A CONSTRUÇÃO DA BUSCA DA FELICIDADE CONSTITUCIONAL: DA OMISSÃO DO LEGISLATIVO AO DECISIONISMO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

THE CONSTRUCTION OF CONSTITUTIONAL HAPPINESS: FROM THE OMISSION OF LEGISLATIVE TO THE DECISIONISM OF THE BRAZILIAN JUDICIARY

Edson Viera da Silva Filho*
Neymilson Carlos Jardim**

RESUMO: *A partir do constitucionalismo contemporâneo brasileiro surge o dever de o Estado desenvolver mecanismos para a realização ao direito fundamental da busca da felicidade dos cidadãos, sem contudo abrir espaço para a prática do decisionismo pelo Poder Judiciário. Esta pesquisa apresenta uma análise do papel do Poder Judiciário na construção da felicidade constitucional diante da omissão do legislativo brasileiro em positivar o princípio constitucional da busca da felicidade. A pesquisa é baseada no método dedutivo e terá uma abordagem qualitativa para análise da problemática, e será realizada por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se de bibliografias e pesquisa jurisprudencial sobre o tema. Como resultado, verificou-se que, mesmo sendo a felicidade uma das mais importante busca da humanidade, o legislador brasileiro optou em não explicitar o princípio fundamental constitucional da busca da felicidade, o que, por vezes, leva o Judiciário a posturas decisionistas. Conclui-se, portanto, que cabe à crítica hermenêutica proporcionar o melhor processo de interpretação para que se alcance este direito fugindo de respostas ativistas e arbitrárias, reconduzindo das decisões ao caminho de sua (re)adequação constitucional, limitando ao máximo o desvirtuamento de sentido originário do direito à busca da felicidade.*
Palavras-chave*: Felicidade constitucional. Judiciário. Discricionariedade.*

ABSTRACT: *From the contemporary Brazilian constitutionalism arises the duty of the state to develop mechanisms for the realization of the fundamental right to the pursuit of happiness of citizens, without however making room for the practice of decisionism by the judiciary. This research presents an analysis of the role of the judiciary in the construction of constitutional happiness due to the Brazilian legislature's omission to positify the constitutional principle of the search for happiness. The research is based on the deductive method and has a qualitative approach to problem analysis, and it was conducted through bibliographic research, using bibliographies and jurisprudential research on the subject. As a result, it was found that even*

* Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Pouso Alegre, MG, Brasil. https://orcid.org/0000-0002-3997-641X
** Pesquisador Autônomo, Varginha, MG, Brasil. https://orcid.org/0000-0002-0573-8210

though happiness is one of the most important pursuits of humanity, the Brazilian legislature chose not to positify the constitutional fundamental principle of the pursuit of happiness, which sometimes makes the judiciary lead to decisionistic postures. It is concluded, therefore, that it is up to hermeneutic criticism to provide the best interpretation process to achieve this right by avoiding activist and arbitrary responses, returning decisions to the path of their constitutional readjustment, limiting to the maximum the distortion of meaning originating from the right to the pursuit of happiness.
Keywords: *Constitutional happiness. Judiciary. Discretion.*

1 INTRODUÇÃO

Uma das maiores busca do ser humano – se não for a maior – é a felicidade. Certamente cada pessoa que se dispuser a falar do tema apresentará uma definição própria, pois a felicidade é algo próprio, individual e intransferível, devido a cada pessoa ser feliz do seu jeito, da sua forma e da sua maneira, e não obrigatória, cabendo a cada pessoa a livre decisão de ser ou não feliz, independente do lugar, do tempo, da companhia, ou da situação.

O que se chama de felicidade, no sentido mais restrito, provém da satisfação (de preferência, repentina) de necessidades represadas em alto grau, sendo, por sua natureza, possível apenas como uma manifestação episódica (FREUD, 1969, v. XXI).

Cabe descobrir, por nós mesmos, de que modo podemos ser felizes, ponderando sobre quanto de satisfação real podemos esperar do mundo exterior, de quanta força dispomos para alterar o mundo que nos cerca, a fim de adaptá-lo aos nossos desejos e também de adequar nossos desejos a ele, uma vez que tornarmo-nos pessoas felizes é um impositivo do princípio do prazer que trazemos desde a origem e, mesmo não sendo plenamente realizado, devemos (ou podemos) deixar de empreender esforços para nos aproximarmos ao máximo desse objetivo (FÉLIX, 2008).

A filosofia é uma atividade que busca proporcionar às pessoas uma vida feliz (COMTE-SPONVILLE, 2001). Desse modo, foi a filosofia que procurou estabelecer orientações para que o homem procurasse a felicidade. Demócrito de Abdera[1], por exemplo, julgava que a felicidade era "a medida do prazer e a proporção da vida" e, para atingi-la, o homem precisava deixar de lado as ilusões e os desejos e alcançar a serenidade (OLIVIERI, 2019).

A ideia de felicidade não é algo recente, pois ela acompanha o ser humano há muito tempo e faz parte de sua história. A referência filosófica mais antiga a que se refere o tema é um fragmento de um texto de Tales de Mileto, que viveu entre as últimas décadas do século 7 a.C. e a primeira metade do século 6 a.C., no qual afirma que é feliz "quem tem corpo são e

[1] Filósofo grego que viveu aproximadamente entre 460 a.C./370 a.C. (HARVEY, 1987).

forte, boa sorte e alma bem formada" (MOURÃO, 2018). Ou seja, na visão dos gregos mais antigos, a felicidade dependia apenas de corpo saudável, sorte e alma completa.

Em grego, felicidade se diz *eudaimonia*, palavra que é composta do prefixo "eu", que significa "bom", e de *daimon*, "demônio", que, para os gregos, é uma espécie de semideus ou de gênio, que acompanhava os seres humanos. Ser feliz era dispor de um "bom demônio", o que estava relacionado à sorte de cada um. Quem tivesse um "mau demônio" era fatalmente infeliz (OLIVIERI, 2019).

Sócrates (469 a.C./399 a.C.) deu novo rumo à compreensão da ideia de felicidade, postulando que ela não se relacionava apenas à satisfação dos desejos e necessidades do corpo, pois, para ele, o homem não era só o corpo, mas, principalmente, a alma; assim, a felicidade era o bem da alma que só podia ser atingida por meio de uma conduta virtuosa e justa (OLIVIERI, 2019).

