1: ADC 3510

Avaliando-se pela data de entrada, o processo mais antigo, datado de 2005, de relatoria do Ministro Ayres Britto, julgado pelo plenário três anos após, em 29 de maio de 2008 (transitado em julgado em 2010), é a Ação Direta de Constitucionalidade 3510, do Distrito Federal, classificada como sendo de direito administrativo. Trata-se do único caso encontrado pela busca “direito à felicidade”. Neste caso, o Ministro relator utiliza o instituto estudado para garantir a possibilidade de pesquisa com células-tronco embrionárias. Ex verbis:

Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

Assim, é em razão do direito inalienável de todo cidadão a viver com dignidade e à felicidade que se autoriza a pesquisa com células-tronco, por serem essas inviáveis para a concepção. O Ministro entendeu que não haveria proteção à vida pela proteção de embriões inviáveis, mas, ao contrário, a pesquisa com esses é que promoveria a vida e a felicidade daqueles que precisam dos resultados dessa manipulação.

A ausência de um consenso sobre o marco que dá início à vida seja pela Filosofia, pela Religião, pela Ciência ou pela Bioética traz maior dificuldade à decisão jurisdicional sobre o tema (CARVALHO et. Al., 2021).

Como se verificou na fundamentação teórica, o direito à busca da felicidade está integrado no direito estrangeiro pelo menos desde 1789, a partir da Declaração de Direitos

estadunidense, tendo sido utilizado como fundamento em questões emblemáticas naquele país. No Brasil, porém, o direito começa a ser utilizado apenas em 2008, neste caso de controle concentrado de constitucionalidade para garantir a possibilidade de pesquisas científicas que tencionem promover a saúde dos jurisdicionados, como um dos pilares fundamentais da dignidade da pessoa humana.

4.2 CASOS 2/3: ADPF 132 + ADI 4277

Cronologicamente, o segundo caso a ser analisado é o que trata das questões de união entre casais homoafetivos. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 teve entrada em 27 de fevereiro de 2008, no Rio de Janeiro, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 teve entrada em 22 de setembro de 2009, no Distrito Federal. O plenário decidiu ambas conjuntamente em 13 de maio de 2011 (3 anos de andamento em um caso, 2 anos em outro) e o direito à busca da felicidade no caso fundamenta a proibição do preconceito em razão de orientação sexual. Até a época, havia várias ações na justiça para garantir o exercício de direitos civis aos cidadãos homossexuais. A partir desse julgamento histórico, houve uma pacificação no entendimento e esses cidadãos passaram a ter seus direitos respeitados. O trecho exato da menção aparece no item 2 da ementa, que é exatamente o mesmo texto apresentado no inteiro teor do acórdão:

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. Foi um marco nas ações brasileiras.

A menção do “direito à busca da felicidade” aparece em uma frase simples, sem qualquer relação sintática com as demais. A relação se dá pelo contexto. O cabeçalho do item dá a diretriz: proibição de discriminação e do preconceito em razão de gênero e orientação sexual. Em seguida, aparece o fundamento básico do “princípio da dignidade da pessoa humana” a garantir a preferencial sexual, com a menção do direito a auto-estima e o direito à busca da felicidade. Ou seja, o direito à busca da felicidade aparece como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana para garantir a proibição do preconceito, que aparece na sequência como um salto normativo. É notável essa menção e é possível entender a integração do direito à busca da felicidade no ordenamento jurídico brasileiro como um salto normativo, que de fato é.

4.3 CASO 4: RE 477554 AgR

Trata-se do acórdão referente ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 477554, de Minas Gerais, entrado no Tribunal em 06 de abril de 2006. O ministro Celso de Mello relatou o processo julgado na Segunda Turma em 16 de agosto de 2011, portanto, 5 anos e 4 meses depois. Conforme a indexação do próprio Tribunal, o caso envolve direito de família e direito previdenciário e o direito à busca da felicidade é o fundamento utilizado para garantir o estatuto de família às uniões homoafetivas, de modo a autorizar a concessão de pensão por morte.

