

IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

Jonas Faviero Trindade¹
Fernanda Brandt²

O CAMINHO DO DIREITO À FELICIDADE PASSANDO PELO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E AS FILOSOFIAS LIBERAIS E COMUNITARISTAS

A pesquisa objetiva analisar o constitucionalismo contemporâneo e a sua eventual compatibilidade com as filosofias liberais e comunitaristas em questões que envolvem a felicidade dos indivíduos envolvidos. Atualmente, Estado e Sociedade são rotineiramente provocados a responder questões polêmicas (união homoafetiva, conceito de família, legalização da maconha, aborto e maioria penal, por exemplo). O Estado, em suas diversas instâncias, tem se manifestado sob o prisma constitucional nestes temas. Pode-se inferir que o devido equacionamento destas e outras pautas similares terão como consequência a felicidade ou infelicidade dos indivíduos. Neste sentido, surge o problema: Qual o efetivo papel e atuação do constitucionalismo contemporâneo no enfrentamento de questões que envolvem a felicidade humana e qual a influência das correntes filosóficas liberais e comunitaristas? Identificar o comportamento da teoria constitucional contemporânea e da filosofia político-constitucional (liberal igualitária e comunitarista) quando o Estado e a Sociedade se deparam com questões fundamentais na busca pela felicidade.

¹ Mestrando em Direito com área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Constitucional, pela Universidade Anhanguera/UNIDERP, e em Regimes Próprios de Previdência, pela Damásio Educacional. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Auditor Público Externo do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: jonas_1605@yahoo.com.br

² Mestranda em Direito com área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Processual Civil: novo código de processo civil e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado, coordenado pelo professor pós-doutor Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq. Professora da graduação do curso de direito no Centro de Ensino Superior Dom Alberto. Advogada membro da Comissão Especial de Direito das Pessoas com Deficiência da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Rio Grande do Sul (2016-2018). É bolsista CAPES e Advogada atuante. Endereço eletrônico: fernandabrandt.adv@globomail.com



Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado

UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

A pesquisa visa contribuir para que o debate jurídico verificado naqueles temas que envolvem o indivíduo e a comunidade, na busca pela felicidade, não se transforme em mero discurso retórico. Para o desenvolvimento do constitucionalismo é importante se debruçar e avançar na construção de uma resposta satisfatória e aprofundada, sem contradições, ao enfrentar os obstáculos que os cidadãos enfrentam em sua busca pela felicidade. A resposta para cada pleito passa pela análise jurídico-constitucional e, inevitavelmente, pelo embasamento filosófico.

1.1 Teoria da Constituição e Filosofia Constitucional

É possível distinguir as esferas teóricas e filosóficas constitucionais a partir de suas pretensões. Neste sentido, enquanto a teoria constitucional apresenta ambições descritivas, a filosofia objetiva prescrever, a fim de justificar de forma racional o modelo mais apropriado de Constituição. Cumpre, entretanto, a seguinte advertência:

No entanto, é comum que as diversas propostas formuladas no campo da teoria da Constituição também possuam dimensões normativas (prescritivas), e que as filosofias constitucionais não sejam estranhas ao constitucionalismo efetivamente praticado em cada contexto sócio-político. Portanto, não há como separar, de forma estanque, a teoria da filosofia constitucional. (SOUZA NETO, SARMENTO, 2013, p. 183).

Portanto, a premissa é estudar o neoconstitucionalismo como uma teoria da constituição aplicável a um modelo de organização político jurídica: Estado Democrático de Direito (NOVELINO, 2009, p. 60).

Já o campo da filosofia constitucional pode ser analisado com enfoque prescritivo, no intuito de promover os meios mais adequados para a organização do Estado (SOUZA NETO, SARMENTO, 2013, p. 206).

1.2 Neoconstitucionalismo

O fim da Segunda Guerra assinalou uma crise no positivismo jurídico e neste panorama surge um paradigma jusfilosófico denominado de pós-positivismo, caracterizado por buscar uma (re)ligação entre o Direito e a Moral através da interpretação de princípios jurídicos abertos, com caráter normativo. “O pós-positivismo se liga diretamente ao ambicioso modelo constitucional que tem se difundido nas últimas décadas que vem sendo denominado por diversos autores como *neoconstitucionalismo*” (SOUZA NETO, SARMENTO, 2013, p. 202).



Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado

UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

Möller, utilizando-se de um rol formulado por Ricardo Guastini, apresenta as seguintes características do neoconstitucionalismo: a) constituição rígida; b) garantia jurisdicional da Constituição; c) a força vinculante da Constituição; d) a sobreinterpretação da Constituição; e) a aplicação direta das normas constitucionais; f) a interpretação conforme as leis e g) a influência da Constituição sobre as relações políticas (MÖLLER, 2011, p. 30).

Marcelo Novelino aponta traços marcantes do neoconstitucionalismo: a) mais princípios do que regras; b) mais ponderação que subsunção; c) onipresença da Constituição em todas áreas jurídicas e em todos conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentadora; d) onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; e, f) coexistência de uma constelação plural de valores, as vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios (NOVELINO, 2009, p. 60).

