

1 – Introdução

Das coisas a mais nobre é a mais justa, e a melhor é a saúde; mas a mais doce é alcançar o que amamos. [Inscrição de Delos] (ARISTÓTELES, 1991, p. 19).

A partir da evolução do ser humano para um patamar maior de inteligência e espiritualidade, a felicidade, o afeto, o bem estar, a formação de uma família, a dignidade de uma pessoa geram reações positivas no psique humano e estão no centro das principais religiões, nos melhores filósofos, nos debates populares e termina por ser uma das preocupações centrais de toda a humanidade. Aristóteles, em sua obra “Ética a Nicomaco”, já afirmava:

Retomemos a nossa investigação e procuremos determinar, à luz deste fato de que todo conhecimento e todo trabalho visa a algum bem, quais afirmamos ser os objetivos da ciência política e qual é o mais alto de todos os bens que se podem alcançar pela ação. Verbalmente, quase todos estão de acordo, pois tanto o vulgo como os homens de cultura superior dizem ser esse fim a felicidade e identificam o bem viver e o bem agir como o ser feliz (ARISTÓTELES, 1991, p. 8-9).

Por sua vez, Jonh Locke também tem um interessante trabalho onde discorre sobre liberdade e felicidade. De acordo com Paulo César Nodari:

[...] a partir da concepção lokiana de que a necessidade de conseguir a felicidade verdadeira é o fundamento da liberdade e de que o fim da liberdade é poder alcançar o bem que elegemos, urge estar ciente de que há, nos escritos de Locke, diferentes opiniões sobre a natureza da felicidade. [...] Fixando-nos fundamentalmente no *Ensaio*, dois aspectos devem ser elucidados: a) Locke identifica a verdadeira felicidade com o nosso maior bem a suprema perfeição da natureza intelectual, mas não especifica muito acerca do que seja realmente tal felicidade ou o que leva a ela. Locke associa também virtude e felicidade, caracterizando a ética como a procura das regras e medidas das ações humanas que levam à felicidade e aos meios para praticá-la. Indica também que um conhecimento de Deus se relaciona com a nossa felicidade e afirma que Deus, por uma conexão inseparável, juntou virtude e felicidade pública e fez com que a prática da virtude fosse necessária à preservação

da sociedade e visivelmente benéfica para todos os que tiverem trato com o homem virtuoso. Assim, não é de se maravilhar se cada um não apenas confessar, mas também recomendar e ampliar estas regras para os outros, pois a observância dos outros traz vantagens a cada um em particular. Enfim, um ser racional reflete seriamente acerca da felicidade e não se entrega à vida das paixões infinitas e intermináveis, mas à vida virtuosa em direção ao maior bem; b) Locke vincula virtude e felicidade e é neste vínculo que Locke trata as passagens referentes ao prazer. No extenso capítulo sobre o ‘poder’, Locke aproxima felicidade com o prazer. Felicidade é o máximo de prazer a que somos capazes. Em seguida, passa a definir o bem como o que é adequado para produzir prazer em nós. A pessoa, como coisa pensante consciente, tem consciência do prazer e da dor e é capaz de felicidade ou infortúnio, uma capacidade que está claramente dentro do nosso controle se agirmos de forma apropriada. Outras passagens sublinham a necessidade de suspender a satisfação de nosso desejo em casos particulares a bem de nossa felicidade real, a qual é descrita como o nosso maior bem (NODARI, 1999, p. 76-77).

Regimes tiranos, injustiças, excessos religiosos e uma série de atentados contra a humanidade – como os regimes nazi-fascistas (com seus assassinatos e campos de concentração) e outras ditaduras (com violações de diversos direitos humanos) – culminaram por impor barreiras, muitas das quais intransponíveis, que terminam por aprisionar o centro de uma pessoa humana, impedindo-a de – por si só – ter poderes para buscar a sua própria felicidade em face dos obstáculos criados pelos poderes públicos/sociais que o cercavam.

E um dos campos onde isso mais ocorreu na recente história da humanidade foi exatamente no casamento, alvo de constantes influências religiosas, morais e, em alguns casos, até racistas.

Na história recente dos EUA, verificou-se a criminalização do amor entre uma pessoa negra e uma pessoa branca com pena de trabalhos forçados. Na história recente do Brasil verificou-se, em caso semelhante, a ilicitude da união de pessoas do mesmo sexo. Qual o papel que estes discrimens (junção de pessoas negras e brancas e do mesmo sexo) tiveram na evolução do direito de família?

O objetivo do presente trabalho é analisar a evolução das sociedades – em especial a norte-americana e a brasileira – e que papel esta evolução teve na análise dos princípios constitucionais da busca da felicidade e devido processo legal no direito civil constitucional dos dois países.

A metodologia do presente trabalho foi oriunda da leitura de livros especializados na matéria e em decisões da Suprema Corte Americana e Supremo Tribunal Federal brasileiro.

2– Aspectos históricos do princípio da busca da felicidade na história do direito norte-americano

A declaração de independência dos EUA é um dos primeiros documentos onde a felicidade é erigida como uma das metas de um país. Entretanto, um dos pontos esquecidos e de alta importância na interpretação do conteúdo do dispositivo é a análise do debate que precedeu à sua redação final.

Em 1776, George Mason foi um dos indicados para redigir a “Declaração de Direitos” da Virgínia. Inspirado nos pensamentos de Jonh Locke (1632-1704), Mason teve então um *insight*: uma república tem que ser fundada formalmente através de uma carta, com direitos individuais, vinculantes e inalienáveis do cidadão que serão superiores a qualquer tipo de governo (SCHARTZ, 2000). Em sua redação originária, Mason escreveu (tradução livre do autor):

“Todos os homens por natureza são igualmente livres e independentes e terão certos direitos inerentes à sua natureza... nominando o direito de gozo da vida e liberdade, que significa a aquisição e posse de propriedades, e perseguir e obter felicidade e segurança”¹

Em alguns pontos, o rascunho da declaração formada por Mason era politicamente bem avançada para a época. Ao declarar que todos os homens nasciam livres e independentes,

¹ No original em inglês: "That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights...namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety." <http://www.smithsonianmag.com/history/george-mason-forgotten-founder-he-conceived-the-bill-of-rights-64408583/#rFLUoZpRzaYHqrMQ.99>

Mason procurava estipular, já em 1776, a extinção do regime da escravatura, o que veio a desagradar vários dos pais fundadores por problemas que poderiam ter com os estados do sul, cuja economia se baseava no escravismo.

No que tange à felicidade, Mason procurou outorgar em seu rascunho o direito da pessoa em *perseguir* e *obter* a felicidade. Jefferson percebeu que o grande problema posto seria o direito subjetivo à obtenção da felicidade. Como isso seria implantado pelo Estado? Isso seria um enorme desafio jurídico e econômico.

O projeto de redação de Mason foi refeito e se converteu na declaração de independência imortalizada em diversos livros de direito constitucional (tradução do autor):

“Nós sustentamos essas verdades que são auto-evidentes, que todos os homens nascem iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis que, dentre estes, estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade” (JAYNE, 1998, p. 60)

Em 1787, quando a Convenção Constitucional da Filadélfia estava concluindo o texto da Carta Magna, Mason propôs que uma declaração de direitos prefaciasse a Constituição prestes a ser declarada (algo similar ao que ocorreu com a Constituição brasileira em seu prefácio e em seu artigo 5º, cujo objetivo simbólico era dizer que a importância do indivíduo precederia ao Estado, já que os dispositivos relativos ao Poder Público estariam mais adiante). Essa sua proposta também foi rejeitada, o que o fez recusar a assinatura do texto final e o fez ficar conhecido como o fundador esquecido (SCHWARTZ, 2000).

Ao final, a Declaração de Independência dos EUA terminou tendo a seguinte redação (tradução do autor):

“Consideramos estas verdades por si mesmo evidentes, que todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferidos pelo seu Criador certos Direitos inalienáveis, entre os quais se contam a Vida, a Liberdade e a **busca da Felicidade**. Que para garantir estes Direitos, são instituídos Governos entre os Homens, derivando os seus justos poderes do consentimento dos governados. Que sempre que qualquer Forma de Governo se torne destruidora de tais propósitos, o Povo tem Direito a alterá-la ou aboli-la, bem como a instituir um novo Governo, assentando os seus fundamentos

nesses princípios e organizando os seus poderes do modo que lhe pareça mais adequado à promoção da sua Segurança e **Felicidade**.” (JAYNE, 1998, p. 118)

3 – A evolução do princípio da busca da felicidade na jurisprudência da Suprema Corte Americana à luz do direito constitucional ao casamento

3.1 – As mudanças de interpretação envolvendo as mudanças sociais

O conceito de “busca da felicidade” e “devido processo legal” sofreu diversas mudanças interpretativas ao longo das decisões da Suprema Corte norte-americana. O mesmo texto foi interpretado com conteúdos absolutamente distintos, tudo a depender do momento histórico em que o texto estava à prova em julgamentos.

Para se compreender melhor a legislação e a interpretação dos tribunais americanos, é necessário ter-se como base uma sociedade bastante diferente da brasileira, com alto grau de puritanismo religioso e preconceito racial fundado em uma suposta “supremacia branca” que foram fomentadas entre 1660 até 1960, sendo após a década de 60 suprimidos em um lento processo evolutivo daquela sociedade.

De acordo com Pascoe (livre tradução do autor):

Embora provavelmente seja menos familiar para os historiadores do que o direito à segregação nas escolas, a lei de miscigenação é um lugar ideal para estudar tanto o legado do racismo do século XIX e do surgimento de ideologias raciais modernas. As leis de miscigenação, em vigor entre 1660 a 1960, estavam entre as mais duradouras leis de restrições raciais americanas. Ambas as leis – segregação racial em escolas e leis anti-miscigenação – refletiram e produziram mudanças significativas no pensamento racial americano (PASCOE, 2000, 182-183)².

E aí se verifica que, ao se estudar a história do constitucionalismo americano sob a ótica racial, verifica-se que o tema choca a opinião pública atual, mas que, para a época em

² No original: Although is probably less familiar to historians than, say, school segregation law, miscegenation law is an ideal place to study both the legacy of nineteenth-century racialism and the emergence of modern racial ideologies. Miscenegenation laws, in force from the 1660's through the 1960, were among the longest lasting of American racial restrictions. They both reflected and produced significant shifts in the American racial thinking.

que as leis foram promulgadas e julgadas pelas cortes, elas refletiam o senso comum da classe dominante.

Nos séculos XIX e XX, multiplicaram-se nos Estados Unidos as legislações com o intuito de proteger a “raça branca” de miscigenações com as etnias africanas, gerando diversos casos que foram parar na Suprema Corte envolvendo casamentos e formação familiar que, com base no sistema da *common law*, gerava precedentes vinculantes para todo o Judiciário norte-americano.

3.2 – Os casos julgados pela Suprema Corte envolvendo casamento entre pessoas de “cores” distintas

3.2.1 – O caso *Pace vs Alabama*

A Seção 4189 do Código do Alabama trazia uma previsão legal que criminalizava o casamento entre pessoas brancas e negras. Confira-se, *litteris*, (tradução livre do autor):

Se qualquer pessoa branca e qualquer pessoa negra, ou o descendente de qualquer pessoa negra até a terceira geração, inclusive, e mesmo embora que tenham um ancestral uma pessoa branca, casar ou viver em adultério ou fornicação uns com os outros , cada um deles deve ser condenado à prisão na penitenciária ou condenados a trabalhos forçados para o município por não menos de dois e um máximo de sete anos (SOLLORS, 2000, p. 25)³.

Em novembro de 1881, Tony Pace, negro, e Mary J. Cox, uma mulher branca, foram condenados pelo juízo do condado por viverem no estado de “adultério” racial da seção 4189 acima citada a dois anos de reclusão. Esta decisão foi mantida pela Corte local (SOLLORS, 2000, p. 26).

³ No original em inglês: 'if any white person and any negro, or the descendant of any negro to the third generation, inclusive, though one ancestor of each generation was a white person, intermarry or live in adultery or fornication with each other, each of them must, on conviction, be imprisoned in the penitentiary or sentenced to hard labor for the county for not less than two nor more than seven years.'

Em 1883, este caso chega à Suprema Corte e esta afirmou, à época, que casamentos interracialis representavam ameaça à nação e a lei penal local não seria inconstitucional. Segundo a Corte, não haveria violação ao princípio da isonomia porque brancos e negros seriam punidos da mesma forma pelo amor proibido, igualmente na mesma pena (SOLLORS, 27).

3.2.2 – Kirby vs Kirby

Em 21 de março de 1921, Joe Kirby levou sua esposa à corte após sete anos de casamento. Ignorando a tradicional opção do divórcio, Joe Kirby peticionou pela anulação de seu casamento com base na legislação do Arizona que proibia casamentos entre pessoas de sangue caucasiano (ou seus descendentes) com negros, mongóis ou índios e seus descendentes (PASCOE, 1996, p. 43). Após um duvidoso julgamento racial por aparências discutíveis dos litigantes, o marido então vence o processo e obtém a anulação do casamento apenas pelo fato de uma pessoa branca ter contraído matrimônio com uma pessoa de cor aparentemente negra (PASCOE, 1996, p. 44).

3.2.3 – Loving vs Virginia

Em junho de 1958, dois residentes do Estado da Virgínia (Mited Jeter, negra, e Richard Loving, branco), casaram-se no Estado vizinho de Washington DC, pois na Virgínia o seu casamento, se fosse realizado, seria declarado nulo de pleno direito, além de incorrerem em crime com pena de reclusão (SOLLORS, 2000, p. 29).

Neste sentido, confira-se o arcabouço jurídico de então, § 258 do Código da Virgínia (tradução do autor):

Deixando Estado para fugir da lei. - Se qualquer pessoa branca e pessoa de cor sair deste Estado com a finalidade de contrair casamento e com a intenção de voltar e permanecer casado, e depois retornar e residir neste Estado, coabitando como homem e esposa, eles devem ser punidos, conforme previsto no § 20-59, e a nulidade do casamento será regida pela mesma lei, como se tivesse sido celebrado nesse

Estado. O fato de sua convivência aqui como homem e mulher será prova do seu casamento (SOLLORS, 2000, p. 29)⁴.

Por sua vez, a seção 259, que prescreve a penalidade para a miscigenação, prescreve:

Punição para o casamento. - Se qualquer pessoa branca casar com uma pessoa de cor, ou qualquer pessoa de cor casar com uma pessoa branca, ele será culpado de delito grave e será punido por confinamento na penitenciária por não menos de um nem mais de cinco anos (SOLLORS, 2000, p. 29)⁵.

O Estado da Virgínia era um dos 16 Estados da federação que ainda proibia o casamento interracial, em um típico caso de criminalização do afeto (SOLLORS, 2000, p. 30). Descobertos por uma denúncia anônima de vizinhos, foram presos em flagrante delito e julgados por um júri popular, sendo condenados pelo casamento interracial a um ano de prisão.

Em sua sentença, o juiz Leon Bazile, citando Johann Frieddrich Blumemcach's (um dos pais da doutrina racista do século 18), afirmou que "Apesar de Deus ter criado as raças branca, negra, amarela, malaia e vermelha, ele as separou em continentes [...] O fato de ter separado as raças por continentes mostra que ele não tinha a intenção de misturá-las" (GOLD, 2008, p. 46)⁶. Entretanto, o juiz deu-lhes duas escolhas:

- a) terem o casamento anulado, cumprirem a pena e serem proibidos até de coabitarem no Estado da Virgínia;
- b) alternativamente, ao invés de irem à prisão e não mais poderem morar juntos mesmo após o cumprimento da pena, tendo em vista que seu casamento não só estava anulado

⁴ No original: *Leaving State to evade law.* -- If any white person and colored person shall go out of this State, for the purpose of being married, and with the intention of returning, and be married out of it, and afterwards return to and reside in it, cohabiting as man and wife, they shall be punished as provided in § 20-59, and the marriage shall be governed by the same law as if it had been solemnized in this State. The fact of their cohabitation here as man and wife shall be evidence of their marriage."

⁵ No original: *Punishment for marriage.* - If any white person intermarry with a colored person, or any colored person intermarry with a white person, he shall be guilty of a felony and shall be punished by confinement in the penitentiary for not less than one nor more than five years.

⁶ No original: "Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and he placed them on separate continents. And, but for the interference with his arrangement, there would be no cause for such marriage. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix."

como eles estavam proibidos de coabitar, serem banidos do Estado da Virgínia por longos 25 anos (GOLD, 2008, p. 10).

Após a sentença – que declarou o amor entre ambos ilegal - a família Loving decidiu residir em Washington DC. Em 06 de novembro de 1963 – década onde os primeiros sopros da contracultura começaram a incidir nos EUA e na Europa – os *Loving* fizeram um pedido ao juízo de origem para afastar o julgamento e poderem retornar à Virgínia, pois o caso envolvia a violação da 14^a Emenda Constitucional (que prevê o *due process of law*). Em 28 de outubro de 1964, a ação se transformou em coletiva e aos *Loving* foram dados os certificados de classe para representar todas as pessoas na mesma situação. Em 22 de janeiro de 1965, os *Loving* perderam na primeira instância e recorreram ao equivalente ao Tribunal de Justiça da Virgínia (Suprema Corte Estadual), que terminou por manter o *decisium* fundamentando também no caso *Naim v. Naim*, onde a regra de “preservação de raças” foi mantida (GOLD, 2008, p. 38).

Em 1967, o processo chega à Suprema Corte Americana e esta declarou, de forma unânime, inconstitucional qualquer lei estadual (como a da Virgínia) que proibisse o cidadão de escolher a raça de sexo oposto com que se casaria. Como fundamento, declarou que o sistema legal da Virgínia que proibia casamentos entre pessoas de raças distintas violaria o princípio da isonomia, o do devido processo legal (ou, em uma acepção mais consentânea com a nossa realidade brasileira, o devido processo de direito) e o princípio da busca da felicidade. Houve, então, um *overruling* (GOLD, 2008, p. 58).

3.2.4 – O caso da união de pessoas do mesmo sexo – *Obergefell et al vs Hodges, Director, Ohio*

Diversas leis dos Estados americanos previam que o casamento se daria apenas e tão somente entre um homem e uma mulher. Casamentos de pessoas do mesmo sexo passavam a depender de uma decisão do Judiciário autorizando a união homoafetiva.

No caso *Obergefell et al vs Hodges, Director, Ohio*, os juízes de primeiro grau deferiram o pedido de casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas as cortes locais, mais conservadoras, deram provimento às apelações e indeferiram os pleitos. Destas decisões foram interpostos recursos à Suprema Corte Americana (MILLER, 2015, p. 23).

Sob análise estava a 14^a Emenda à Constituição norte-americana ao prever o *due process of law*, afirmando que nenhum Estado poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal.

Para a Suprema Corte, o *due process of law* não seria apenas um cumprimento da legislação em vigor, mas sim o cumprimento do devido estado democrático de direito e as expectativas que se espera de sua produção legislativa. Esta expressão – *due process of law* - em verdade, diz mais do que uma simples tradução direta para o português (como o foi feito erroneamente em nossa Constituição): está muito mais próxima conceitualmente da expressão “devido processo democrático de direito” ou, mais precisamente, “devido processamento de direito” e atinge, também, o legislador em sua produção legislativa de direito material e não apenas os operadores do direito na análise final do dispositivo legal.

A natureza da antijuridicidade tanto no caso do *Loving vs Virginia* quanto no *Obergefell et al v. Hodges, Director, Ohio* estaria no fato de que as gerações que escreveram e ratificaram o *bill of rights* e a 14^a Emenda não conseguiram antever a liberdade em toda a sua dimensão e, por esta razão, outorgaram às futuras gerações o direito de exercitar a hermenêutica e proteger as liberdades de acordo com o seu significado atual.

Assim como no caso *Loving vs Virginia*, estava em discussão saber se o direito ao casamento é um direito constitucional (e civil) fundamental e analisar, dentro da razoabilidade, as barreiras impostas pelas legislações estaduais. No primeiro caso, os *discrimens* eram as questões raciais; no segundo, o casamento de pessoas do mesmo sexo.

Aplicando seus princípios e balizas, dentre os quais o devido processo de direito e a busca da felicidade, a Corte entendeu que o direito ao casamento é protegido pela Constituição – apesar de não haver texto expresso neste sentido. E, aplicando as premissas do caso *Loving vs Virginia*, entendeu que o direito ao casamento “é um dos direitos pessoais vitais essenciais para a regular busca da felicidade por um homem livre” (MILLER, 2015, p. 23). Ao final, a Suprema Corte norte-americana, por maioria apertada, decidiu que o casamento entre pessoas do mesmo sexo era constitucional.

Assim, no direito norte-americano, tem-se uma inegável ligação entre as barreiras oriundas do racismo e aquelas que proibiam o casamento de pessoas do mesmo sexo: a criação destes óbices foram feitas em nítida violação ao devido processamento de direito e ao princípio da busca da felicidade.

4 – A evolução da interpretação constitucional brasileira e a inserção da conceituação do princípio constitucional da busca da felicidade

Uma das dúvidas principais quando se estuda os princípios fundadores da República Federativa do Brasil é saber se o princípio da busca da felicidade, tratado em outros ordenamentos, possui consistência jurídica no direito constitucional brasileiro. Se ele existe implicitamente, se está contido em algum dos princípios constitucionais já vigentes é uma das indagações que trazem aspectos práticos inegáveis na interpretação do direito. Para desvencilharmos este assunto, vamos analisá-lo sob a ótica da evolução da hermenêutica constitucional.

4.1 – Elementos da hermenêutica constitucional

4.1.1 - A evolução hermenêutica sem modificação de texto à luz da teoria de Gadamer

Nas hermenêuticas iniciais, a desunião entre a parte e o todo representava uma tensão no entendimento dos textos, trazendo sempre uma preferência para a interpretação meramente textual como sendo a interpretação correta. Assim, as partes textuais tinham a tradição de serem interpretadas apenas isoladamente, sem o auxílio do todo, de um contexto final.

Nas retóricas antigas, já se sabia do problema de se interpretar o texto sem o contexto. Para Gadamer, a retórica antiga:

[...] comparava o discurso perfeito com um corpo orgânico e com a relação entre a cabeça e os membros. Lutero e seus seguidores transferiram essa imagem oriunda da retórica clássica para o procedimento da compreensão, e desenvolveram um princípio geral de interpretação de texto segundo o qual todos os aspectos individuais de um texto devem ser compreendidos a partir do *contextus*, do conjunto, e a partir

do sentido unitário para o qual o todo está orientado, o *scopus* (GADAMER, 2012, p. 243).

Cris Law, interpretando Gadamer, afirma:

A experiência da verdade é hermenêutica até onde a parte modifica o todo, portanto, a experiência da verdade encontrada no novo, a novidade, o inesperado, está numa situação de tensão com aquilo que já foi entendido. É com o desejo de assimilar ou entender a novidade, de acordo com aquilo que já foi experienciado, que a verdade adota essa dimensão hermenêutica (LAW, 2007, p. 87).

Texto e contexto agora passam a ter mais uma dimensão cognitiva: a *historicidade*. O contexto de vida a que pertencem os documentos passam a ser necessários na exata compreensão daquilo que foi escrito. Uma vez mudando o contexto da época da escrita, deve-se evoluir, também, na forma interpretativa. E mesmo naquele momento histórico, ao se debruçar sobre o objeto do estudo por uma segunda ou terceira vez, é normal se abrir novas linhas de questionamentos ou possibilidades. O texto escrito não muda, mas as possibilidades interpretativas mudam, pois elas terminam por serem infinitas. Neste sentido, Gadamer discorre sobre as diferenças entre uma hermenêutica tradicional e uma hermenêutica histórica:

O jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado. O historiador jurídico, ao contrário, não parte de nenhum caso concreto, mas procura determinar o sentido da lei, visualizando construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei. É só no conjunto dessas aplicações que o sentido de uma lei se torna concreto. Para determinar o sentido originário de uma lei, o historiador não pode contentar-se, portanto, em expor a aplicação originária da lei. Enquanto historiador, ele deve contemplar também as mudanças históricas pelas quais a lei passou. Sua tarefa será de intermediar compreensivelmente a aplicação originária da lei com a aplicação atual.

[...]

Quem quiser adaptar adequadamente o sentido de uma lei precisa conhecer também o seu conteúdo de sentido originário. Ele tem de pensar também em termos histórico-

jurídicos. Só que nesse caso a compreensão histórica não seria mais do que um meio para um fim. Na direção oposta, a tarefa jurídico-dogmática não interessa ao historiador como tal. Como historiador ele se movimenta numa contínua confrontação com a objetividade histórica para compreendê-la em seu valor posicional na história, enquanto que o jurista, além disso, procura reconduzir essa compreensão para a sua adaptação ao presente jurídico.

[...]

Enerst Forsthoff demonstrou numa valiosa investigação que, por razões estritamente jurídicas, foi necessário refletir sobre a mudança histórica das coisas, através do que se distinguiu entre o sentido original do conteúdo de uma lei e o que se aplica na práxis jurídica. É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deve ser aplicado. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e é só por isso que o intérprete jurídico leva em conta o valor posicional histórico atribuído a uma lei em virtude do ato do legislador. No entanto, ele não pode prender-se ao que informam os protocolos parlamentares sobre a intenção dos que elaboraram a lei. Ao contrário, deve admitir que as circunstâncias foram mudando, precisando assim determinar de novo a função normativa da lei (GADAMER, 2012, p. 428-429).

Com base nestas breves premissas, passa-se agora à análise evolutiva do princípio da dignidade da pessoa humana e se nele há ou não a inclusão do princípio da busca da felicidade.

4.1.2 – A especificidade da interpretação constitucional

Como trazem as mais mezinhas lições de direito, existem significativas distinções entre se interpretar uma norma infraconstitucional e a própria Constituição. Segundo Luís Roberto Barroso, por ser a Constituição uma norma jurídica,

... sua interpretação se socorre dos variados elementos, regras e princípios que orientam a interpretação jurídica em geral, cujo estudo remonta ao direito romano e,

na cultura jurídica romano-germânica, passa por autores importantes como Sagivny, Gény e Kelsen. A interpretação, portanto, deve levar em conta o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas (interpretação sistemática), sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica).

Nada obstante isso, a interpretação constitucional compreende um conjunto amplo de particularidades, que a singularizam no universo da interpretação jurídica. As especificidades das normas constitucionais quanto à sua posição hierárquica, natureza da linguagem, conteúdo e dimensão política fazem com que a interpretação constitucional extrapole os limites da argumentação puramente jurídica. [...] A moderna interpretação constitucional, sem desgarrar-se das categorias do direito e das possibilidades e limites dos textos normativos, ultrapassa a dimensão puramente positivista da filosofia jurídica, para assimilar argumentos da filosofia moral e da filosofia política. Ideias como interpretação evolutiva, leitura moral da Constituição e interpretação pragmática se inserem nessa ordem de considerações (*in* CANOTILHO, MENDES, SARLET, STRECK, 2013, p. 92-93).

De fato, quanto mais tempo de vida tem uma Constituição, mais o contexto social na qual foi criada é afastado e a sua interpretação evolutiva se faz necessária. Neste ponto, lembro que nossa Constituição, advinda dos debates constituintes de 1987 (ainda no regime da ditadura, mas discutida em um nítido processo de abertura), foi promulgada em 1988, ano em que sequer a internet era difundida e o Brasil possuía uma política de evidente intervenção estatal na economia. Nossa sociedade mudou bastante nestes quase 30 anos. Diversos temas, como novas formas de liberdade de expressão e grampos telemáticos, por exemplo, passaram a fazer parte do novo contexto constitucional, apesar de que no momento em que a Constituição fora promulgada e muito menos em seus debates internos, nenhum dos constituintes estivesse pensando exatamente nestes assuntos.

Assim, como aduziu Gadamer, as releituras constitucionais passaram a ser uma constante na interpretação normativa brasileira, não no sentido de relativizar em excesso suas diretivas – sob pena de se desnaturar o texto constitucional - mas sim em adaptar o seu texto aos novos contextos políticos, sociais e jurídicos que permeiam a sociedade brasileira. Apesar das várias dezenas de emendas à Constituição, diversos trechos permaneceram com a redação

original. E aí vem a inegável constatação: se a sociedade muda, mudam-se os olhos que interpretam a Constituição.

4.2 – Elementos da inserção da busca da felicidade no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

4.2.1 – O princípio da dignidade da pessoa humana como fundante do ordenamento jurídico brasileiro

A história da humanidade está repleta de guerras, revoluções sanguinárias, vinganças punitivas, que terminavam por influenciar os ordenamentos jurídicos da antiguidade. Com o advento e expansão do cristianismo, uma nova luz focou a pessoa em si mesmo considerada e suas relações com outras pessoas em um novo olhar filosófico e previamente isonômico.

Das ideias do Cristo pensador (e, por que não, filósofo) se extraem as bases dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental. As pessoas em si mesmas consideradas passam a ter um maior valor e, a despeito de suas palavras terem sido deturpadas na Idade Média, suas ideias influenciaram toda uma linha de pensadores no período do renascimento cultural mundial, ocorrido há cerca de 300 anos.

Paulatinamente, as pessoas passaram a ter um maior valor para a ordem jurídica. Com ela, adveio o conceito de *dignidade*: não basta apenas respeitar o direito à vida; esta tem que ser digna de se viver.

Atualmente, o princípio da dignidade da pessoa humana está previsto em diversas constituições, sendo considerado um princípio fundante em diversos ordenamentos. Quer seja na Constituição alemã (art. 1º, I), na espanhola (preâmbulo e artigo 10, I), na portuguesa (art. 1º), na russa (art. 21), na chilena (art. 1º), na cubana (preâmbulo e art. 9º), sul-africana (art. 1º, a e diversas outras previsões).

Está previsto também no artigo 1º da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, ao afirmar que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”, bem como na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo artigo 1º prescreve que “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro é considerado “como o princípio (e valor) de maior hierarquia da nossa e de todas as ordens jurídicas que a reconheceram” (SARLET, 2011, p.340). Há de se destacar que, sendo a dignidade da pessoa humana princípio fundante do ordenamento brasileiro, uma norma hermenêutica se impõe: em favor da dignidade não pode haver dúvidas; ela sempre prevalecerá.

De outro turno, um aspecto de transcendental importância para se compreender o princípio da dignidade da pessoa humana é analisá-la com sua função/critério para a construção de um catálogo materialmente aberto de direitos fundamentais dela diretamente derivados, como o direito à vida e ao nome (*v.g.*), mesmo que estes direitos não estejam previstos diretamente na constituição de um país. Estaria o princípio da busca da felicidade incluído no rol de princípios derivados do princípio fundante da dignidade humana?

4.2.2 – A inclusão conceitual da busca da felicidade na dignidade humana

O princípio da busca da felicidade possui contornos próprios que devem ser corretamente observados, sob pena de se interpretá-los equivocadamente e trazer resultados que terminam por violá-lo. Nem a dignidade e nem a “busca da felicidade” podem ser interpretados como uma espécie de espelho, onde cada qual interpreta apenas o que pretende ver. Há a necessidade de um corte conceitual para lhe dar substrato jurídico. Nesse ponto, a filósofa russo/norte-americana Ayn Rand traz a seguinte definição:

O direito à busca da felicidade significa o direito do homem a viver para si, para escolher o que constitui a sua própria felicidade individual, pessoal, privada e trabalhar para a sua realização, desde que ele respeite o mesmo direito em outros. Isso significa que o homem não pode ser forçado a dedicar sua vida à felicidade de um outro homem, nem de qualquer número de outros homens. Isso significa que o coletivo não pode decidir o que deve ser o propósito da existência de um homem, nem prescrever sua escolha de felicidade (RAND, 1986, p. 29)⁷.

⁷ No original: “The Right to the Pursuit of Happiness means man’s right to live for himself, to choose what constitutes his own private, personal, individual happiness and to work for its achievement, so long as he respects the same right in others. It means that Man cannot be forced to devote his life to the happiness of

Observa-se nesta conceituação que o direito em tela é de buscar a felicidade, não de encontrá-la e capturá-la. Significa que um homem tem o direito de tomar as ações legais necessárias que o possibilite a encontrar a felicidade; não significa, entretanto, que os outros (incluindo o próprio Poder Público) devam fazê-lo feliz.

Assim, as barreiras impostas pelo Estado ou pelas outras pessoas que não seja constitucional ou moralmente aceitas devem ser expungidas pelo ordenamento jurídico. Nos casos aqui analisados do direito norte-americano, verificou-se a existência de *discrimens* nos casamentos de pessoas de “cores” diferentes e de pessoas do mesmo sexo, cujas condutas eram criminalizadas e terminantemente proibidas por lei. Estas barreiras que impediam a busca da felicidade – a proibição civil e criminalização do casamento em si – é que, por serem inconstitucionais, deveriam ser declaradas nulas pelo Judiciário. Já a felicidade no casamento não pode ser considerada um direito subjetivo a ser exigível do Estado, posto que o direito em tela é o de busca, não de obtenção da felicidade.

4.3 – Os recentes casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal vem tratando o princípio da busca da felicidade como um princípio constitucional implícito e derivado da dignidade da pessoa humana. Em recentes julgados, o STF passou a descrevê-lo como uma espécie de princípio implícito na CF/88. Confira-se os escólios do STF, *litteris*:

“O 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 cujas 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

another man nor of any number of other men. It means that the collective cannot decide what is to be the purpose of a man's existence nor prescribe his choice of happiness”.

expressão de uma ideia-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”. Ministro Celso de Melo, RE 477.554, julgado em 16.08.2011.

Entendimento do STF quanto à pesquisa com células tronco:

“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”(Min. Celso de Mello) ([ADI 3.510](#), rel. min. **Ayres Britto**, julgamento em 29-5-2008, Plenário,*DJE* de 28-5-2010).

Outras decisões do STF envolvendo o tema:

“Ressalto o direito do homem à constante busca da felicidade, da realização como ser humano, passando o fenômeno pela reconstrução familiar” SE 6.467/EU, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 30.5.2000.

“O direito fundamental assegurado na Constituição Federal refere-se se ao dever do Estado de permitir e prover os meios para a busca do sucesso, da felicidade e do bem comum” RE 370.212/RS, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJU 16.11.2010.

Assim, percebe-se com nitidez que o princípio da busca da felicidade está contido no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo considerado um sub-princípio constitucional ou um princípio implícito.

5 – Conclusões

Não restam maiores dúvidas de que o princípio da busca da felicidade encontra-se, hoje, devidamente positivado dentro do princípio da dignidade da pessoa humana através da interpretação evolutiva de nosso direito constitucional e está intimamente ligado aos recentes fenômenos de direito civil ligados à formação familiar. Não pode o Estado criar barreiras

injustificáveis para impedir que cada pessoa possa, por si só, ir atrás do que entende que lhe trará felicidade. Não que o Estado tenha que entregar o produto final “felicidade” a cada pessoa; muito pelo contrário, a obrigação principal do Estado é um “não fazer”: não criar óbices para que cada um possa ir atrás do que poderá lhe fazer feliz.

Assim, tanto nos EUA quanto no Brasil, os óbices criados pelo Poder Público (quer seja através de simples proibição como de criminalização de casamentos inter-raciais ou homoafetivos) corresponderam a barreiras históricas que violaram o devido processo de direito e o princípio constitucional, também brasileiro, da busca da felicidade.

6 – Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco; Poética/Aristóteles*; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4ª Edição : São Paulo, Nova Cultura, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação constitucional como interpretação específica*, in CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz: *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis : Vozes, 2012.

GOLD, Susan Dudley. *Supreme court milestones. Loving v. Virginia. Lifting the ban against interracial marriage*. New York : Marshall Cavendish, 2008.

JAYNE, Allen. *Jefferson’s declaration of Independence: origins, philosophy and theology*. Kentucky, The University Press of Kentucky, 1998.

LAW, Chirs. *Compreender Gadamer*. Petrópolis : Vozes, 2007.

MILLER, Roger LeRoy. *Business law today. The Essentials. Text & summarized cases*. 11th edition. Arlington : Cengage Learning, 2015.

NODARI, Paulo César. A emergência do individualismo moderno do pensamento de John Locke. Coleção Filosofia nº 95. Porto Alegre : EDIPUCRS, 1999.

PASCOE, Peggy. *In* Black-white intermarriage in American history, literature and law. Miscegenation law, court cases, and ideologies of race in twentieth-century America, p. 182-183. Oxford, Oxford University Press, 2000.

PASCOE, Peggy. Miscegenation law, court cases, and ideologies of “race” in Twentieth-Century America. *In* The Journal of American History, June 1996.

RAND, Ayn. The Ayn Rand Lexicon: objectivism from A to Z. Penguin Books, New York, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade humana. In TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio: Dicionário de princípios constitucionais. Rio de Janeiro : Elsevier, 2011.

SOLLORS, Werner. Black-white intermarriage in American History, literature, and law. Oxford University Press: 2000.

SCHARTZ, Stephan. George Mason: forgotten founder, he conceived the bill of rights. Smithsonian Magazine, April 30, 2010. <http://www.smithsonianmag.com/history/george-mason-forgotten-founder-he-conceived-the-bill-of-rights-64408583/?no-ist>.