Neste acórdão, o termo em estudo aparece 7 vezes, de modo que é imperativa a transcrição da ementa completa para uma análise mais fidedigna:

E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA

PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguala as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (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) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em conseqüência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - 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. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - Q

princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivção desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.

O direito à busca da felicidade aparece logo no início da ementa seguido de uma definição: “verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana”. É interessante como o Ministro lança logo de início as balizas do instituto, ao qual nomeia postulado: deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, é uma ideia-força e está implícito na Constituição. No trecho logo em seguida, aparece novamente: “alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e da suprema Corte Americana sobre o direito fundamental à busca da felicidade” e é tratado como um direito fundamental. A próxima menção está mais abaixo, no corpo do texto da ementa, listado dentre princípios essenciais da hermenêutica do STF. Em seguida, um trecho longo que elenca direitos coloca o direito à busca da felicidade como um postulado decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, novamente. Mais adiante, quase ao final, surge um item inteiro dedicado à relação entre o princípio e o postulado; dignidade e felicidade; aquele explícito, este implícito; ambos conjugados a garantir o exercício de direitos civis aos jurisdicionados, mesmo na ausência da letra da lei, por interpretação hermenêutica garantidora de direitos. E, mais uma vez é citado, agora como uma ideia-força, ausente na legislação brasileira, mas presente em precedentes do STF e positivada no direito comparado.

Trata-se de um julgado exemplar para a definição dos limites e da utilização do postulado.

4.4 CASO 5: ADPF 291

A Arguição de Preceito Fundamental 291, originária do Distrito Federal, deu entrada em 10 de setembro de 2013 e foi julgada no plenário do STF em 28 de outubro de 2015, dois anos após. Trata-se de uma ação classificada como de direito administrativo que garante a liberdade sexual na esfera militar, considerando inconstitucional o artigo 235 do Código Penal Militar. O direito à busca da felicidade aparece apenas no inteiro teor do acórdão, mas ali aparece por 5 vezes.

A primeira menção aparece no item 8 do relatório do voto, no resumo da inicial. E menciona textualmente:

Sustenta que punir o ato sexual viola a dignidade humana, uma vez que a saúde mental depende da possibilidade de alocar libido. O preceito questionado, portanto, atentaria contra a busca pela felicidade, o que é especialmente grave no contexto militar, no qual as pessoas costumam passar longos períodos isoladas. Argumenta que os militares não estão a todo o tempo exercendo suas funções, mesmo no ambiente militar. Nessas ocasiões (e.g., quando o militar está em seu quarto num quartel), não há razão para proibir o sexo, que é essencial à felicidade.

A inicial sustenta que o exercício do ato sexual é inerente à felicidade e que o Estado não poderia a ele se opor criando norma que o limite, por se tratar de ato, por um lado, íntimo e, por outro, relativo à dignidade da pessoa humana que não causaria mal algum à imagem da carreira militar por não ter relação com a atividade em si.

Aparece em seguida no item 57, já na análise do mérito, em trecho retirado da ADPF 132 já analisada acima, utilizada como argumento de autoridade a garantir a proibição da discriminação e a liberdade sexual.

A terceira menção aparece no voto do Ministro Edson Fachin, novamente citando o mesmo texto da ADPF 132.

O postulado é mencionado pela quarta vez, no voto do Ministro Celso de Mello, no seguinte trecho:

Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns.

A decisão a que se refere o Ministro aparece no parágrafo anterior e trata do objeto principal do acórdão, qual seja, a declaração da inconstitucionalidade do artigo 235 do

Código Penal Militar. A decisão retira um óbice à busca da felicidade por alguns cidadãos, os homossexuais, até então tratados de forma discriminatória. Apenas um parágrafo abaixo, o mesmo Ministro continua, mencionando o postulado pela quinta vez, numa lista apenas como enunciado dos princípios fundamentais invocados:

É por tal razão que o magistério da doutrina – apoiando-se em valiosa hermenêuticas emancipatória e construtiva e invocando 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) – tem revelado admirável percepção quanto ao significado de que se reveste o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, em ordem a permitir que se extraiam, em favor das pessoas em geral e de parceiros homossexuais em particular, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo do Direito Penal militar, considerada a natureza da cláusula de tipificação do “crime de pederastia” tal como este se acha definido no art. 235 do CPM.