A força vinculante da Constituição é uma das características mais acentuadas do constitucionalismo contemporâneo:

Por força vinculante pode-se entender o correto reposicionamento da constituição dentre as fontes de direito, bem como a atribuição de seu caráter normativo. Não se considera mais a constituição como mero instrumento normativo de organização do poder, que consagra tão somente normas secundárias, ou seja, de competência. A constituição também expressa valores, princípios, diretrizes, metas ou mesmo regras jurídicas que não apenas servem de parâmetros para a aplicação das demais normas e o afastamento das normas infraconstitucionais que as contrariem. (MÖLLER, 2011, p. 33/34).

Nesta perspectiva, os princípios de justiça passam a ser considerados normas vinculantes (SOUZA NETO, SARMENTO, 2013, p. 205).

1.3 Liberalismo Iguatário

O liberalismo igualitário atrela-se, no âmbito político, à defesa de liberdades públicas e existenciais, como a liberdade de expressão, de religião e a privacidade. Há, nesta corrente filosófica, um forte compromisso com a igualdade material. Observa-se que o liberalismo igualitário é uma vertente da tradição liberal. Esta se manifesta tanto no campo econômico como político. Na esfera econômica, o liberalismo defende uma rejeição à intervenção estatal no mercado e defende a livre iniciativa e a propriedade privada. Portanto, o liberalismo igualitário legitima o Estado de Direito e não o Estado Mínimo. São expoentes da doutrina liberal igualitária o filósofo John Rawls e o jurista Ronald Dworkin. A dimensão liberal do liberalismo igualitário se denota no



Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado

UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

reconhecimento da prioridade dos direitos individuais diante dos interesses do Estado ou da coletividade (SOUZA NETO, SARMENTO, 2013, p. 207).

John Rawls formulou umas das principais teorias que proporcionou o desenvolvimento de propostas liberais que conciliem a liberdade individual e a igualdade social. A obra do filósofo que marcou a filosofia política se chama: Uma Teoria da Justiça.

O filósofo, a partir de uma construção mental denominada de “posição original”, obtém os princípios equânimes da justiça formal e material. Rawls formula uma discussão entre indivíduos racionais e interessados em si mesmos, que se propõe eleger – por unanimidade e depois deliberar entre si – os princípios que organizarão a sociedade. Os sujeitos que estão na posição original desconhecem a classe econômica, status social, geração ou gênero a que cada um deles pertence na sociedade. Esse seria o véu da ignorância. O véu, contudo, não impede que os participantes conheçam proposições básicas como as descobertas e os avanços das ciências (GABARDO, 2014, p. 49).

A *original position* possibilitaria simular um ambiente ideal de deliberação que permitisse a justificação imparcial de princípios de justiça (SOUZA NETO, SARMENTO, 2013, p. 209).

A pessoa que está na posição original caracteriza-se por duas capacidades: ter uma concepção de bem e pelo senso de justiça. A primeira capacidade se realiza no plano racional de vida e a segunda no desejo de agir conforme os princípios de justiça. O liberalismo possibilita uma abertura de concepções de vida eticamente possíveis, desde que consideradas pelos princípios de justiça (GABARDO, 2014, p. 50).

O liberalismo político, pautado na justiça distributiva, preocupa-se com o pleno desenvolvimento do indivíduo e encontra na justiça a estrutura primordial da sociedade. Dentre os princípios do liberalismo, o princípio da autonomia da liberdade individual é seu maior símbolo, de forma que o interesse particular do indivíduo é respeitado, sem ingerência ou intervenção.

1.4 Comunitarismo

Os comunitaristas defendem que as sociedades consubstanciam-se em comunidades construídas em vista do bem comum, de forma que não se reconhece o sujeito como pessoa livre e igual perante os demais, mas do reconhecimento do direito à diferença e da reivindicação política de bens em nome dessa diferença (GABARDO, 2014, p. 50).

A doutrina comunitarista critica a visão dos liberais no sentido que o indivíduo seria um ser desenraizado, ao não considerar o fato de que toda pessoa nasceu em uma comunidade impregnada de valores e sentidos



Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado

UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

comuns. Para os comunistas a visão liberal é excessivamente individualista e deve ser substituída pela valorização da comunidade, com foco nas tradições e valores compartilhados (SOUZA NETO, SARMENTO, 2013, p. 211).

É possível identificar duas críticas fundamentais da corrente comunitarista à filosofia liberal: a) a visão atomista e abstrata defendida no liberalismo, na qual o eu antecede os fins; b) para os comunitaristas o Estado não deve se manter neutro em relação aos valores morais (concepções de bem).

Destaca-se o entendimento comunitarista de que a justiça distributiva deveria priorizar o bem e não os direitos, como fazem os liberais. (XIMENES, 2010, p. 32)

1.5 O Direito à Felicidade

Segundo o dicionário a palavra felicidade significa: “1. Qualidade ou estado de feliz. 2. Bom êxito; sucesso”. A palavra feliz, por sua vez, significa: “1. Ditoso, afortunado. 2. Contente, alegre. 3. Bem-sucedido. 4. Bem lembrado.” Os filósofos se debruçaram sobre a felicidade e formularam seus conceitos e opiniões:

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

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

Erasmus escreveu em *Elogio da Loucura* que ‘a felicidade consiste em estar disposto a ser o que você é’.

