



O PRINCÍPIO DA BUSCA DA FELICIDADE COMO POSTULADO UNIVERSAL

Saul Tourinho Leal*¹

Resumo: O autor propõe ensaio acerca da força normativa dos princípios constitucionais e leva, para o Supremo Tribunal Federal, sua pesquisa, voltada à aplicação de um princípio consignado na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, o da busca da felicidade. Traz relato da sua aplicação pela Suprema Corte norte-americana. Cita precedentes no STF. Identifica os ministros que mais o utilizam. Indica em quais temas o princípio surge. Relata caso tido por relevante no qual seu desfecho citara o princípio da busca da felicidade.

Abstract: The author develops a research paper on the normative force of constitutional principles and applies it to the Federal Supreme Court, focusing on the application of a principle set forth in the United States Declaration of Independence: the pursuit of happiness. The author reports on the application of the principle by the US Supreme Court and mentions case-law of the Brazilian Federal Supreme Court, besides identifying which Justices employ the principle more often and in which subjects it is referred to. A relevant precedent is reviewed and its conclusions contain reference to the principle of pursuit of happiness.

¹ * Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), professor de Direito Constitucional do Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB) e advogado.

1. Apresentação

O tempo é de busca.

Busca-se a perfeição estética em resposta à saga pela beleza difundida pelo mundo. Busca-se a juventude eterna, por meio de milagrosas fórmulas, numa demonstração de despreço à velhice e, principalmente, à verdade. Busca-se o ápice profissional, ainda que para isso sejam necessárias renúncias descabidas. Busca-se o amanhã, antes do hoje, numa frenética corrida contra o tempo. Busca-se espaço, físico e virtual, para o livre trânsito do capital. Busca-se o que se quer, ainda que com isso se consiga o que jamais se almejou. Busca-se tudo, esquecendo-se, muitas vezes, de buscar o mais básico alimento da vida: a felicidade.

O presente ensaio traz passeio pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fazendo breve visita à doutrina constitucional norte-americana, na tentativa de identificar como essas instâncias cuidam do princípio da busca da felicidade.

Constante da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, o princípio da busca da felicidade tem sido utilizado pela jurisprudência estrangeira e nacional para assegurar o cumprimento de direitos fundamentais.

Identificamos referências não raras sobre essa empreitada.

Interessante notar que, não estamos a falar de uma espécie de direito à felicidade, mas à garantia, pela Constituição, de que todo ser humano pode buscá-la.

Essa sobre essa base que o presente ensaio será construído.

Sigamos juntos.

2. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais

Vivemos um tempo no qual os princípios constitucionais alçaram vôo à normatividade². Uns falam em neo-constitucionalismo³. Outros em modismos⁴.

Após a 2ª Guerra Mundial assistimos à realização de constituições, além de escritas, analíticas e repletas de normas programáticas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios gerais. Todos eles invocando sua concretização⁵.

Várias leituras dessas constituições passaram a surgir. Reconheceu-se a normatividade dos princípios constitucionais⁶, dando-lhes imperatividade⁷.

² HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

³ Luis Roberto Barroso, em prefácio: “o fenômeno do Neoconstitucionalismo tem como marco filosófico o pós-positivismo, como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2ª Guerra Mundial, onde, no caso brasileiro, ocorreu com a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988 e, como marco teórico, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação”. BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴ HORBACH, Carlos Bastide. *A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, n. 859, p. 81-91, mai./2007.

⁵ Uma vasta literatura cuida dessa visão. Ver: SCHIMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Traducción de Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2001; SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción de José Maria Beneyto Pérez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985; HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Licurgo da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968; HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992; MËLLER, Friedrich. *Direito Linguagem, violência: elementos de teoria constitucional, I*. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995; HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997; ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999; GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. I; HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996; RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000; ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Bueno Aires: Eudeba, 1997.

⁶ José Sérgio da Silva Cristóvam diz: “A metodologia constitucional, como de resto toda a cultura jurídica contemporânea, vem sofrendo uma profunda reestruturação em

Paulo Bonavides, citando Jean Boulanger, diz que os princípios jurídicos são materiais mediante os quais a doutrina pode “edificar com confiança a construção jurídica”, havendo entre princípio e regra jurídica não somente uma diferença de importância, mas também de natureza⁸. José Sérgio da Silva Cristóvam finaliza:

Os princípios constitucionais são normas que sustentam todo o ordenamento jurídico, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento constitucional. Podem ser expressos mediante enunciados normativos a figurar implicitamente no texto constitucional. Constituem-se em orientações e mandamentos de natureza informadora da racionalidade do ordenamento e capazes de evidenciar a ordem jurídico-constitucional vigente. Não servem apenas de esteio estruturante e organizador da Constituição, representando normas constitucionais de eficácia vinculante na proteção e garantia dos direitos fundamentais.⁹

No Brasil, papel de destaque à Constituição de 1988, à doutrina e ao Supremo Tribunal Federal em atribuir força normativa aos princípios constitucionais.

A breve caminhada em relação ao reconhecimento pelas instâncias julgadoras da força normativa dos princípios constitucionais serve para que passemos ao degrau seguinte, que é a apresentação do princípio da busca da felicidade, bem como para que possamos identificar como esse postulado universal tem sido utilizado pelo Supremo.

suas bases teóricas, bem como, na interação com os diversos fatores que compõem a sociedade atual. A paulatina consolidação do novo constitucionalismo – sinal indelével de uma sensível superação das teses centrais do positivismo jurídico – tem refletido viva e fecundamente na fundação de uma moderna teoria da Constituição, pautada pela força normativa dos princípios constitucionais, a eficácia dos direitos fundamentais e a supremacia da ordem constitucional”. **Colisões entre Princípios Constitucionais – Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006, p.189.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 21 jul. 2008.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000, p.239/240.

3. O Princípio da Busca da Felicidade nos Estados Unidos

3.1 A Declaração de Independência dos Estados Unidos

“Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade”¹⁰. Eis trecho da Declaração de Independência dos Estados Unidos¹¹.

Todos devem ter amplas condições de alcançar seus sonhos. O Estado não pode, por um lado, atrapalhar essa caminhada. Mas isso não é suficiente. Deve ele facilitá-la.

Intitulado de princípio da busca da felicidade, essa concepção foi levada à lume pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América por meio do voto de Earl Warren no caso *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967).

⁹ CRISTÓVAN, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais – Razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p.69.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.105.

¹¹ Declaração da Independência, no Congresso, 4 de julho de 1776 - Declaração Unânime dos Treze Estados Unidos da América: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal; that they are endowed by the Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness”.

3.1 O Caso *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967)

Os fatos relativos ao caso são os seguintes.

No Estado da Virgínia, em 1958, Mildred Jeter, negra, casou com Richard Loving, branco, no Distrito Federal (*District of Colombia*). O casal, após as bodas, voltou para a Virgínia, que, à semelhança de quinze outros Estados, vedava matrimônio inter-racial. O dispositivo legal (*Punishment for Marriage*), dizia que, caso alguém se casasse com uma pessoa “de cor”, ou alguém “de cor” se casasse com uma pessoa branca, esse alguém incorreria em crime e seria punido com prisão em penitenciária por não menos de um, e não mais de cinco anos.

Mildred e Richard receberam, no primeiro grau, decisão no sentido de que o casamento se dera fora do Estado da Virgínia para burlar a lei, razão pela qual ao casal deveria ser imposta a condenação a um ano de prisão. A execução da sentença, todavia, foi suspensa sob a condição de que os condenados ficassem fora do Estado durante 25 anos. Transcrevemos trecho do voto. A argumentação provoca náuseas:

O Todo Poderoso criou as raças branca, negra, amarela, malaia e vermelha, e as colocou em continentes separados. Em decorrência disso, não deveria haver tais casamentos. Pelo fato de haver Ele (Deus) separado as raças, mostra que era sua intenção não deixar que as raças se misturassem.¹²

Loving apelou. O tribunal de apelação, ao negar provimento ao recurso, entendeu que a lei era constitucional, pois tratava negros e brancos de modo igual.

Na Suprema Corte, o *Chief Justice*, Earl Warren¹³, que falou pelo colegiado, após sublinhar que a decisão violara as cláusulas do *due process* e da *equal protection of laws*, invocou decisões anteriores, arrematando:

¹² 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 marriages. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix.”

¹³ Sobre a composição da Corte de Warren, ver: MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.37.

A liberdade de casar-se já foi há muito reconhecida como um dos direitos individuais vitais, essenciais na busca pacífica da felicidade para os homens livres. (...) Negar esse direito fundamental com arrimo em tão insuportável base como as classificações raciais, incorporadas nessas leis, classificações tão diretamente subversivas do princípio da igualdade (existente) no âmago da Emenda 14, é, por certo, privar todos os cidadãos dos Estados de liberdade sem o devido processo legal. A Emenda 14 exige que a livre liberdade de escolha para se casar não seja restringida por discriminações raciais odiosas. Sob nossa Constituição, a liberdade de casar-se, ou não se casar, com uma pessoa de outra raça está no (próprio) indivíduo, e não pode ser infringida pelo Estado.¹⁴

Anthony Lewis, descrevendo Earl Warren, registrou: “Cada um de seus votos, era como uma norma criada de novo – uma apresentação do problema naquele caso, quase dando a impressão de que não existiam precedentes ou teorias em contrário, como inevitavelmente acontece”.¹⁵

Ainda bem que Earl estava lá.

¹⁴ Em relação às liberdades civis asseguradas pela Corte de Warren, temos: Em *Brown v. Board Education* (1954) foi reputada inconstitucional a segregação racial predominante nas escolas públicas no Sul dos Estados Unidos ultrapassando o precedente *Plessy v. Ferguson* (1896), segundo o qual a segregação nos transportes ferroviários havia sido reputada compatível com o princípio da igualdade. Em *Watkins v. United States* (1957), o Tribunal julgou os limites do poder do Congresso, seu poder investigatório em caso de instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito. Em *Baker v. Carr* (1962) a Corte reviu o precedente *Colegrove v. Green* (1949), passando a admitir que a ordenação dos distritos eleitorais era matéria sujeita a revisão judicial, e não mais uma ‘questão política’. Admitida a possibilidade do controle judicial, a Corte, em *Reynolds v. Simms* (1964), formulou o princípio ‘um homem um voto’. Em *New York Times v. Sullivan* (1964), consagrando a liberdade de imprensa, o voto condutor do Juiz William Brennan asseverou: ‘(...) o debate de assuntos públicos deve ser sem inibições, robusto, amplo, e pode incluir ataques veementes, cáusticos e, algumas vezes, desagradáveis ao governo e às autoridades governamentais’. Em *Shapiro v. Thompson* (1969), foram invalidadas diversas leis estaduais que negavam prestações estatais de caráter social àqueles que não comprovassem que residiam nas respectivas localidades por pelo menos um ano. Em *Griswold v. Connecticut* (1965), invalidou-se lei estadual que proibia a comercialização ou utilização de anticoncepcionais, reconhecendo a existência de um *right of privacy* não previsto expressamente na Constituição norte-americana. Em *Gideon v. Wainwright* (1963) reconheceu-se aos acusados perante tribunais estaduais o direito a assistência judiciária provida pelo Estado se eles não tivessem condições de contratar um advogado. Em *Mapp v. Ohio* (1961), estendeu-se aos estados a *exclusionary rule* (vedação de provas ilícitas em processos) que a Suprema Corte havia imposto às autoridades federais em *Weeks v. United States* (1914). Em *Miranda v. Arizona* (1966), assentou-se que declarações incriminatórias obtidas em interrogatório policial só poderiam ser admitidas como prova se o acusado fosse previamente informado de seu direito de permanecer calado, de que qualquer coisa que dissesse poderia ser usada contra ele, de que teria o direito à presença de um advogado e de que, se não pudesse pagar o advogado, teria direito a um fornecido pelo Estado. Obra seminal a respeito: RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte de Warren (1953-1969) Revolução Constitucional**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1986.

¹⁵ LEWIS, Anthony. **Earl Warren, in The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969**. Treir Lives an Major Opinions. Editors Leon Friedman an Fred L. Israel. New York, 1969, p. 2.724 e 2.7266.

3.3 Conclusões

Temos aqui, portanto, a apresentação do princípio da busca da felicidade no direito constitucional norte-americano, bem como a sua utilização pela Suprema Corte daquele país como fundamento de uma decisão voltada à garantia do gozo de direitos fundamentais e de combate à violação aos direitos humanos.

Seguiremos, em passo seguinte, com o Brasil.

4. O Princípio da Busca da Felicidade no Direito brasileiro

4.1 A Constituição Federal de 1988

Vejamos como a coisa funciona por aqui.

A Constituição Federal não trouxe, de modo explícito, o princípio da busca da felicidade, 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.

A idéia de busca pela felicidade é anseio universal, independentemente estar ele contido expressamente em documentos escritos. Trata-se de vontade que rompe barreiras geográficas, culturais ou econômicas.

Não tenho dúvida de que a humanidade almeja ser feliz.

4.2 A Adoção do Princípio pelo Supremo Tribunal Federal

Nada obstante não tenhamos o aludido princípio inserido explicitamente na Carta Constitucional, o Supremo Tribunal a ele faz menção, em variados acórdãos.

O ministro Carlos Velloso, nos autos do Recurso Extraordinário nº 328.232/AM (DJ 20/04/2005), fez registro:

(...) convém registrar, que uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz.¹⁶

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio, julgando a Sentença Estrangeira nº 6.467 (Estados Unidos da América - DJ 30/05/00), cuidando sobre homologação de sentença de divórcio, destacou: “Sob o ângulo do móvel do pedido, consignado na inicial, muito embora o fato não fosse exigível, ressalto o direito do homem à constante busca da felicidade, da realização como ser humano, passando o fenômeno pela reconstrução familiar”.

Vejamos que a idéia de possibilitar que o ser humano busque a felicidade, sem que o aparelho estatal atrapalhe sua caminhada, é utilizado em nuances diversas pelos dois ministros. O primeiro caso tratava de tema de direito administrativo. O segundo, voltado à área do direito de família.

Mas as posições do Supremo considerando esse postulado não cessam por aí.

O ministro Celso de Mello, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 3.300/DF (DJ 09/02/2006), consignou:

Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que 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

¹⁶ O Ministro Carlos Velloso citou em diversas oportunidades o princípio da busca da felicidade. Ver: AI 548146/AM (DJ 10/02/2006); AI 419620/AM (DJ 06/02/2006); AI 442998/AM (DJ 06/02/2006); AI 516263 AgR /AM (DJ 17/11/2005); RE 431.996/AM (DJ 15/08/2005).

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 a 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 conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.

Recentemente, ainda o ministro Celso, julgando improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, que discutia a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias previstas pelo artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 2005), mencionou:

o luminoso voto proferido pelo eminente ministro Carlos Britto permitirá a esses milhões de brasileiros, que hoje sofrem e que hoje se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável que é o direito à busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade, direito de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado.¹⁷

Claro fica a utilização, pela nossa Corte Suprema, do tão mencionado princípio.

5. O Caso Marcos José *versus* Estado de Pernambuco

5.1 Os fatos

Vejamos um caso que carrega em si um grau de dramaticidade¹⁸.

Ele foi julgado pela Corte na sessão extraordinária do dia 14 de abril de 2008, com pouco mais da metade dos seus ministros presentes ao Plenário. A decisão do

¹⁷ Trecho divulgado em notícia publicada dia 29 de maio de 2008, no site do Supremo, com o título: STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias.

¹⁸ Os fatos e fundamentos jurídicos narrados no caso foram colhidos do Informativo STF nº 502. Brasília, 14 a 18 de abril de 2008. Outros detalhes foram disponibilizados pelo site do Tribunal. Além disso, estive presente ao julgamento.

caso que mais adiante será apresentado garantiu que um jovem universitário de 25 anos, Marcos José Silva de Oliveira, tetraplégico em razão de um assalto ocorrido em via pública no Estado de Pernambuco (PE), tivesse direito a ser submetido a uma cirurgia de implante de um Marcapasso Diafragmático Muscular (MDM) a fim de que pudesse respirar sem depender de aparelho mecânico¹⁹. Tudo custeado pelo aludido Estado.

O desfecho foi dado no julgamento do agravo regimental interposto pelo jovem nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 223/PE. Ele contestava decisão da Presidência do STF que suspendia execução da decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJ/PE) que determinava a liberação de quantia depositada por meio de uma ação de indenização para que a cirurgia fosse realizada. Ao tempo, a Presidente era a ministra Ellen Gracie, que também relatou o caso.

O TJ/PE determinou a transferência de recursos que foram depositados pelo Estado em conta judicial para uma conta bancária no exterior, pertencente ao médico norte-americano indicado pela família para vir ao Brasil operar o paciente. Segundo familiares, o Brasil não possuía profissional capacitado para realizar tal procedimento, que, caso não ocorresse até dia 30 de abril (o julgamento ocorreria dia 14 de abril) resultaria num alto risco de morte imputado à vítima.

Em sede de tutela antecipada, a responsabilização de Pernambuco pelo custo da cirurgia equivalia a U\$ 150.000 (cento e cinquenta mil dólares americanos).

Estamos a falar, portanto, de um tratamento caro e sem certeza de resultados. Seria uma tentativa. Talvez, o último suspiro. O que o jovem desejava, ao bater às portas daquele Palácio de Justiça era manter viva a pequena chama que ainda brilhava ao final do seu particular túnel da vida. Marcos pediu, ao Tribunal, para que lhe fosse assegurado o direito à esperança. Em verdade, era o princípio da busca da felicidade em suas múltiplas dimensões ali projetado.

Concluo os fatos.

Por fim, o Estado de Pernambuco sustentou ocorrência de grave lesão à ordem pública, em razão da iminência de transferência de recursos públicos ao exterior para

¹⁹ Na sessão extraordinária estavam ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos

pessoa não domiciliada no país, sem prévia autorização do Banco Central do Brasil. Alegava ocorrência de grave lesão à economia pública, com base na determinação do pagamento sem o trânsito em julgado da sentença condenatória e sem a obrigatória expedição de precatório, em afronta ao artigo 100 da Constituição Federal.

3.2 O voto da Relatora, ministra Ellen Gracie

A ministra Ellen Gracie, relatora da matéria, negou provimento ao recurso, nada obstante tenho feito questão de frisar: “Não desconheço o sofrimento e a dura realidade vivida pelo agravante com especial deferência por seus familiares que zelosamente empreendem esforços para assegurar e prover o mais rápido possível uma melhor condição ao seu ente querido”.

Ela considerou que a determinação para que o Estado pagasse todas as despesas necessárias à realização da cirurgia, com base na forma e com profissional requeridos, defrontava-se especialmente com o conceito de ordem pública administrativa, a qual exigiria verificação ao menos da aparente legalidade da postura da administração que a decisão a suspender poria em risco.

Estaria configurada, no seu entender, a grave lesão à ordem pública “na sua acepção jurídico-administrativa”, tendo em vista a imposição, ao poder público, do pagamento de cirurgia de alto custo sem qualquer registro de prévio procedimento administrativo. Disse Sua Excelência: “Não consta dos autos qualquer avaliação clínica prévia capaz de aferir de maneira segura e adequada a viabilidade técnica ou mesmo a prescrição clínica para que o paciente, ora agravante, se submeta ao procedimento cirúrgico pleiteado”.

E prosseguiu.

Segundo a Ministra, conforme relatório de auditoria médica realizado pela Secretaria Estadual de Saúde, havia relatos evidenciando que o risco cirúrgico na implantação do marcapasso em pacientes tetraplégicos era maior.

De acordo com o relatório, “por se tratar de procedimento incipiente, de custo

Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

elevado não oferecendo garantias de sucesso e ainda em fase experimental, o procedimento ainda não consta do rol de procedimentos da ANS, tendo sido inclusive negado pela operadora de saúde da qual o paciente é usuário”. Para a Ministra, “persistem dúvidas severas quanto à viabilidade técnica do procedimento bem como a sua prescrição clínica”.

Por último, ressaltou também estar devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão à ordem pública na sua acepção “jurídico-constitucional e jurídico-processual, porquanto a tutela antecipada de mérito, ao determinar imediato pagamento de todas as despesas necessárias a realização da cirurgia em comento, na forma e com o profissional requerido pela parte agravante, inclusive com o repasse direto do valor depositado em juízo a conta bancária no exterior de médico escolhido pelos familiares do agravante, descumpriu o que dispõe o artigo 100 da Constituição Federal (pagamentos por precatórios) e artigo 2º, b, da Lei nº 9.494, de 1997 (norma que proíbe a execução provisória de julgados contra o poder público)”.

A Presidente Ellen agiu em atendimento não só à sua consciência, mas à jurisprudência do próprio Supremo, que tem feito prevalecer, em alguns casos, o princípio da reserva do possível e, mais modernamente, o princípio da reserva do financeiramente possível, no sentido de que a Administração Pública deve dar cumprimento a tais pretensões na medida em que não haja o comprometimento de seus orçamentos em prejuízo de toda a coletividade.

O Plenário, por segundos, silenciou.

Nas cadeiras, poucas pessoas.

Era uma tarde de segunda-feira. Uma sessão extraordinária. Até então, nada levava a crer que, além da sessão, a decisão também seria extraordinária, assim como aquele início de semana. A Corte cuidava do tema tendo presentes somente cinco dos seus onze ministros. Eram eles: Ellen Gracie, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Cezar Peluso. Cinco mentes e uma vida em jogo. Marcos José, o interessado, ainda respirava com auxílio mecânico e o tempo era o seu maior algoz. A data limite era 30 de abril. Estávamos no dia 14. O relógio girava em ritmo regressivo.

3.3 A divergência liderada pelo ministro Celso de Mello

O ministro Celso de Mello, iniciou uma divergência, de modo diferente do que de costume. A voz, sempre serena, demonstrou emoção.

Ele entendeu que o recurso deveria ser provido a fim de manter o ato quanto à obrigação de prestar o tratamento. Segundo o decano da Suprema Corte, o Estado de Pernambuco, assim como outras localidades brasileiras, possuem pontos conhecidos pela prática criminosa.

No caso, entendeu ter havido omissão por parte dos agentes públicos na adoção de medidas efetivas, “que o bom senso impõe”²⁰.

O Ministro frisou que Marcos, a vítima, tinha o direito de viver de maneira autônoma, uma vez que necessitava de aparelho mecânico para respirar.

O raciocínio desenvolvido pelo Ministro consagra o direito à vida, dentro de um jogo de ponderações de valores de tênue articulação.

Ao se reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o direito fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário senão fazer prevalecer o direito à vida. Suas palavras foram: “Tenho a impressão que a realidade da vida tão pulsante nesse caso impõe que se dê provimento a este recurso e que se reconheça a essa pessoa o direito de buscar autonomia existencial desvinculando-se de um respirador artificial que a mantém ligada a um leito hospitalar depois de meses de estado comatoso”.

O Tribunal, por maioria, vencida a ministra Ellen, deu provimento a agravo regimental para manter decisão interlocutória proferida por desembargador do TJ/PE, que concedera parcialmente pedido formulado em ação de indenização por perdas e danos morais e materiais para determinar que o mencionado Estado-membro pagasse todas as despesas necessárias à realização de cirurgia de implante de Marcapasso Diafragmático Muscular - MDM no agravante, com o profissional por este requerido.

A conclusão do Ministro foi a de que deve ser reconhecido a todos o direito à

²⁰ “Medidas que muitas vezes os responsáveis pela segurança pública nos estados desconhecem ou fazem de conta que não sabem”, disse o ministro Celso de Mello, analisando que falta serviço adequado em matéria de segurança pública no país.

busca da felicidade, consectário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Marcos José, certamente, após o julgamento, viu, na sua concepção, ser praticada a afamada Justiça. Foi a ele dado o direito de tentar respirar aliviado.

6. Considerações Finais

Desde a declaração de independência dos Estados Unidos temos consignado em documento histórico a idéia de que o ser humano deve ter todas as condições de buscar a sua felicidade, o seu desenvolvimento e o atingimento dos seus sonhos.

A própria Suprema Corte norte-americana, no caso *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967), por meio do voto de Earl Warren invocou o princípio como elemento estruturante do processo hermenêutico a ser utilizado em casos que contornem o tema dos direitos fundamentais.

No Brasil, nada obstante não tenhamos explícito na nossa Constituição esse postulado, temos, como fundamento da República, o princípio da dignidade da pessoa humana, que é fonte primeira dele.

O Supremo Tribunal Federal, observando o que consignado na Carta Norte-Americana, e rementendo esse princípio à categoria de postulado universal, tem inserido, na sua jurisprudência, posições fundamentadas no princípio da busca da felicidade, mormente quando o tema cuida de direitos fundamentais.

O princípio da busca da felicidade, portanto, surge como princípio constitucional implícito, atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais.

7. Referência Bibliográfica

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, v. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 21 jul. 2008.

BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre Princípios Constitucionais – Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armino Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Licurgo da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LEWIS, Anthony. *Earl Warren, in The Justices of the United States Supreme Cour.: Treir Lives an Major Opinions*. Editors. New York: Leon Friedman an Fred L. Israel, 1969.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004.

MËLLER, Friedrich. *Direito Linguagem, violência: elementos de teoria constitucional*, I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Bueno Aires: Eudeba, 1997.

SCHIMITT, Carl. *Teoria de la Constitución. Traducción*. Tradução: Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2001.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción de José Maria Beneyto Pérez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.