Entre os discípulos de Sócrates, Platão (427 a.C./347 a. C) considerava que todas as coisas tinham sua função, assim como a função do olho é ver e a do ouvido, ouvir, a função da alma é ser virtuosa e justa, de modo que, exercendo a virtude e a justiça, ela obtém a felicidade (OLIVIERI, 2019). Já Antístenes (445 a.C./365 a.C.), que acrescentou um toque pessoal à ideia de felicidade de seu mestre, considerando que o homem feliz é o homem autossuficiente, e que a ideia de autossuficiência (que, em grego, se diz "autarquia") continuará diretamente vinculada à de felicidade nos setecentos anos seguintes (OLIVIERI, 2019).

No mesmo sentido é a felicidade, a qual Aristóteles acreditava ser algo absoluto e autossuficiente, bem como a finalidade da ação, pois é procurada sempre por si mesma e nunca com vistas em outra coisa, ao passo que a honra, o prazer, a razão e todas as virtudes os homens, de fato, as escolhem por si mesmos (pois, ainda que nada resultasse daí, continuaríamos a escolher cada um deles); mas também os escolhemos no interesse da felicidade, pensando que a posse deles nos tornará felizes. A felicidade, todavia, ninguém a escolhe, tendo em vista algum destes, nem, em geral, qualquer coisa que não seja ela própria (ARISTÓTELES, 1991, v. II).

Nietzsche (2003), criticando parte do pensamento histórico de sua época, sobre o tema, afirma que, se uma felicidade, um anseio por uma nova felicidade é, em certo sentido, o que mantém o vivente preso à vida e continua impelindo-o para ela, então talvez nenhum filósofo tenha mais razão do que o cínico: pois a felicidade do animal, como a do cínico perfeito, é a prova viva da razão do cinismo, em que a mínima felicidade, contanto que seja ininterrupta e faça feliz, é incomparavelmente maior do que a maior felicidade que só venha episodicamente, como capricho, como

um incidente desvairado, entre puro desprazer, desejo e privação e nos ensina:

> No entanto, em meio à menor como em meio à maior felicidade é sempre uma coisa que torna a felicidade o que ela é: o poder-esquecer ou, dito de maneira mais erudita, a faculdade de sentir a historicamente durante a sua duração. Quem pode se instalar no limiar do instante, esquecendo todo passado, quem não consegue firmar pé em um ponto como uma divindade da vitória sem vertigem e sem medo, nunca saberá o que é felicidade, e ainda pior: nunca fará algo que torne os outros felizes.

Para Blaise Pascal (2003), os homens – desde a infância – se encarregam do cuidado de sua honra, do seu bem, e ainda do bem e da honra dos seus amigos; e se atormentam com negócios, com a aprendizagem das línguas e das ciências, fazendo-nos entender que não poderiam ser felizes sem a sua saúde, a sua honra, a sua fortuna e a dos seus amigos estarem em bom estado, e que uma só coisa que falte os tornaria infelizes. E afirma:

> Eis, direis, uma estranha maneira de torná-los felizes; que se poderia fazer de melhor para torná-los infelizes? Como! que se poderia fazer? Bastaria tirar-lhes todas as suas preocupações: e, então, eles se veriam, pensariam no que são, de onde vêm, para onde vão; e, assim, não se pode ocupá-los e desviá-los tanto; e eis porque, depois de lhes terem preparado tantos negócios, se eles têm algum tempo de folga, aconselham-nos a empregá-lo exclusivamente em diversões, passatempos e ocupações.

Pascal salienta que o problema do homem é tentar buscar a felicidade em lugares em que não se pode encontrá-la, pois "a causa única da infelicidade do homem é que ele não sabe ficar quieto em seu quarto". E ensina:

> 425. Second part: All men seek happiness. This is without exception. Whatever different means they

> employ, they all tend to this end. The cause of some going to war, and of others avoiding it, is the same desire in both, attended with different views. The will never takes the least step but to this object. This is the motive of every action of every man, even of those who hang themselves (PASCAL, 2016)[2].

Pierre Bourdieu (2001, p. 183) afirma que são perfeitamente explicáveis os paradoxos da distribuição da felicidade, cujo princípio *La Fontaine* formulou na fábula do sapateiro e do financista: medindo-se grosseiramente o desejo de realização pelas chances de implementá-lo, o grau de satisfação íntima ao alcance dos diferentes agentes depende muito menos do que se poderia acreditar de seu poder efetivo como capacidade abstrata e universal de satisfazer necessidades e desejos abstratamente definidos por um agente qualquer; depende muito mais do grau, em que modo de funcionamento do mundo social ou do campo no qual estão inseridos favorece o desabrochar de seu *habitus*.

Para Freud (2004), a aspiração à felicidade deve ser entendida de acordo com a meta almejada, uma vez que possui dois lados: uma meta positiva e uma negativa: por uma parte, querem a ausência de dor e de desprazer; por outra, vivenciar intensos sentimentos de prazer, e nos ensina:

> O que em sentido estrito se chama 'felicidade' corresponde à satisfação mais repentina de necessidades retidas com alto grau de êxtase e, por sua própria natureza, somente é possível como um fenômeno episódico, curto, porque se uma situação desejada pelo princípio de prazer, perdura, em nenhum caso obtém-se mais que um sentimento ligeiro de bem-estar. Estamos organizados de tal modo que somente podemos gozar com intensidade e contraste e muito pouco de um estado. A nossa constituição, então, limita nossas possibilidades de felicidade (FREUD, 2004, p. 76).

[2] Todos os homens buscam a felicidade. Isto é sem exceção. Seja qual for o meio diferente que empreguem, todos eles tendem a esse fim. A causa de alguns irem à guerra e de outros evitá-los é o mesmo desejo em ambos, com diferentes visões. A vontade nunca dá o menor passo, mas para este objeto. Este é o motivo de toda ação de todo homem, mesmo daqueles que se enforcam. (tradução realizada pelo autor)

Atualmente, o advento da busca da felicidade, na concepção de Baumann (2009), é o principal motor do pensamento e da ação humana que prenuncia para alguns, embora também ameace para outros, uma verdadeira revolução cultural, mas também social e econômica:

> *Culturalmente,* ele pressagia, sinaliza ou acompanha a passagem da rotina perpétua à inovação constante, da reprodução e retenção daquilo "que sempre foi" ou "que sempre se teve" para a criação e/ou apropriação daquilo "que nunca foi" ou "nunca se teve"; de "empurrar" para "puxar", da necessidade para o desejo, da causa para o propósito. *Socialmente,* coincide com a passagem da regra da tradição para a "fusão dos sólidos e a profanação do sagrado". *Economicamente,* desencadeia a mudança da satisfação de necessidades para a produção dos desejos (BAUMANN, 2009, p. 50).