As cinco citações do postulado do direito à busca da felicidade serviram, portanto, como fundamento essencial para afastar a discriminação de condutas sexuais, garantindo a inconstitucionalidade da previsão do crime de pederastia, previsto no artigo 235 do Código Penal Militar.

4.5 CASO 6: RE 898060/SC

O Recurso Extraordinário de Santa Catarina chegou ao STF em 01 de julho de 2015 e foi julgado pelo plenário do STF um ano depois, em 21 de setembro de 2016. De relatoria do Ministro Luiz Fux, ainda não há trânsito em julgado, estando conclusos ao relator no momento em que se procede a esta análise (2018). É um caso de direito de família em que o direito à busca da felicidade é citado tanto na ementa quanto no inteiro teor do acórdão para autorizar a pluriparentalidade, ou seja, a concomitância da paternidade biológica e socioafetiva em benefício da criança.

O caso teve reconhecida sua repercussão geral e a tese fixada é a seguinte: “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

A menção ao postulado aparece várias vezes no texto da ementa. Tendo em vista que o texto é longo, estão apresentados os recortes que nos parecem significativos para o entendimento do postulado no contexto mais amplo:

Ementa: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica.

Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes.

[...]

3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.

[...]

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

[...]

Como em casos anteriores, inicialmente o Direito à busca da felicidade aparece apenas citado como uma frase. A introdução no contexto aparece mais adiante, no item 3, em que é citado como um sobreprincípio, ao lado da dignidade da pessoa humana. É como se, neste julgado, o postulado fosse alçado à categoria do princípio da dignidade, de modo a garantir uma reformulação à definição constitucional de família. A explicação

segue para evidenciar que as regras legais preconcebidas não podem sobrepor-se às configurações mais modernas de família e o direito à busca da felicidade garante ao indivíduo, centro do ordenamento jurídico, a liberdade de escolha para persecução de suas vontades particulares. É uma mudança de visão que usa o direito à busca da felicidade (citado novamente) para proteger o cidadão de eventuais desmandos regulamentadores do Estado.

A última citação do postulado, novamente colocando dignidade humana e busca da felicidade lado a lado, garante ao descendente o vínculo jurídico duplo, tanto da paternidade biológica quanto da socioafetiva, já que objetiva-se garantir ao indivíduo a maior proteção possível.

4.6 CASO 7: ADC 41

Em 26 de janeiro de 2016, foi proposta a Ação Direta de Constitucionalidade 41, julgada em 8 de junho de 2017, pelo plenário do STF, com relatoria do Ministro Roberto Barroso. A ação está classificada como direito constitucional e direito administrativo e o postulado da busca da felicidade garante reserva de vagas para negros em concursos públicos e a legitimidade da auto declaração como critério para preenchimento das vagas.

O postulado está mencionado apenas no inteiro teor e não aparece na ementa. No acórdão de 186 páginas, o postulado é encontrado no voto do Ministro Celso de Mello várias vezes. São elas:

Outro aspecto que tenho por extremamente relevante consiste na afirmação, constante do douto voto proferido pelo eminente Ministro LUIZ FUX no julgamento do RE 898.060/SC, de que “Tanto a dignidade humana quanto o devido processo legal, e assim também o direito à busca da felicidade, encartam um mandamento comum: o de que indivíduos são senhores dos seus próprios destinos, condutas e modos de vida, sendo vedado a quem quer que seja, incluindo-se legisladores e governantes, pretender submetê-los aos seus próprios projetos em nome de coletivos, tradições ou projetos de qualquer sorte” (grifei).

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, que a busca da felicidade representa o fim natural da vida humana. O eudemonismo, nesse contexto, desempenha um papel de significativa importância, pois encerra a noção, já formulada no Século IV a.C., por ARISTÓTELES (“Ética a Nicômaco”, 1.12.8), para quem “A felicidade é um princípio; é para alcançá-la que realizamos todos os outros atos; ela é exatamente o gênio de nossas motivações”.

Tenho enfatizado, bem por isso, em anteriores decisões proferidas nesta Corte (RE 477.554-AgR/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), assistir a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força derivada do princípio que consagra a essencial dignidade da pessoa humana. [...]

Como precedentemente assinalado, 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. [...]

Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER (“A Declaração de Independência dos Estados Unidos”, p. 32/35, tradução de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), referindo-se à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América como típica manifestação do Iluminismo, qualificou o direito à busca da felicidade como prerrogativa fundamental inerente a todas as pessoas:

“Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica.” (grifei) [...]

Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – STA 223- -Agr/PE, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), reconheceu no princípio constitucional (implícito) da busca da felicidade um “importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais”, como anota o ilustre Advogado SAUL TOURINHO LEAL, em precioso trabalho (“O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal”).

Desnecessário referir a circunstância de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem reconhecido (e aplicado) esse princípio em alguns precedentes – como In Re Slaughter-House Cases (83 U.S. 36, 1872), Butchers’ Union Co. v. Crescent City Co. (111 U.S. 746, 1884), Yick Wo v. Hopkins (118 U.S. 356, 1886), Meyer v. Nebraska (262 U.S. 390, 1923), Pierce v. Society of Sisters (268 U.S. 510, 1925), Griswold v. Connecticut (381 U.S. 479, 1965), Loving v. Virginia (388 U.S. 1, 1967), Zablocki v. Redhail (434 U.S. 374, 1978), v.g. –, nos quais esse Alto Tribunal, ao apoiar os seus “rulings” no conceito de busca da felicidade (“pursuit of happiness”), imprimiu-lhe significativa expansão, para, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, estendê-lo a situações diversas envolvendo, entre outros valores essenciais, a proteção da intimidade e a garantia dos direitos de casar-se com pessoa de outra etnia, de ter a custódia dos filhos menores, de aprender línguas estrangeiras, de casar-se novamente, de exercer atividade empresarial e de utilizar anticoncepcionais.

Vale mencionar o fato de que a busca da felicidade foi também positivada, no plano normativo, nos textos da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (Preâmbulo em que se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na qual se contém o reconhecimento desse direito fundamental) e da Constituição do Reino do Butão de 2008 (Preâmbulo).

Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3o, IV), que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto ideia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, também autoriza, presente o contexto em exame, o acolhimento das razões que dão substância ao notável voto do eminente Relator.

Neste trecho, o Ministro cita decisões anteriores já analisadas aqui, adicionando que a busca da felicidade é o fim da vida humana. Reforça, em seguida, a condição de postulado constitucional implícito, já ressaltada também em outros momentos. De

maneira inédita nos julgados, o Ministro traz a lume os textos normativos de direito comparado que garantem de maneira explícita o direito à busca da felicidade. Ao final, pouco antes de terminar seu voto, o ministro ressalta que o postulado deve ser visto como uma ideia-força, como já havia dito em outro julgado anteriormente analisado.

Assim, neste caso, o direito à busca da felicidade é utilizado como fundamento do voto do Ministro Celso de Mello para garantir a constitucionalidade da Lei 12.990/14, que garante a reserva de vagas para negros em concursos públicos e a autodeclaração como critério de identificação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de não estar expresso ou positivado, o postulado do direito à busca da felicidade está plenamente integrado no ordenamento jurídico brasileiro como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. As decisões do Supremo Tribunal Federal são unânimes no sentido de que, a partir da expressa previsão do princípio no artigo primeiro da Constituição Federal, é possível afiançar aos cidadãos que usufruam direitos concretos a partir de uma interpretação garantidora de direitos.

É nessa perspectiva que são garantidos direitos principalmente na esfera do direito de família e do direito administrativo. Por um lado, o Tribunal garante direitos de liberdade sexual e de configuração de família, fornecendo dignidade a cidadãos antes considerados de segunda classe, pois não poderiam exercer seus direitos sexuais ou de parentalidade ou de subsistência (no caso das pensões previdenciárias) em razão de sua escolha sexual. O Tribunal afasta essa interpretação que pré-define regras para a configuração de família, por exemplo, para colocar o ser humano e sua felicidade como ponto central a ser garantido pelo estado.

Afasta-se a discriminação tanto sexual, quanto em relação a raça, quando são garantidas normas de ação afirmativa a negros candidatos a uma vaga em concurso público.

O princípio da dignidade da pessoa humana, após 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda bem apresentando novos contornos às regras no Brasil, visto que a utilização do postulado da felicidade iniciou-se apenas em 2008. Trata-se de um direito em constante atualização, que pode e apoiar a evolução da sociedade e dos seres humanos que a compõem em sua mais ampla diversidade.

REFERÊNCIAS

ALVES JUNIOR, Edson Camara de Drummond. A viabilidade do casamento homoafetivo no direito civil constitucional brasileiro: a busca real do direito à felicidade. Revista da Universidade Vale do Rio Verde, Três Corações, v. 11, n. 1, p. 03-09, jan./jul. 2013.

BARBOSA, Edgard Fernando. O princípio da dignidade humana como fundamento de decisão no âmbito do stf e sua conformação com os direitos das pessoas com deficiência. **Brazilian Journal of Development**. Curitiba, v. 7, n.1, p.6126-6144-jan. 2021. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/23268/18701>. Acesso em 18 out. 2021.

BRASIL. 2008. ADI 3510, AYRES BRITTO, STF. Disponível em: <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 07 abr. 2018.

BRASIL. 2011. RE 477554 AgR, CELSO MELLO, STF. Disponível em: <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 07 abr. 2018.

BRASIL. 2015. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291, ROBERTO BARROSO, STF. Disponível em: <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 07 abr. 2018.

BRASIL. 2016. RE 898060, LUIZ FUX, STF. Disponível em: <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 07 abr. 2018.

BRASIL. 2017. ADC 41, ROBERTO BARROSO, STF. Disponível em: <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta> Acesso em: 07 abr. 2018.

CARVALHO, Bruna Tolentino; SILVA, Gabriela Cunha; MOTA, Bianca Rodrigues da; BOMTEMPO, Camila Ferreira; OLIVEIRA, Matheus Assis dos Anjos Basto; VIOLANTE, Patrícia Mendes; AZEVEDO, Stella Monteiro; SILVA, Pedro Henrique de Souza Sandim. Pesquisa com células-tronco embrionárias: implicações bioéticas. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.7, n. 8, p. 84236-84244. Ago. 2021. Disponível em <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/35016/pdf>. Acesso em 18 out. 2021.

DIAS, Maria Berenice. Direito Fundamental à Felicidade. Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, v. 2, n. 4, p. 101-107, 2012. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1079. Acesso em: 20 out.2016.

DIAS, Maria Berenice. Direito Fundamental à Felicidade. Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, v. 2, n. 4, p. 101-107, 2012. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1079. Acesso em: 20 out.2016

ESTADOS UNIDOS. Declaration of independence: a transcription. National Archives, 1776b. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>. Acesso em: 18 mar. 2018.

HART, Herbert L. A. O conceito do direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HORBACH, Beatriz Bastide. Dworkin, o direito à felicidade e a depressão coletiva. VALE, André Rufino do. QUINTAS, Fábio Lima. Estudos sobre a jurisdição constitucional. São Paulo, Almedina, 2016.

HUNT, Lynn. A invenção dos direitos humanos: uma história. Tradução de Rosaura Eichenber. São Paulo, Companhia das Letras, 2007.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flavia. Temas de direitos humanos. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

LOPES, Máisa. O direito de família e a inclusão da busca da felicidade como valor jurídico. SOUZA, Carlos Eduardo Souza e (org). O direito privado contemporâneo e a família pós-moderna. Epub: revolução e-book, julho 2015, ISBN 978856933043.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. atual. 2. tir. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

VALE, André Rufino do. QUINTAS, Fábio Lima. São Paulo, Almedina, 2016. Vários autores. ISBN: 978-85-6493-181-1. Beatriz Bastide Horbach.

VITALE, Carla Maria Franco Lameira. Mediação de conflitos e a busca da felicidade no contexto dos direitos humanos. Belo Horizonte, Revista de Direitos Humanos e Efetividade, v. 1, n. 2, p. 181 – 196, Jul/Dez. 2015.