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

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

Freud dizia que as “pessoas ‘lutam pela felicidade; querem tornar-se felizes e assim permanecer’.

Segundo Goethe ‘a personalidade é a felicidade suprema’.



GRUPO DE PESQUISA:
Intersecções Jurídicas entre
o Público e o Privado

Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado

UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

Madame du Châtelet dizia que não vale a pena tolerar a vida se a ausência de dor for o único objetivo. 'É, portanto, preciso empenhar-se em ser feliz' – disse. (LEAL, 2013, p. 11/12)

Talvez pela subjetividade do termo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178/DF, ambas procedentes, no sentido de reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, fundamentou a decisão, dentre outras argumentações, na busca pela felicidade. Abaixo, os itens 1 e 2 da ementa das referidas ações, julgadas em conjunto (grifou-se):

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 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



GRUPO DE PESQUISA:
Intersecções Jurídicas entre
o Público e o Privado

Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado

UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

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 pétreia.

No âmbito legislativo, observa-se que tramitou no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional nº 19/2010, conhecida como “PEC da Felicidade”, que se encontra arquivada atualmente. O objetivo da proposta de emenda constitucional era incluir no rol do artigo 6º da Constituição Federal o direito à busca da felicidade. Há de se salientar o entendimento de alguns doutrinadores no sentido de que a felicidade seria um direito implícito na Constituição da República:

Aderindo a este primeiro posicionamento, da busca da felicidade como direito constitucional implícito, podemos citar o Supremo Tribunal Federal, pelo menos o ministro Celso de Mello, Ayres Britto e Luiz Fux, conforme o RE 477554 Agr/MG. Neste julgamento se reformou decisão anterior, permitindo que casais homossexuais tenham direito a benefício previdenciário em razão da morte de companheiro(a), sendo que um dos fundamentos foi o direito à busca da felicidade, implicitamente existente na Constituição Federal. Segundo o voto do relator Marco Aurélio a busca da felicidade está implícita na Constituição Federal e irradia da dignidade da pessoa humana. Ele ainda diz que o princípio tem suas raízes na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, sendo que o seu sentido seria aquele influenciado pela doutrina de John Locke, o qual diz que o governo existe para proteger o direito do homem de ir à busca de sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. Pelo que se observa no acórdão da suprema corte, ela andou bem em definir o sentido de felicidade, o qual se afasta das ideias de Aristóteles e se ampara nas idéias da doutrina moderna, a qual admite que a felicidade está na concretização das vontades individuais de cada pessoa. Aqui não há críticas a fazer, pois se admitimos que a busca da felicidade é um direito, deve se ter, no mínimo, um conceito e significação do que seja este pretendido direito, sendo que a conceituação feita pelo STF está de acordo com o que prescreve as outras Constituições que trazem a busca da felicidade.(SILVA, 2013, p. 32/33).

Convém lembrar ainda que a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 2011, resolução que reconhece a busca pela felicidade humana como uma meta fundamental humana, de sorte que convidou os Estados-



Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado

UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

membros a levarem em consideração a felicidade e o bem estar dos cidadãos na elaboração de políticas públicas.

O item um da referida Resolução dispõe que: “1. *Invites Member States to pursue the elaboration of additional measures that better capture the importance of the pursuit of happiness and well-being in development with a view to guiding their public policies*”. (ONU, 2011)

Portanto, constata-se, diante das referências acima, que a felicidade já não encontra um grau de abstração tão elevado, visto que há uma preocupação das sociedades em preservar o direito de cada indivíduo buscar a sua felicidade. As implicações desta busca podem ser analisadas em uma perspectiva constitucional, inclusive sob o manto do ativismo judicial, como verificado na citada decisão do Supremo Tribunal Federal, e, ainda, nas concepções filosóficas que esta pesquisa se dispõe a aprofundar.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Senado Federal. **Justificação do Projeto de Emenda Constitucional nº 19/2010**. Altera o artigo 6º da Constituição Federal para incluir o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**. O minidicionário da língua portuguesa. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. (Coord.). **Direito, Felicidade e Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**. História, Teoria, Positivção e Jurisdição. São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2013-08-30T08:40:42Z-14074/Publico/Saul%20Tourinho%20Leal.pdf>

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 65/309**, de 19 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>>



Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado

UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

SILVA, Erick Winner Resende. **O Direito à Busca da Felicidade: contribuição à hermenêutica à luz do pensamento de Aristóteles.** Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/teses/teses-1018d2d7102da0433370097514b5033d.pdf>>

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

XIMENS, Julia Maurmann. **O Comunitarismo e Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



GRUPO DE PESQUISA:
**Intersecções Jurídicas entre
o Público e o Privado**

Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado

 **UNISC**
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL