



DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE: ANÁLISE DO PRINCÍPIO ENUNCIADO NO JULGAMENTO DA ADPF 132 À LUZ DA TEORIA DE RONALD DWORKIN

Arthur de Oliveira Calaçã Costa¹

RESUMO: O presente trabalho visa a tratar das possibilidades de encarar como exigível o Direito à felicidade à luz da teoria de Ronald M. Dworkin, nos termos em que foi tratado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ (ADPF 132), sobretudo do modo como o desenvolveu em seu voto o Ministro Celso de Mello. Neste sentido, é de se questionar se é exigível uma decisão judicial que venha a resguardar o referido direito, e se esta decisão pode ser justificada pelo princípio da busca pela felicidade no sentido que Dworkin atribui ao termo “princípio”. Para isto, faz-se necessária uma preliminar incursão teórica a respeito da discricionariedade judicial, seguida pela proposta de Ronald Dworkin para, por fim, concluir pela impossibilidade de se exigir o direito à felicidade sob a ótica doutrinária desenhada pelo professor de Oxford.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional; Teoria Geral do Direito; Dworkin; ADPF 132; Direito à felicidade; princípios.

ABSTRACT:

This article intends to treat of the possibilities of facing the right to the pursuit of happiness as a demanding one under the light of Ronald Dworkin's theory, especially in the ways such right has been presented in the ADPF 132/RJ by the Brazilian Federal Supreme Court Justice Celso de Mello. In such sense, the main issue is whether a decision which protects such right is something possible of being demanded by citizens and, therefore, if it can be justified by arguments of principle. In order to know so, a preliminary theoretical survey concerning judicial discretion shows itself necessary, followed by a brief presentation of Dworkin's theory. After all, it is found the right to the pursuit of happiness is not a demandable one.

KEY-WORDS: Constitutional jurisdiction; Jurisprudence; Dworkin; ADPF 132; Law and happiness; principles.

INTRODUÇÃO

¹ É graduando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (arthurcalaca_@hotmail.com).

Os limites e possibilidades das decisões judiciais constituem tema de grande relevância e debate no cenário jurídico contemporâneo.

A ordem constitucional inaugurada pela Carta de 1988 introduziu um longo elenco de compromissos políticos. Dentre eles, os direitos fundamentais constituem tópico a que se dedica atenção especial: não são apenas normas programáticas, mas, em verdade, consistem em elementos vinculadores das atividades dos três Poderes².

Desta forma, não é de impressionar que o Poder Judiciário tenha tido participação expressiva na realização dos direitos fundamentais no exercício da jurisdição constitucional. Luís Roberto Barroso destaca que o advento do Estado Constitucional de Direito celebra novos paradigmas da interpretação constitucional, dentre os quais se destacam a força normativa dos princípios, a supremacia da Constituição e, conseqüentemente, a interpretação conforme à Constituição³. O então advogado menciona, ainda, o papel assumido pelo Poder Judiciário neste quarto final do século XX, consistente também em interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição⁴.

No entanto, o ímpeto concretizador de direitos fundamentais, levado a cabo pela jurisdição constitucional, diversas vezes suscita questionamentos a respeito da legitimidade dos juízes para decidir questões de conteúdo eminentemente político, sobretudo nos casos em que o sistema normativo não fornece respostas para os casos a serem julgados, permitindo que o magistrado decida em um sentido ou em outro⁵. A atuação judicial instrumentalizada por uma metodologia baseada em normas pressupostas nos casos em que o juiz, diz-se, tem discricionariedade forte, tem provocado perplexidades na medida em que se afirma que, nestes casos, o juiz age como um legislador delegado, isto é, atua como se legislador fosse para decidir discricionariamente o caso concreto⁶.

Logo, passa-se a indagar da legitimidade da atuação judicial nos casos difíceis, já que, no sistema democrático representativo, consagrado na ordem jurídica brasileira, a

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 147 e segs.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 309 e segs.

⁴ *Idem, Ibidem*, pp. 243 e segs.

⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, pp. 14 e segs.

⁶ *Idem, Ibidem*, pp. 81 e segs.

decisão de questões políticas é destinada à apreciação de órgãos legitimados pelo voto popular para tal⁷.

Lênio Streck chama atenção para a necessidade do uso de critérios técnico-hermenêuticos para a atuação judicial. Em meio a outros temas, o eminente professor aponta constatações nos planos jurisprudencial e doutrinário do uso indiscriminado de princípios⁸.

Neste contexto, chamou-nos atenção, em particular, do princípio da busca da felicidade. Embora seja um princípio de uso relativamente recente na jurisprudência brasileira, foi usado como fundamento no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 (ADPF 132) para justificar a decisão que afirmou a obrigatoriedade do reconhecimento do *status* de entidade familiar aos casais homoafetivos em regime de união estável, bem como os mesmos direitos e deveres dos companheiros em união estável heteroafetiva, desde que atendidos os mesmos pressupostos de reconhecimento desta última modalidade de união estável⁹.

O uso do referido princípio na afirmação de direitos fundamentais naquela decisão – que, diga-se de passagem, foi aclamada no cenário político e jurídico – motivou-nos a investigar seriamente as possibilidades da busca da felicidade para a justificação de direitos individuais, sob a ótica fornecida pelas construções teóricas de Ronald Dworkin.

O autor norte-americano expõe, em seu *Taking Rights Seriously*, uma visão substancialista da Constituição segundo a qual a resolução de casos difíceis se operaria não por intermédio de uma atuação judicial discricionária, mas por meio de identificação de princípios políticos que exigem uma decisão em um determinado sentido para o caso concreto em apreciação. Parte-se, portanto, de uma intencionalidade própria do direito vigente em uma comunidade de princípios para se proferir a decisão certa para o caso concreto.

⁷ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 355.

⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Opan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto/c/1>>. Acesso em: 15 Fev 2015.

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 15 Fev 2015.

Para tanto, faz-se necessária a explicação a respeito da superação do método positivista, por meio da narração da contenda entre Dworkin e Hart¹⁰. Em seguida, far-se-á a exposição da proposta de Dworkin para a superação do modelo metodológico baseado em normas pressupostas, para, por fim, realizar a análise do princípio da busca da felicidade nos termos em que foi tratada na ADPF 132 e aferir em que medida, para Dworkin, ele se mostra adequado para justificar decisões que afirmam direitos fundamentais.

1. A SUPERAÇÃO DO MÉTODO POSITIVISTA: DWORKIN VS. HART¹¹

Herbert Hart foi o mais sofisticado – e o último – dos grandes teóricos do positivismo jurídico. Sua concepção a respeito do fenômeno jurídico forneceu importantes subsídios a respeito dos modelos de normas e dos fundamentos da validade jurídica, em contraponto, sobretudo, às ideias de John Austin, que, dentre outros postulados, definia como nota característica do Direito o hábito de obediência a um soberano juridicamente ilimitado¹².

A causa fundamental do fracasso é que os elementos a partir dos quais a teoria foi construída – a saber, as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaças – não incluem, e combinados não podem produzir, a ideia de uma *norma*, sem a qual não teremos a esperança de elucidar nem sequer as formas mais elementares do direito¹³.

Isso porque o hábito de obediência não é capaz de explicar, por exemplo, a continuidade legislativa: obedecer habitualmente a um soberano pressupõe um processo sociológico de legitimação política que, posteriormente, constituiria a base de uma relação de obediência – relação esta que não poderia ser simplesmente transmitida a um segundo soberano, pois o hábito por si só não outorga direitos nem cria poderes¹⁴. A continuidade legislativa se justificaria pela existência de leis válidas que estabelecessem o critério de sucessão do “direito de legislar”¹⁵. Para ele, “[a] normas são *constitutivas*

¹⁰HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

¹¹ A discussão teórica entre os notáveis filósofos ocupou um espaço de grande relevância na Teoria Geral do Direito, e um artigo não seria suficiente para discorrer a respeito de todas as suas implicações na remodelagem do pensamento jurídico. A divergência entre os autores será aqui explanada de forma breve, e suas consequências resumidas aos termos necessários ao desenvolvimento deste problema de pesquisa.

¹²*Idem, Ibidem*, p. 67.

¹³*Idem, Ibidem*, p. 105.

¹⁴*Idem, Ibidem*, pp. 66 e segs.

¹⁵*Idem, Ibidem*, p. 98.

do soberano, e não simplesmente coisas que deveríamos mencionar em uma descrição dos hábitos de obediência a ele”¹⁶.

Além disso, a persistência das normas não pode ser explicada pelo hábito de obediência. Segundo Hart, por maior que seja o esforço interpretativo, os fatores que justificam a persistência de uma norma editada há mais de 300 anos não podem ser outros que a) a validade da norma e sua respectiva eficácia jurídica, apoiadas em elementos do próprio ordenamento, e b) a aceitação da norma, no sentido de não-revolução que resulte no termo do ordenamento jurídico¹⁷.