Na pista que leva à felicidade, não existe linha de chegada, pois os pretensos meios se transformam em fins: o único consolo disponível em relação ao caráter esquivo do sonhado e ambicionado "estado de felicidade" é permanecer no curso; enquanto se está na corrida, sem cair exausto nem receber um cartão vermelho, a esperança de uma vitória futura se mantém viva (BAUMANN, 2009, p. 52).

De uma forma ou de outra, a felicidade é almejada por todos, entretanto não há possibilidade de ser regulada pelo direito, pois não há como o Estado impor à sociedade um determinado modelo de felicidade, porém a sua busca não pode ser negada pelo Estado, que passa pela existência digna das pessoas, e isso sim pode ser razoavelmente delimitado constitucionalmente.

A dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco do ser humano, com relação direta ao pleno exercício dos direitos fundamentais. Nesse contexto, verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que, mesmo nas ordens normativas em que a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas com base nesse dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informado de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (SARLET, 2011, p. 101).

Para Habermas (2012, p. 14), a dignidade humana já estava inscrita nos direitos humanos desde o início, entretanto somente puderam trazer seu conceito jurídico tardiamente com as condições históricas modificadas:

> À luz dos desafios históricos, em cada momento são atualizadas "outras" dimensões do sentido do sentido da dignidade humana. Essas características da dignidade humana, especificadas em cada ocasião, podem levar tanto a uma "maior" exploração do conteúdo normativo dos direitos fundamentais assegurados, como ao descobrimento e à construção de "novos" direitos fundamentais. Com isso a intuição implícita no pano de fundo penetra de início a consciência dos atingidos e depois os textos do direito, para então ser conceitualmente articulada.

Sabe-se que a dignidade da pessoa humana não se confunde com a felicidade, mas é condição indispensável para que ela seja alcançada; se a felicidade é fim, a dignidade é meio. A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, pois foi concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (SILVA, J., 2009, p. 105).

Desse modo, uma vez que a busca pela felicidade é essencial para a vida das pessoas e, mesmo que não esteja explicitamente na Constituição Federal do Brasil, é dever do Estado garantir a sua possibilidade para a concretização dos direitos e garantias fundamentais, por meio dos princípios constitucionais, assegurado a todas as pessoas.

Neste contexto, na atual ordem constitucional vigente no Brasil, o Estado deve desenvolver mecanismo para a realização do direito fundamental à busca da felicidade dos cidadãos, sem, contudo, abrir espaço para a prática do decisionismo e as arbitrariedades interpretativas[3] pelo Poder Judiciário.

Esse é o ponto central do artigo, cujo objetivo é analisar se diante da omissão do legislativo brasileiro em positivar o princípio constitucional da busca à felicidade, qual o papel do poder judiciário na construção da felicidade constitucional, pois atualmente é inegável a conexão entre felicidade e direito na jurisdição constitucional brasileira.

Assim, pretende-se fazer uma crítica, onde quão vago o termo felicidade e consequentemente quão amplo é ao espectro de demanda em sua busca, em que a amplitude de tais demandas escapa ao poder de síntese da vontade geral do legislativo e abre espaço para o decisionismo judiciário.

[3] Para Streck (2014b, p. 402-422), o decisionismo e arbitrariedades interpretativas é a subjetividade criadora de sentidos, onde cada um interpreta como (melhor) lhe convém.

Em dias atuais, é indiscutível o agigantamento do Judiciário brasileiro ante a descrença da população em relação aos demais poderes da República. O Poder Judiciário assume o papel de "instância de resgate dos ideais de Justiça, na medida em que o juiz se torna terceiro imparcial que compensa o *deficit* democrático da atuação ineficiente dos poderes políticos (Legislativo e Executivo)" (CARVALHO FILHO, 2014, p. 162).

Diante disso, a interpretação desse direito à busca da felicidade dada pelo Poder Judiciário surge como um dos meios principais de aplicabilidade dos direitos fundamentais, possibilitando sua concretude fática. Lado outro, importa questionar os fundamentos e a construção hermenêutica utilizados pelo judiciário acerca do direito à busca da felicidade, ou seja, quais as condições pelas quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo, para que não ocorra o enfraquecimento da força normativa da Constituição.

Sendo assim, demonstrados alguns aspectos fundamentais acerca da felicidade e a problemática da pesquisa, é possível ingressar na construção histórica do direito à busca da felicidade nos sistemas jurídicos, o que será objeto do próximo tópico.

2 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE NOS SISTEMAS JURÍDICOS

A construção histórica do direito à busca da felicidade se iniciou nos Estado Unidos da América. Envolvidos com as ideias do Iluminismo,[4] 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, pois, 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 (LEAL, 2017).

Sendo assim, o Congresso Continental das colônias britânicas, na América do Norte, aprovou a declaração de independência dos Estados Unidos no Salão da Independência, na Filadélfia, em 4 de julho de 1776. O documento proclamou que todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferidos pelo seu Criador certos Direitos inalienáveis, entre os quais se

[4] "O Iluminismo é um dos temas mais importantes na História das ideias, influenciando toda a estrutura mental do Ocidente contemporâneo. Como conceito, foi criado pelo filósofo alemão Imannuel Kant, em 1784, para definir a filosofia dominante na Europa ocidental no século XVIII. A palavra Iluminismo vem de *Esclarecimento* (*Aufklärung,* no original alemão), usada para designar a condição para que o *homem*, a humanidade, fosse autônomo. Isso só seria possível, afirmava o Iluminismo, se cada indivíduo pensasse por si próprio, utilizando a razão. O Iluminismo abarcou tanto a Filosofia quanto as ciências sociais e naturais, bem como a educação e a tecnologia, desde a França até a Itália, a Escócia e mesmo a Polônia e a América do Norte" (SILVA, K., 2009, p. 210).

contam a *vida*, a *liberdade* e a busca da *felicidade* (ENCYCLOPÆDIA..., 2018).

No mesmo ano, a Convenção Constitucional do Estado da Virgínia adotava a expressão *a busca da felicidade* na Declaração dos Direitos da Virgínia, em 12 de junho de 1776, na Seção I:

> Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança (BIBLIOTECA..., 1776).

Segundo David Armitage (2011, p. 331-332), a Constituição dos Estados Unidos não trouxe, em seu texto, qualquer menção à felicidade, porém os estados-membros inseriram, em suas Constituições[5], direitos além de outros direitos, a busca da felicidade, devido à influência sofrida pela Declaração de Independência dos Estados Unidos.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos deixou de ser um símbolo e começou a inspirar o mundo, que passou a tê-la como referência, quando da elaboração da suas declarações de independência em que se buscam, dentre outros objetivos, a felicidade do povo, citando como exemplos: a Declaração de Independência do povo haitiano, de 1º de janeiro de 1804; a Declaração Venezuelana de Independência, de 5 de julho de 1811; a Declaração de Independência do Povo da Nação Liberiana, de 16 de julho de 1847; e a Declaração de Independência da República Democrática do Vietnã, de 2 de setembro de 1945 (LEAL, 2017p. 138).

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) também contempla que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral (BIBLIOTECA..., 1789):

> Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos

[5] Pensilvânia (1776), Vermont (1777), Massachussets (1780), New Hampshire (1784), Geórgia (1777), Carolina do Norte (1776), Nova Jersey (1776), Nova York (1777), Texas (1836) e Ohio (1864) (ARMITAGE, p. 331-332).

> direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Desse modo, a felicidade consta da temática constitucional desde a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), até chegar às Constituições do Japão (1947), da Coréia (1948), da República Francesa (1958) e do Butão (2008) (BIBLIOTECA..., 1789).

A Organização das Nações Unidas, na 109ª reunião plenária, aprovou, em 13 de julho de 2011, a Resolução nº 65/309 (ORGANIZAÇÃO..., 2011), que dispõe sobre a *felicidade*: em busca de uma abordagem holística:

> 1. Convida os Estados Membros a perseguir a elaboração de medidas adicionais que melhor capturem a importância da busca da felicidade e do bem estar em desenvolvimento, com uma visão para guiar suas políticas públicas;
> 2. Convida os Estados Membros que tomaram iniciativas para desenvolver novos indicadores e outras iniciativas a compartilhar informações com o Secretário Geral, com uma contribuição para a agenda de desenvolvimento das Nações Unidas, incluindo os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio;
> 3. Acolhe a oferta do Butão de convocar durante a sexagésima-sexta sessão da Assembleia Geral um painel de discussão sobre o tema da felicidade e bem estar;
> 4. Convida o Secretário Geral a buscar as visões dos Estados Membros e de organizações regionais e internacionais relevantes sobre a busca pela

> felicidade e bem estar e a comunicar tais visões para a Assembleia Geral em sua sexagésima-sétima sessão para considerações adicionais.

Em 28 de junho de 2012, na 118ª reunião plenária, na cidade do Rio de Janeiro, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas proclamou o dia 20 de março como Dia Internacional da Felicidade, por meio da Resolução nº 66/281 (ORGANIZAÇÃO..., 2012), por considerar a busca da felicidade como um objetivo humano fundamental.

No Brasil, a exemplo dos ideais revolucionários que culminaram na Independência do Estados Unidos e na Revolução Francesa, constata-se, ainda, que tais pensamentos serviram de referência para o seu processo de independência, haja vista a disseminação das convicções libertárias que resultavam na aspiração à felicidade dessas nações (SANTOS, 2015).

A respeito dessas influências das revoluções norte-americana e francesa, devido aos marcos comuns nos processos políticos voltados para a exortação da felicidade como digna de amparo político e jurídico, Leal (2017) nos ensina:

> 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.

Em 24 de dezembro de 1821, a junta provisória lançou um manifestou endereçado a D. Pedro, em razão da determinação de seu pai, D. João VI, de que o principie regente retornasse a Portugal, por redação de José Bonifácio, dizia entre outras coisas, que "estão todos prontos a verter a último pingo de seu sangue, a sacrificar todos os seus haveres para não perderem um príncipe idolatrado, em que tem posto todas as esperanças bem fundadas da sua felicidade e da sua honra nacional" (LEAL, 2017, p. 155).

Em 9 de janeiro de 1822, quando o príncipe resolveu permanecer no Brasil, desobedecendo às ordens de Lisboa, e aceitando a solicitação da Câmara do Rio de Janeiro, a frase que se ouviu dele foi: "Se é para o bem de todos e felicidade geral da nação..., diga ao povo que fico! " (LEAL, 2017, p. 155).

As exortações à felicidade persistiram ao longo de todo ano de 1822, onde, em 21 de maio, noticiando ao pai a convocação das Cortes brasileiras, o príncipe afirmou: "Sem Cortes, O Brasil não pode ser feliz, e um príncipe deve trabalhar mais do que ninguém pela felicidade da pátria, porque os príncipes são os que 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" (LEAL, 2017, p. 156).

Na primeira semana de agosto de 1822, D. Pedro lançou um manifestou aos brasileiros, redigidos por Gonçalves Ledo, em que afirmava: " Habitantes deste vasto e poderoso Império está dando o grande passo para a vossa Independência e felicidade [...] já sóis um povo soberano" (LEAL, 2017, p. 156).

Tem-se, assim, que o constitucionalismo brasileiro se originou do escopo de felicidade, no qual se busca hodiernamente propiciar um resgatar do constitucionalismo moderno erigido no processo de independência.

Nesse contexto histórico – em que pese a felicidade ter deixado de ser considerada como um direito natural, visto que que já se encontrava positivada em vários ordenamentos jurídicos, inclusive na América –, nenhuma das Constituições brasileiras contemplou expressamente o direito à felicidade, seja ela dentre os princípios fundamentais, seja como direitos e garantias fundamentais.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) ter elevado os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, em suas várias dimensões, não foi diferente das demais constituições brasileiras, uma vez que foi omissa ao não contemplar explicitamente o direito à busca da felicidade.

Às claras que o enlaçamento de vidas decorre da busca pela felicidade, sendo que, mesmo que não esteja consagrado explicitamente na Constituição, ninguém duvida de que é um direito fundamental e decorre do dever do Estado de promover o bem de todos, e assegurar o direito à liberdade e à igualdade e de garantir o respeito à dignidade de cada um (DIAS, 2012).

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade) (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, p. 2005).

Para Luiz Alberto David Araújo (2000, p. 74), não se concebe a ideia de que o Estado moderno deva buscar um caminho diferente daquele que pressupõe a felicidade de seus componentes, pois o homem se organiza para obter felicidade; assim, submete-se ao regramento do Estado, aceita

suas regras, paga os impostos, limita-se, sabendo, no entanto, que os fins dessa associação só podem levar à busca da felicidade.

Desse modo, a aplicação do Direito, na prática, não pode ficar restrita ao positivo, pois, segundo a teoria estruturante de Müller, a referida aplicação não deve ficar restrita à "norma e fato", pois se deve considerar que toda estrutura que envolve a normatividade jurídica, o que afasta o entendimento de que a lei é "os caracteres sobre o papel dos textos legais", devido a ser uma ação jurídica complexa (ARAÚJO, 2000, p. 12).

Sobre esse tema, Friedrich Müller (*apud* ARAÚJO, 2000, p. 74) conclui:

> Como ciência social normativa, a ciência jurídica deve, para além de toda e qualquer mediação meramente linguística e conceitual, incluir com a maior abrangência possível os teores materiais envolvidos a serviço da implementação prática, da objetividade normativamente fundamentada e da validade universal plausível no âmbito do ordenamento jurídico positivo. [...] A racionalização da aplicação do direito visa portanto, não em último lugar, a inserção metodicamente controlada dos teores materiais envolvidos na concretização de prescrições jurídicas.

Ao falar sobre Hans-George Gadamer e Santo Tomás de Aquino, Musetti (1999) afirma que ao jurista é imprescindível, muito mais que aplicar a lei ao caso concreto, saber interpretá-la de modo a alcançar o justo. Essa interpretação deve considerar, essencialmente, a causa do homem – visto como ser humano que vive em sociedade, que aspira ao *bem comum*; assim, a lei deve existir para servir ao homem e não o homem à lei.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 estabelece não só os direitos sociais (arts. 6º e 7º em especial), mas, também, as linhas gerais (políticas públicas), nas quais os administradores devem se pautar para garantir o efetivo exercício de tais direitos (as normas constitucionais da ordem social), e assim, nesse contexto constitucional, que implica também a renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização, e sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer (FRISCHEISEN, 2000, p. 58-59).

Para Marmelstein (2008, p. 283), a força da norma que se refere aos direitos fundamentais provoca profunda mudança na aplicação do Direito, e cita como exemplo: a aceitação da possibilidade de concretização judicial

de direitos fundamentais, independentemente de integração normativa formal por parte do Poder Legislativo, como consequência do aumento da força normativa da Constituição, da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais e do reconhecimento da importância do Judiciário na função de guardião dos valores constitucionais; e o redimensionamento da fonte de direitos subjetivos das leis para os direitos fundamentais ("não são os direitos fundamentais que devem girar em torno das leis, mas as leis que devem girar em torno dos direitos fundamentais"), já que o conteúdo das normas constitucionais não pode ficar restrito à vontade parlamentar, e toda a interpretação legal deverá se guiar pelos mandamentos traçados na Constituição.

Desse modo, o princípio da busca da felicidade, por possuir características próprias, deve ser integrado ao constitucionalismo brasileiro, com todo rigor necessário para não ocorrer exageros e mau uso pelos pronunciamentos judiciais, pois a concretização de direitos fundamentais, pela via judicial, não pode ser "contaminada" por atitudes relacionadas à discricionariedade das decisões judiciais, representada pela prática "eivada de solipsismo", pois, para Streck (2014b, p. 524), o sujeito da modernidade sempre se apresentou consciente-de-si-e-de-sua-certeza-pensante.

3 DO PROTAGONISMO AO DECISIONISMO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA CONSTRUÇÃO DA FELICIDADE CONSTITUCIONAL

No Brasil, o reconhecimento do direito à busca da felicidade é alvo de inúmeras discussões judiciais, devido à Constituição Federal de 1988 não o ter positivado, o que gera grande controvérsia na aplicabilidade do instituto pelo Judiciário brasileiro. Lado outro, a Constituição brasileira "trouxe um subsistema constitucional da felicidade baseado na proteção do bem-estar em vários campos da vida coletiva" (LEAL, 2017, p. 153).

No Direito brasileiro, a busca da felicidade originou o princípio fundamental do direito à busca da felicidade. Desse modo, sob a égide da atual Constituição, se fez necessário o protagonismo do Judiciário, para dar satisfação às demandas surgidas, em virtude da omissão constitucional, pois, mesmo tratando de uma Constituição compromissória, aqui em terras tupiniquins, o legislador optou em não explicitar o direito à busca da felicidade.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) teceu linhas fundamentais a respeito do direito à busca da felicidade, por ocasião do julgamento da ADI nº 3.300/MC/DF, DJ de 9/2/2006 (BRASIL, STF, 2019), em que o ministro Celso de Mello, a desgosto de não decidir o mérito da questão, por razões de ordem estritamente formal, acenou no

sentido da pertinência ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas".

> [...] o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia 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 do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto da proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais (grifo do autor? grifo nosso?).

Nesse sentido, o STF, na voz do ministro Celso de Mello, enxerga o princípio da busca da felicidade (*The Pursuit of Happyness)* como consectário "do princípio da dignidade da pessoa humana". Isso, porque a Constituição Federal não o trouxe de modo explícito, contudo dispôs sobre sua fonte primeira, o princípio da dignidade da pessoa humana, alçado, pelo inciso III do art. 1º, como um dos fundamentos da República, ou seja, o STF tem posições fundamentadas no princípio da busca da felicidade (*The pursuit of happyness)*, mormente quando o tema cuida de direitos fundamentais (LEAL, 2019).

Assim, a busca da felicidade tem relevantes consequências no plano concreto do Direito, pois é invocada como preceitos de direitos fundamentais, e sua compreensão adequada é realizada com base nos horizontes de cada indivíduo.

Tem-se, assim, que o reconhecimento da busca da felicidade e a relação com o Direito na jurisdição constitucional brasileira, apoiada na hermenêutica construtiva retratado em outros julgados, como exemplo pelo plenário do STF , que reconheceu o direito à busca da felicidade no Recurso Extraordinário nº 898.060/SC (BRASIL, STF, 2019d), julgado, em 21 de setembro de 2016, que analisou o conflito entre paternidades socioafetiva e biológica, tendo como relator o ministro Luiz Flux, que assim fundamentou:

> 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. 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.

Vê-se, portanto, que há necessidade de o Judiciário viabilizar o exercício do direito à busca da felicidade, tornando efetivo esse direito, mesmo diante da omissão do Legislativo em explicitar o princípio fundamental do direito à busca da felicidade, reconhecimento em diversas constituições de outros países.

Desse modo, no julgamento pelo STF, em plenário, da ADPF nº 291, em 28/10/2015 (BRASIL, 2019c), que analisou a recepção constitucional as expressões "pederastia ou outro" e "homossexual ou não", contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no *caput* do art. 235 do Código Penal Militar, o ministro Roberto Barroso sustentou:

> 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.
> 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.

Em outra ocasião, o STF já invocou a busca da felicidade para fundamentar o reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo, inclusive, como direito fundamental, por exemplo, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE 477554 AgR/MG), em que o ministro Celso de Mello sustentou:

> Reconheço que *o direito à busca da felicidade que* se mostra gravemente comprometido, quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais – 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 1776 (BRASIL, 2019e).

Sobre o mesmo tema, discriminação das pessoas em razão do sexo, o STF, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132/RJ), referente à união civil entre pessoas do mesmo sexo, por intermédio de seus ministros, invocou o princípio da busca da felicidade – que deriva do princípio da dignidade humana. Dentre os ministros, Ricardo Lewandowski sustentou:

> Com efeito, a ninguém é dado ignorar – ouso dizer – que estão surgindo, entre nós e em diversos países do mundo, ao lado da tradicional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente, para os fins de

> procriação, outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes (BRASIL, 2019b).

Sendo assim, só pode ser considerado feliz quem é tratado com igualdade e dignidade, isso não basta para a felicidade, mas é condição da qual não se pode abrir mão, pois só pode ser feliz quem é livre, e desumanizar e objetificar tiram a condição de pessoa e, consequentemente, impedem (ou dificultam) a busca da felicidade, uma vez que, se não sou reconhecido como igual e livre, não sou indivíduo e não tenho como buscar minha felicidade.

A utilização do direito à busca da felicidade não se limita ao STF, na medida em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também o tem invocado. Em pesquisa jurisprudencial, constatou-se o primeiro julgado, em 4 de fevereiro de 2010, no Recurso Especial nº 1.026.981 - RJ (2008/0025171-7) (BRASIL, STJ, 2019), tendo como relatora a ministra Nanci Andrighi que, ao analisar a possibilidade de procedência de pedido de pensão *post mortem,* deduzido em face de entidade fechada de previdência privada complementar, com base em existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, afirmou:

> Sob essa ótica, a proteção do Estado ao ser humano deve ser conferida com os olhos fixos na vedação a condutas preconceituosas, discriminatórias e estigmatizantes, forte nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade **e da busca da felicidade**.
> Significa dizer: a ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou, ainda, calcadas em raciocínios preconceituosos, evitando, assim, que seja negado **o direito à felicidade da pessoa humana**.
> Dessa forma, o emprego da analogia para suprir a lacuna normativa, com vistas a inserir as relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhado da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da

> igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade **e da busca da felicidade**, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

Nessa dimensão, conforme demonstrado, os acórdãos citados constituem apenas uma pequena amostra da invocação pelo Poder Judiciário do princípio da busca da felicidade, para dar suporte às decisões judiciais, que, mesmo não sendo previsto explicitamente na Constituição Federal, é amplamente utilizado nas fundamentações, principalmente para a preservação dos direitos humanos e efetivação do Estado Democrático de Direito.

Contudo, Lênio Streck (2012) chama a atenção para o fenômeno que tomou conta da operacionalidade do Direito: trata-se do panprincipiologismo em *terrae brasilis*, o qual ele denominou ser uma "verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade. Sobre esse fenômeno, Streck ensina:

> Em linhas gerais, o pamprincipiologismo é um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição Brasileira de 1988. Esse pamprincipiologismo faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio, da própria legalidade constitucional (STRECK, 2014b, p. 50).

Considerando a relação entre a função jurisdicional do Estado e a noção de discricionariedade – no importante papel desempenhado pelo Poder Judiciário na sua função constitucional –, Lenio Streck (2014b, p. 48-49) ensina que esse é um ponto absolutamente fundamental: não há nenhuma novidade em afirmar que, no momento da decisão, o julgador possui um discricionário "espaço de manobra"; ou, ainda, que "já não estamos mais sob a égide do juiz boca da lei"; [...], portanto, é preciso estar alerta para certas posturas típicas do pós-positivismo à brasileira, que pretende colocar um rótulo de novo em questões velhas, já bastante

desgastadas nessa quadra da história, quando vivenciamos um tempo de constitucionalismo democrático.

Esclarece Streck (2014, p. 402-422) acerca da sua compreensão do significado do termo "discricionariedade", para além da noção consolidada por Dworkin nas críticas ao positivismo hartiano:

> Com efeito, não desconheço a hipótese teórica delineada por Castanheira Neves desde o seu clássico Questão de Facto – Questão de Direito, ou o problema metodológico da juridicidade, quando, em tópico específico acerca da discricionariedade, [...], radica a posição pela qual o arbítrio não se insere no plano da decisão discricionária, muito embora, todos sabemos, o discrímen tenha sido durante longos anos apelo rudimentar de repúdio contra atos contrários ao direito. Entretanto, no que pareceria ser uma contradição aos termos propostos em meus trabalhos – nos quais deixo claro ser a decisão discricionária espécie de embuste ou tergiversação sofisticada para o acolhimento de sentenças e acórdãos absolutamente divorciados do filtro constitucional da resposta correta (ou, pois, constitucionalmente adequada), isto é, discricionariedade especialmente utilizada nos dias atuais em favor de um positivismo "revitalizado". [...].
> "**A discricionariedade que combato [...] é aquela decorrente do esquema sujeito-objeto, da consciência de si do pensamento pensante, enfim, da subjetividade assujeitadora de um sujeito que se considera "proprietário dos sentidos (abstratos) do direito" e que nada deixa para a faticidade**".

Assim, quando hoje, em pleno paradigma principiológico, neoconstitucionalista e superador do positivismo que se sustenta(va) pela regra e pela subsunção, não se pode cair na armadilha do axiologismo, possibilitando uma espécie de retorno à discricionalidade positivista, como se os princípios proporcionassem ainda mais abertura de interpretação dos juízes no "caso concreto" (STRECK, 2014, p. 378).

Ademais, com o advento da "era dos princípios constitucionais positivaram-se os valores", como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a "pedra filosofal da legitimidade principiológica, da qual

pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para resolver os casos difíceis ou "corrigir" as incertezas da linguagem (STRECK, 2014, p. 525).

Para Streck, não apenas o princípio da busca da felicidade, como tantos outros, se colocam na contramão dos avanços proporcionados da virada linguística, pois nada mais são do que a confissão da prevalência do esquema -sujeito-objeto, uma vez que diante de uma *standart* interpretativo, que mais se parecem como *topoi* com pretensões dedutivas, sua diversidade e a falta de critérios até mesma para a sua definição – dá mostras da dimensão do problema enfrentados pelas diversas teorias que tratam da construção das condições de possibilidade da institucionalização de princípios efetivamente de índole constitucional (STRECK, 2014, p. 542).

Tem-se, assim, quão vago o termo felicidade e, consequentemente, quão amplo é o espectro de demanda em sua busca, no qual a amplitude de tais demandas escapa ao poder de síntese da vontade geral do Legislativo e abre espaço para o decisionismo.

Simon (2006) nos ensina que a busca pela contenção do decisionismo não é nova, pois Kelsen e Hart já anteviam as dificuldades de sua contenção. Diante disso, a interpretação do direito à busca da felicidade dada pelo Poder Judiciário surge como um dos meios principais de aplicabilidade dos direitos fundamentais, possibilitando sua concretude fática.

Lado outro, importa questionar os fundamentos e a construção hermenêutica utilizados pelo STF e pelo STJ, em seus julgamentos, acerca do direito à busca da felicidade, ou seja, quais as condições pelas quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo, para que não ocorra o enfraquecimento da força normativa da Constituição.

Nesse viés, a respeito da estabilidade da jurisprudência, Streck (2014b, 542) ensina:

> Assim, haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da *força normativa* da constituição. A *coerência* assegura a igualdade, isto é, que os direitos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. já *a integridade* é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis

> moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, *que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido*. A integridade exige que juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos-freios, através dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antiética ao voluntarismo, do ativismos e da discricionariedade.

Não pode duvidar o acompanhamento do direito ao fato social, que exige uma evolução do constitucionalismo para se amoldar ao perfil da sociedade, como, por exemplo, no direito à busca da felicidade. Assim, é forçoso reconhecer a transformação constitucional para a viabilização na realização dos direitos fundamentais, seja ele explícito ou implícito, porém, não se permitir seu uso pelo Judiciário indiscriminadamente, sob pena do retorno do que Lenio chama de "completude", que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX, em que, na ausência de "leis apropriadas" (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial) e na falta de um "princípio" aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo (STRECK, 2014b, p. 402-422).

Para Sarmento (2007, p. 144), muitos juízes – deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, por meio deles, buscarem a justiça, ou que entendem por justiça – passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Essa "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, nesse quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.

Sendo assim, conclui Lenio Streck (2014a) que uma decisão íntegra e coerente quer dizer respeito ao direito fundamental do cidadão frente ao Poder Público de não ser surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador, um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, que, ao fim e ao cabo, sustenta a integridade, ou seja, o dever de reconhecer e vigorar certos padrões.

Em resumo, sem o dever de esgotar todas as decisões do Poder Judiciário, fica demonstrado o protagonismo do Judiciário brasileiro na construção da felicidade constitucional, porém, necessário se pensar em adoção de critérios para a aplicação e delimitação do conteúdo do direito à

busca da felicidade, pois não basta que as Cortes brasileiras reconheçam o direito fundamental à busca da felicidade, mas é indispensável à previsibilidade nas decisões judiciais, com objetividade na sua interpretação e aplicação e com isso afastar a conveniência e arbitrariedade do julgador.

4 CONCLUSÃO

Registrou-se, na Introdução, uma das maiores busca do ser humano – se não for a maior - é a *felicidade*, e que essa busca faz parte da sua história, há milhares de anos. A busca da felicidade foi um dos fundamentos das grandes revoluções, como, por exemplo, a Revolução dos Estados Unidos e da Revolução Francesa, e tais pensamentos serviram também de referência para o processo de Independência do Brasil.

A Constituição Federal de 1988, em que pese ter elevado os direitos sociais à esfera de direitos fundamentais, não foi diferente das demais constituições brasileiras, uma vez que o legislador foi omisso ao não contemplar explicitamente o princípio fundamental da busca da felicidade.

Desse modo, na atual ordem constitucional vigente no Brasil, a busca da felicidade é considerada um princípio constitucional fundamental implícito, derivado não apenas do princípio da dignidade humana, mas de diversos outros princípios fundamentais, que visam à concretude dos direitos fundamentais, bem como ao bem-estar da sociedade.

A omissão do legislativo brasileiro em positivar o princípio constitucional da busca da felicidade acaba por abrir portas para o protagonismo judicial que se desvirtua em decisionismo com facilidade; assim, o déficit social relacionado às promessas não cumpridas da modernidade faz com que a judicialização crescente encontre no arbítrio um problema recorrente nos dias de hoje.

Diante disso, a interpretação desse direito à busca da felicidade dada pelo Poder Judiciário surge como um dos meios principais de aplicabilidade dos direitos fundamentais, possibilitando sua concretude fática. Lado outro, importa questionar os fundamentos e a construção hermenêutica utilizados pelo Judiciário acerca do direito à busca da felicidade, ou seja, quais as condições pelas quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo, para que não ocorra o enfraquecimento da força normativa da Constituição.

Assim, pode-se considerar que a busca da felicidade constitucional é uma nova forma de política pública, na qual o Poder Judiciário se tornou o protagonista na construção da felicidade constitucional brasileira, conforme se materializou mediante diversos julgados tanto do STJ como do STF.

Contudo, é primordial a adoção de critérios para a aplicação e delimitação do conteúdo do direito à busca da felicidade, que deve ser aplicado, segundo o entendimento de Lenio Streck, baseado numa

hermenêutica filosófica que a harmonize com os demais conteúdos normativos constantes no ordenamento jurídico, evitando assim que o princípio tenha uma interpretação que se amolde aos elementos subjetivos de cada julgador.

Conclui-se que cabe à crítica hermenêutica do direito proporcionar o melhor processo de interpretação mediante a (re)adequação constitucional do texto, dos princípios e das decisões neles baseadas. A busca pela contenção do decisionismo não é nova, pois Kelsen e Hart já anteviam as dificuldades de sua contenção. Com o advento do constitucionalismo contemporâneo, houve o aumento exponencial de demandas judiciais, também, em proporção direta às respostas que se divorciam da Constituição em razão da compreensão inadequada dos princípios constitucionais.

É nesse estilo que se propõe a recondução das decisões tomando-se por base a crítica hermenêutica, a qual encontra nos princípios norte de sentido e, consequentemente, caminho de um fechamento interpretativo que, ao final das contas, reduz o decisionismo judicial por meio da recondução da construção dos sentidos à Constituição.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores. v. II).

ARMITAGE, David. **Declaração da independência**: um história global. Tradução de Angela Pessoa. São Paulo. Companhia das Letras, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **A arte da vida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO-USP (BRASIL). **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia - 1776**. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-

Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html. Acesso em: 24 jan. 2019.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO-USP (BRASIL). **Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789**. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 24 jan. 2019.

BOURDIEU, Pierre. **Meditações pascalianas**. Tradução de Sergio Miceli. Lisboa: Bertrand, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso: 25 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **REsp nº 1026981/RJ**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800251717&dt_publicacao=23/02/2010. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 3300/MC/DF**. Rel Celso de Mello. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=224395. Acesso em: 28 jan. 2019a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADPF 132/RJ**. Relator. Ministro Ayres de Britto. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633. Acesso em: 8 fev. 2019b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADPF 291.** Rel. Roberto Barroso. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4462545. Acesso em 28 jan. 2019c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE nº 898060**. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092. Acesso em: 25 jan. 2019d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 477.554 AGr/MG**. Relator. Ministro Celso de Mello. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>. Acesso em: 8 fev. 2019e.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. *In*: XIMENES, Julia Maumann (org.). **Judicialização da política e democracia.** Brasília: IDP, 2014.

COMTE-SPONVILLE, André. **A felicidade, desesperadamente**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DIAS, Maria Berenice. Direito fundamental à felicidade. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina,** v. 2, n. 4, 2012.

ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA, INC. **Declaração de independência dos Estados Unidos**. Disponível em: https://escola.britannica.com.br/levels/fundamental/article/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Independ%C3%AAncia-dos-Estados-Unidos/481124. Acesso em: 24 jan. 2018.

FÉLIX, Luciene. Freud e a busca da felicidade. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** (RDBC), n. 8, ago. 2008.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FREUD, Sigmund. **El malestar em la cultura**. *In*: OBRAS completas: el porvenir de una ilusión; el malestar en la cultura y otras obras (1927-1931). 2. ed. Tradução de José L. Etcheverry. Buenos Aires: Amorrortu, 2004.

FREUD, Sigmund. **O Futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos (1927-1931),** v. XXI. Traduzido do alemão e do inglês, sob direção de Jayme Salomão. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1969.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012.

HARVEY, Paul. **Dicionário Oxford de Literatura Clássica (grega e latina).** Trad. Mário da Gama Kurry. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade.** São Paulo: Almedina, 2017.

LEAL, Saul Tourinho. **O princípio da busca da felicidade e o direito a saúde**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/19389/o-principio-da-busca-da-felicidade-e-o-direito-a-saude/2. Acesso em: 28 jan. 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MOURÃO, Mauro Trexler. **Uma teoria da felicidade**: a força da genética, a força do comportamento, a força da história. Maringá: Viseu, 2018.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. A hermenêutica jurídica de Hans-George Gadamer e o pensamento de São Tomás de Aquino. **Revista Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF)**, v. 3, n. 7, jan./abr. 1999.

NIETZSCHE, Friedrich. **Segunda consideração intempestiva**: da utilidade e desvantagem da história para a vida. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

OLIVIERI, Antônio Carlos. **Filosofia e felicidade:** o que é ser feliz segundo os grandes filósofos do passado e do presente. Disponível em: https://educacao.uol.com.br/disciplinas/filosofia/filosofia-e-felicidade-o-que-e-ser-feliz-segundo-os-grandes-filosofos-do-passado-e-do-presente.htm. Acesso em: 8 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO NACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução nº 65/309, de 11 de julho de 2011**. Felicidade: em busca de uma abordagem holística.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução nº 66/281, de 28 de junho de 2012.** Dia internacional da Felicidade.

PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

PASCAL, Blaise. **Pensées.** Originally published in 1660. Project Gutenberg release April 2006. Québec: Samizdat, 2016.

SANTOS, Patrick da Silva. Direito à felicidade na Constituição brasileira de 1988: utopia ou realidade?**. Caderno Virtual Instituto Brasiliense de Direito Público,** v. 2, n. 31, 2015. ISSN 1981-3759.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do direito:** fundamentos teóricos e aplicações específicas. Coordenadores. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Kalina Vanderlei. **Dicionário de conceitos histórico**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2009.

SIMON, Henrique Smid. **Direito, filosofia da linguagem e hermenêutica**: o problema do Decisionismo de Kelsen e Hart. Belo Horizonte: Argvmentvm-Brasil, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?. **Consultor Jurídico,** 18 dez. 2014a. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades. Acesso em: 8 jan. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Revista Direito Unifacs,** n. 144, jun. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.

Recebido: 22/2/2019.
Aprovado: 13/12/2019.

Edson Viera da Silva Filho
Pós-doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).
Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (Unesa).
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).
Mestre em Direito pela Universidade São Francisco (UFS).
Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM).
E-mail: evsilvaf@globo.com.

Neymilson Carlos Jardim
Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM).
Especialista em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul).
Especialista em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera (Uniderp).
Advogado.
E-mail: neymilson@agjadvogados.com.br.