Ainda, Hart aponta que a ilimitabilidade do poder do legislador soberano não se faz necessária para que exista o direito, pois nos ordenamentos jurídicos em que a legislação ordinária se submete aos mandamentos constitucionais o direito não deixa de ser reconhecido por ser limitado – formal e materialmente¹⁸.

Por fim, aponta uma crítica a outro aspecto relacionado à natureza das normas, explicando a insuficiência do apoio em ameaças para caracterizar o direito:

[...] [F]icou claro que, conquanto a lei penal – que proíbe ou impõe determinados atos sob ameaça de punição – dentre todas as formas do direito seja a que mais se pareça com as ordens apoiadas por ameaças dadas por uma pessoa às outras, ela difere dessas ordens sob o aspecto importante de que normalmente se aplica também àqueles que a editam, e não apenas a terceiros. Em segundo lugar, especialmente as que outorgam poderes jurídicos para exarar decisões ou legislar (poderes públicos) ou para criar ou modificar relações jurídicas (poderes particulares) – modalidades essas que não podem, por absurdo, ser assimiladas às ordens apoiadas por ameaças.¹⁹

Neste sentido, Hart propõe a utilização de duas espécies de normas para a orientação de nossa visão acerca do direito, como um sistema composto por a) normas primárias, que obrigam ou vedam alguma conduta, e b) normas secundárias, que definem os procedimentos e critérios para se inserir novas normas primárias no ordenamento, e estabelecem poderes, direitos e deveres²⁰.

¹⁶ *Idem, Ibidem*, p. 100.

¹⁷ *Idem, Ibidem*, pp. 81 e segs.

¹⁸ *Idem, Ibidem*, pp. 94 e segs.

¹⁹ *Idem, Ibidem*, pp. 103-4.

²⁰ “As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidências, ou ainda, ou ainda controlar sua aplicação”. *Idem, Ibidem*, p. 105.

Hart desenvolve o conceito de normas secundárias como modelos de regras destinados a sanar problemas existentes em uma comunidade dita primitiva, em que o direito se constituiria com base nas relações familiares e afetivas e na sedimentação da prática cultural²¹. A partir da crescente complexidade das relações intersubjetivas, surgiriam problemas relativos à incerteza a respeito do âmbito de aplicação das normas, à natureza estática das regras e à “ineficácia da pressão social difusa” para impor sanções e promover o restabelecimento da ordem jurídica quando esta fosse violada²².

Assim, para solucionar o problema da ineficácia da pressão social, desenvolve-se o conceito de “normas de julgamento”²³; para o problema do caráter estático do ordenamento, as “normas de modificação”²⁴; e para o problema da incerteza, a “norma de reconhecimento”.

As normas de reconhecimento determinam o critério de pertencimento de uma norma ao ordenamento jurídico, que permite a identificação de uma norma como pertencente a um ordenamento jurídico, o seu *pedigree*²⁵. São elas, portanto, que introduzem as ideias de validade e de sistema no ordenamento jurídico²⁶.

Entretanto, os critérios de validade são, segundo Hart, mais complexos do que o mero atendimento a um determinado procedimento de elaboração. Ele constata, as normas de reconhecimento seriam constituídas por uma prática social complexa, em que juízes e cidadãos, de modo geral, aceitariam certos elementos, tais como leis, precedentes, costume – dentre outros – como capazes de identificar normas primárias como pertencentes ao ordenamento jurídico²⁷. Neste sentido, a norma de reconhecimento é tida como uma norma de caráter supremo (*ultimaterule*)²⁸. Todavia,

²¹*Idem, Ibidem*, pp. 122 e segs.

²²*Idem, Ibidem*.

²³As normas de julgamento conferem poderes para a aferição da violação a normas jurídicas a determinadas autoridades e *status* especial às declarações advindas destas autoridades, bem como fixam normas de competência e procedimentos de julgamento. Todavia, há de se destacar que, segundo Hart, “[...] a norma que conferir jurisdição será também uma norma de reconhecimento, que identificará as normas primárias por meio dos julgamentos dos tribunais, e esses julgamentos se tornarão fonte do direito.” (*Idem, Ibidem*, p. 126).

²⁴As normas de procedimento, por sua vez, cuidam da introdução e extinção de normas primárias do sistema, bem como do procedimento legislativo. No entanto, Hart chama atenção para o fato de que “[h]averá, evidentemente, uma ligação muito estreita entre as normas de modificação e as normas de reconhecimento, pois, quando existirem as primeiras, as últimas deverão necessariamente incorporar uma referência à atividade legislativa como um traço identificador das normas [...]” (*Idem, Ibidem*, p. 124).

²⁵*Idem, Ibidem*, p. 122.

²⁶*Idem, ibidem*, p. 123.

²⁷*Idem, Ibidem*, p. 130.

²⁸*Idem, Ibidem*, p. 136.

em não havendo um critério *a priori* de hierarquização destes elementos que compõem a norma de reconhecimento – e, portanto, não havendo, nestes termos, obrigação do magistrado em eleger tal ou qual critério – a determinação da validade das normas depende do que Hart chama de “aspecto interno”, isto é, da aceitação, por parte das autoridades e dos indivíduos de uma comunidade, daquela norma como algo pertencente ao sistema. Por isso, a norma de reconhecimento “só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio de referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato.”²⁹

Assim, nos casos em que a textura aberta das normas não determinar ao intérprete que decida em um sentido ou em outro, mas, de outro modo, permitir que decida em mais de um sentido possível, “a autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer sua discricionariedade, e não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta *a priori*”, exigindo que “obedeçam a um padrão variável *antes* que ele tenha sido oficialmente definido, e pode ocorrer que só *ex post facto* o tribunal os informe de que violaram um padrão cujo cumprimento lhes era exigido em matéria de atos ou abstenções específicos”³⁰. Por isso,

mesmo que admitamos todas as objeções para as quais chamamos a atenção, a teoria se reduz à tese de que, no que diz respeito aos tribunais, nada existe que limite a área da textura aberta, de modo que é falso, senão insensato, considerar que os próprios juízes são sujeitos a normas ou “obrigados” a decidir as causas como o fazem.³¹

Dworkin, contudo, não corrobora com o posicionamento do filósofo inglês.

O filósofo norte-americano explica que a tese positivista não se mostra apto a fornecer respostas satisfatórias aos problemas envolvendo os casos difíceis (*hard cases*)³². O positivismo jurídico, segundo Dworkin, é um sistema de regras segundo o

²⁹*Idem, Ibidem*, p. 142.

³⁰*Idem, Ibidem*, p. 172.

³¹*Idem, Ibidem*, p. 179.

³²“Positivism, on its own thesis, stops short of just those puzzling, hard cases that send you to look for theories of law. When we read these cases, the positivism reminds us to a doctrine of discretion that leads nowhere and tells nothing” (*Idem, Ibidem*, pp. 44-5).

qual estas, para serem reputadas válidas, devem atender a certos requisitos de validade – que, para Hart, são as normas de reconhecimento³³.

No entanto, Dworkin chama atenção para o fato de que “[s]e a regra de reconhecimento [“*masterrule*”] simplesmente afirma que quaisquer outras regras que a comunidade aceitar como juridicamente vinculantes são juridicamente vinculantes, então ela não fornece qualquer teste [de reconhecimento]”³⁴. Desta forma, em uma leitura pragmática, não se pode ter a regra de reconhecimento como critério de validade do ordenamento jurídico, pois a validade das demais regras dependeria da aceitação da regra de reconhecimento³⁵.

Além deste, o postulado da discricionariedade também é negado por Dworkin. Ele afirma que a assertiva geral do positivismo de que os juízes possuem discricionariedade reside em uma ambiguidade quanto a este termo³⁶. Discricionariedade em seu sentido forte, quando o sistema de regras não fornece respostas ao juiz – permitindo que ele decida em um sentido ou em outro – não existe no direito, segundo Dworkin³⁷. Nos casos difíceis (*hard cases*), o direito não deixa de contemplá-lo com uma resposta certa, orientada por políticas³⁸ e justificada por “princípios políticos” vigentes em uma comunidade de princípios e imersos nas instituições, que deverão ser identificados pelo juiz para que este tome a decisão correta no caso concreto.

Existe uma diferença entre princípios e regras, para Dworkin, que é de natureza lógica: as regras se aplicam na modalidade tudo-ou-nada (*all-or-nothing*)³⁹ e determinam resultados quando concretizadas as condições previstas, enquanto “os

³³ *Idem, Ibidem*, p. 17.

³⁴ “[...] [I]f the *masterrule* says merely that whatever other rule the community accepts as legally binding are legally binding, then it provides no test at all [...]” (*Idem, Ibidem*, p. 42).

³⁵ *Idem, Ibidem*, p. 43.

³⁶ Dworkin explica que existem dois sentidos fracos para discricionariedade, sendo um em que “os padrões que uma autoridade deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, exigindo o uso de um juízo”, como no caso em que é ordenado a um sargento que “escolha cinco soldados que considere os mais experientes”, e outro em que a decisão proferida por uma autoridade não pode ser revista por nenhuma autoridade superior, como no caso de uma decisão proferida pela Suprema Corte. (*Idem, Ibidem*, pp. 31-34). Além destes dois sentidos, há um sentido forte, que será explicado no texto.

³⁷ Salvo em casos excepcionais: Dworkin fala que em casos pontuais, como nas sentenças criminais que fixam uma pena dentro de limites máximo e mínimo, ou naquelas em que o juiz formula uma soltura sob uma jurisdição de equidade. No mais, a discussão entre juízes é a respeito de que princípios são obrigatórios ou proibidos de serem observados no caso concreto, ou quais seus respectivos pesos (*idem, ibidem*, p. 71).

³⁸ “Eu chamo de ‘política’ aquele tipo de parâmetro que estabelece uma meta a ser alcançada, geralmente uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (*Idem, Ibidem*, p. 22) Trad. livre.

³⁹ *Idem, Ibidem*, p. 24.

princípios não estabelecem consequências jurídicas que se espraiam automaticamente quando as condições necessárias se perfazem”⁴⁰; além desta, os princípios possuem outra dimensão que não é atribuída às regras: princípios têm peso em relação uns aos outros, que estabelecem uma ordem de aplicação para a justificação de direitos políticos⁴¹.

Princípios, para Dworkin, são “enunciados **a serem observados pelos intérpretes** porque são uma exigência de justiça, justeza ou de outra dimensão da moralidade”⁴² (grifei). Logo, são enunciados normativos, e, neste sentido, vinculantes. É desta afirmação que se extrai o contraponto ao argumento positivista que afirma não estar o juiz obrigado a decidir em um determinado sentido nos casos difíceis⁴³.

Dworkin afirma que esse postulado se baseia em uma assunção de filosofia moral segundo a qual “deveres não podem ser controversos em princípio”⁴⁴. No entanto, o professor de Oxford ressalta que “tal assertiva é, no mínimo, questionável. Não se enquadra no modo como usamos o conceito de dever na argumentação moral”⁴⁵.

Em suma, nos casos difíceis, o juiz não se encontra livre para escolher de que maneira decidir, exercendo conscienciosamente sua discricionariedade para escolher qual dentre as decisões possíveis **deveria** ser proferida, mas está vinculado a princípios de moralidade política vigentes na comunidade de princípios em que exerce a jurisdição e que jazem nas instituições do Estado em que atua, a suas dúvidas dizem respeito a que princípios o juiz **deve** observar para proferir a decisão correta para o caso concreto⁴⁶. Em *Riggs vs. Palmer*⁴⁷, a Corte de Nova York não se eximiu de negar o direito de herança ao neto que assassinou seu avô, pois, a despeito de existirem disposições estatutárias que garantissem ao neto tal direito, o tribunal se encontrava vinculado ao

⁴⁰ “Eventhosewhich look mostlikerules do not set legal consequencesthatfollowautomaticallywhentheconditionsprovided are met” (*Idem, Ibidem*, p. 25) Trad. livre.

⁴¹ *Idem, Ibidem*, p. 26-7.

⁴² “I call a ‘principle’ a standard thatistobeobserved [...] because it is a requirementof justice orfairnessor some otherdimensionofmorality” (*Idem, Ibidem*, p. 22) Trad. livre.

⁴³ *Idem, Ibidem*, p. 17.

⁴⁴ *Idem, Ibidem*, p. 63. Trad. Livre.

⁴⁵ *Idem, Ibidem*.

⁴⁶ *Idem, Ibidem*, pp. 46 e segs.

⁴⁷ 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

princípio de que ninguém deve se beneficiar de sua própria torpeza: este princípio **exigiu** que a decisão fosse tomada neste sentido⁴⁸.

Daí não decorre que os princípios determinam consequências jurídicas e devem ser aplicados indiscriminadamente sobre regras que os contrariem: como já afirmado, os princípios, ao contrário de regras, possuem uma dimensão de peso em relação uns aos outros, o que significa não apenas que nem todos os princípios podem em qualquer hipótese ser aplicados sobre regras, mas que uns princípios o podem mais do que outros⁴⁹.

Também não se conclui dessa exposição que não existirão controvérsias a respeito da aplicação de princípios⁵⁰. Na verdade, Dworkin constata que os juízes frequentemente discutem para tomar decisões em casos difíceis, mas não sobre como devem exercer sua discricionariedade, e sim sobre a que princípios eles se encontram vinculados para proferir aquela decisão⁵¹.

Neste sentido, os princípios não obedecem a critérios de validade como observância a um procedimento legislativo, a um costume ou a um reconhecimento jurisprudencial, pois sua origem “jaz não na decisão de uma legislatura ou de um tribunal, mas no seu senso de adequação, desenvolvido na prática profissional e pública ao longo do tempo. Seu poder contínuo depende da manutenção deste senso de adequação”⁵². Assim, não é possível aplicar aos princípios qualquer teste de *pedigree*, ou de reconhecimento.

⁴⁸ *Idem, Ibidem*, p. 23.

⁴⁹ “Quando, então, a um juiz é dado mudar a existência de uma regra de direito? Primeiro, é necessário, ainda que não suficiente, que o juiz entenda que esta mudança prestigie algum princípio, o qual justificaria a mudança. [...] Mas nem todo princípio vai justificar uma mudança, senão nenhuma regra estaria a salvo. Tem de haver alguns princípios que possam e outros que não possam, e tem de haver alguns princípios que possam mais do que outros. [...] Segundo, qualquer juiz que se proponha a mudar uma doutrina existente tem de estar ciente de alguns parâmetros importantes que se opõem à quebra de paradigmas de regras estabelecidas. Eles incluem a doutrina da ‘legislatura suprema’, um rol de princípios que exigem que as cortes prestem uma deferência qualificada aos atos da legislatura. Eles também incluem a doutrina dos precedentes, outro rol de princípios que refletem as equidades e eficiências da consistência” (*Idem, Ibidem*, p. 37) Trad. Livre.

⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 36.

⁵¹ As discussões a respeito do dever dos juízes de observância à legislação ou aos precedentes são dessas natureza: têm relação não com uma mera prática social de reconhecimento, mas com o princípio democrático, que vincula a atuação das entidades institucionais.

⁵² “The origin of these legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a sense of appropriateness developed in the profession and the public over time. Their continued power depends upon this sense of appropriateness being sustained” (*Idem, Ibidem*, p. 40) Trad. Livre.

Ademais, não é possível elaborar um catálogo de todos estes princípios: “nossa lista estaria obsoleta antes que chegássemos à sua metade”⁵³ – razão esta por que também não é possível simplesmente adaptar o positivismo para incluir os princípios. O que se afirma é que as decisões em casos difíceis deverão ser justificadas por princípios como aquele usado em *Riggs vs. Palmer*. Tais decisões serão obtidas a partir da identificação destes princípios, e, portanto, a partir de uma intencionalidade própria do direito.

Neste sentido, Hart afirma que seria possível, sem prejuízo da teoria positivista, adequá-la para incluir os princípios⁵⁴. Para ele, nada impede que os princípios possam ser reconhecidos por critérios do sistema, como a norma de reconhecimento⁵⁵. Não só isso: para Hart, “para identificar princípios jurídicos [...], a norma de reconhecimento é necessária”⁵⁶. No entanto, percebe-se que, neste ponto, não existe mais diálogo⁵⁷.

Dworkin e Hart já não se comunicam. Os princípios não podem ser trabalhados em um esquema de normas pressupostas. O positivismo é insuficiente para lidar com esses novos panoramas.

2. A PROPOSTA DE DWORKIN: *THE RIGHTS THESIS*⁵⁸

Dworkin afirma que os juízes se encontram sujeitos à *doutrina da responsabilidade (responsibility doctrine)*⁵⁹. Esta doutrina exige que os juízes – e demais

⁵³*Idem, Ibidem*, p. 44.

⁵⁴HART, H. L. A. *Op. Cit.*, p. 335.

⁵⁵*Idem, Ibidem*, p. 341.

⁵⁶*Idem, Ibidem*, p. 343.

⁵⁷O que é de suma importância observar é que Hart, muito embora estruture seu pensamento em uma estrutura positivista, compreendendo o direito como sistema de regras cuja validade seja possível aferir por meio de critérios pré-fixados (*pedigree*), rompe com essa mesma forma de pensamento – e Dworkin tem essa percepção. Os princípios políticos, dessa forma, são elementos normativos concebidos em determinados contextos histórico-político-sociais, impossível de serem passíveis de ter sua validade avaliada previamente por meio de algum critério pré-estabelecido pelo ordenamento jurídico.

⁵⁸A “tese dos direitos” é a teoria política elaborada por Dworkin para, em respeito à doutrina da responsabilidade (*responsibility doctrine*), justificar as decisões judiciais proferidas por um órgão jurisdicional (no caso, o juízo hipotético em que Hércules exerce a jurisdição). A tese dos direitos deve a) demonstrar como a diferença entre argumentos de princípio e de política deve ser mantida entre argumentos de “caráter” e “detalhe” que figuram na argumentação jurídica, b) definir um papel para os precedentes e para a história institucional, e c) demonstrar que o fato de juízes terem de fazer julgamentos de moralidade política para decidir quais são os direitos dos litigantes não a fragiliza. (DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, p. 88-9).

⁵⁹*Idem, Ibidem*, p. 87.

instituições políticas – “somente tomem uma decisão de acordo com uma teoria política segundo a qual possam também justificar suas decisões futuras”⁶⁰.

Além disso, o professor afirma que, nos casos difíceis, o magistrado deve se ater a proferir decisões justificadas por argumentos de “princípio político” (*principle*), e não por argumentos de “política” (*policy*). Isso porque os argumentos de princípio político, por serem enunciados que refletem uma exigência de justiça em uma dada comunidade, impõem-se ao juiz, exigem dele uma decisão neste sentido – no caso concreto e em casos semelhantes futuros, vinculando-o – com o fito de prestigiar direitos políticos individuais ou de um grupo, enquanto os argumentos de política permitem que o juiz profira uma decisão afirmando simplesmente que ela promove um progresso em direção ao alcance de certo objetivo coletivo, sem se encontrar vinculado a esta mesma política para decidir casos futuros semelhantes. Dworkin ressalta que os juízes sequer dispõem, via de regra, dos critérios técnicos necessários para se saber se uma determinada decisão promove o alcance de um objetivo social ou não⁶¹.

Por outro lado, nem todos os direitos deverão ser prestigiados, nem mesmo todo e qualquer princípio político será capaz de exigir uma decisão. Direitos, para Dworkin, são objetivos políticos individuais ou de um grupo – e não coletivos, sociais, não-individuais, como são as políticas (*policies*) – “que detenham certo patamar de peso contra metas coletivas em geral” e que “não possam ser derrotados por apelo a qualquer meta ordinária rotineira da administração política, mas somente por uma meta de especial urgência”⁶².

Os direitos, por sua vez, são classificados em abstratos⁶³ e concretos⁶⁴; preferenciais e institucionais⁶⁵.

⁶⁰ *Idem, Ibidem*. Trad. Livre.

⁶¹ *Idem, Ibidem*, pp. 81 e segs.

⁶² *Idem, Ibidem*, p. 92. Trad. Livre.

⁶³ “Um direito abstrato [*abstract right*] é uma meta política genérica que não diz como deve ser sopesada ou comprometida em circunstâncias particulares contra outras metas políticas. Os grandes direitos da retórica política são, neste sentido, abstratos. Políticos falam de um direito à liberdade de expressão ou dignidade ou equidade, sem sugerir que esses direitos sejam absolutos, mas sem qualquer tentativa de sugerir qualquer impacto em situações sociais complexas” (*Idem, ibidem*, p. 93) Trad. Livre. Frise-se, o termo “sopesadas”, aqui, não guarda nenhuma relação com a ponderação na teoria de Alexy (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1993).

⁶⁴ “Direitos concretos [*concrete rights*], por sua vez, são metas políticas que são mais precisamente definidas, a fim de expressar de forma mais definida o peso que eles têm contra outras metas políticas em situações particulares. Suponhamos que eu diga, não simplesmente que os cidadãos têm direito à liberdade de expressão, mas que um jornal tem o direito de publicar planos de defesa reputados como

Suponhamos que se diga que as pessoas têm direito à propriedade. Digamos, ainda, que todo homem tem direito à propriedade do outro se dela precisar mais que o proprietário. São enunciados de direitos abstrato e preferencial, respectivamente. Nestes termos, o juiz não pode reconhecer a um grupo de desabrigados o direito de invadir o terreno de alguém e ali se estabelecerem sob o pretexto de que têm direito à propriedade, seja no plano meramente abstrato, seja no plano preferencial: não se pode reconhecer direitos abstratos em uma situação concreta, que pressupõe a existência de conflitos entre direitos. Além disso, nenhuma instituição garante aos desabrigados um direito dessa natureza – sequer um direito à edição de uma legislação que estabeleça um direito desta natureza⁶⁶.

Dizemos que alguém tem um direito institucional quando um indivíduo detém o direito a uma decisão específica proferida por uma instituição política⁶⁷. Ninguém poderá afirmar um direito institucional por meio de um apelo direto à moralidade⁶⁸. Existirá uma instituição quando existirem regras que estabeleçam direitos concretos, isto é, que os definam concretamente – no sentido aqui fixado para este termo.

Neste sentido,

A tese dos direitos provê que os juízes decidem casos difíceis pela confirmação ou negação de direitos concretos. Mas os direitos concretos em que os juízes se apoiam devem ter duas outras características. Eles devem ser direitos institucionais e não preferenciais, e eles devem ser jurídicos em detrimento de qualquer outra forma de direitos institucionais⁶⁹.

Dworkin afirma que direitos institucionais se fazem presentes em diversos tipos de instituições. Em certos casos, dispomos de leis que se mostram autônomas, isto é, bastam a si mesmas para o estabelecimento de direitos concretos: não dependem de qualquer auxílio interpretativo para que delas se extraiam direitos institucionais.

No entanto, raramente isso acontece. As leis, em sua maioria, não são autônomas, e seu texto não é suficiente para se afirmar a existência de direitos institucionais.

secretos, desde que essa publicação não crie um perigo físico imediato para as tropas” (*Idem, Ibidem*). Trad. Livre.

⁶⁵ Direitos preferenciais (*background rights*) “fornecem uma justificação para decisões políticas tomadas pela sociedade no plano abstrato”; direitos institucionais (*institutional rights*) “fornecem uma justificação para uma decisão por alguma instituição política específica” (*Idem, Ibidem*) Trad. Livre.

⁶⁶ *Idem, Ibidem*.

⁶⁷ *Idem, Ibidem*, p. 93.

⁶⁸ *Idem, Ibidem*, p. 101. Trad. Livre.

⁶⁹ *Idem, Ibidem*, p. 101. Trad. Livre.

Dworkin relata que até em instituições mais simples existem casos difíceis como aqueles com que nos deparamos ao interpretar as leis. Até mesmo no jogo de xadrez, em que as regras são de natureza muito mais simples que as de direito, podem existir situações em que o árbitro pode se ver em apuros para aferir se existe um direito ou não.

Dworkin nos dá como exemplo a regra que estabelece que deve ser punido com a expulsão do jogo aquele jogador que importunar desarrazoadamente seu oponente. Nestes termos, sorrir continuamente para o adversário, de modo a lhe tirar a concentração, seria uma importunação desarrazoada que exigiria aquela punição?

Segundo o filósofo norte-americano, o árbitro deve buscar compreender o “caráter do jogo” (*game’s character*) para decidir se aquilo foi ou não uma conduta desarrazoada. Para isso, o árbitro deve fazer perguntas do tipo “O xadrez é um jogo de sorte ou de estratégia?” “Sendo um jogo de estratégia, o xadrez requer do jogador tão só capacidade intelectual ou também uma capacidade de concentração e controle emocional?”

Além de formular estas perguntas, o árbitro, para encontrar a resposta certa, deve estar atento ao consenso vigente na comunidade dos jogadores de xadrez a respeito da regra da importunação desarrazoada. O que os jogadores concordaram em aceitar como aquilo que estabelece a regra da importunação desarrazoada? O que, para essa comunidade, é uma importunação desarrazoada que exija a punição de um jogador que a pratique?⁷⁰

É neste sentido que o juiz, nos casos difíceis, deve se dirigir para encontrar as respostas corretas. Os princípios que jazem sob os estatutos e aqueles que jazem sob os precedentes, bem como a história institucional, desempenham o papel de ajudar o juiz a entendero caráter do jogo.

Dessa forma, para buscar as soluções corretas para os casos difíceis, Hercules – o juiz hipotético – deverá criar uma teoria política, orientando-se pelos direitos jurídicos dos indivíduos dispostos nos **estatutos** e nos **precedentes**, para, a partir da identificação dos princípios imersos nos estatutos e do consenso presente na comunidade política, extrair a decisão certa, isto é, moralmente justificável⁷¹, para os casos difíceis.

⁷⁰ *Idem, Ibidem*, pp. 105 e segs.

⁷¹ É de bom alvitre recordar que *moral*, aqui, não é a moral individual, mas a moralidade política constituída pela prática institucional em uma comunidade política. É por meio da observância dos princípios vigentes na moralidade político-institucional que Hercules traçará uma linha de coerência entre

Sua teoria política deverá ser capaz de fornecer os elementos em que se basearam as decisões tomadas na história institucional do Estado em que Hercules é juiz, bem como deverá ser com base nela que Hercules justificará suas decisões futuras. Sua teoria política deverá contemplar todas as decisões deste modo justificadas, ou seja, seria – se possível fosse – o rol de princípios políticos vinculantes das decisões institucionais.

Para a interpretação dos estatutos, Hercules fará uso, antes de tudo, da interpretação teleológica para aferir quais políticas o legislador visou a atender com aquele estatuto. Ressalte-se que a interpretação teleológica servirá para orientar a decisão de Hercules, a qual ele não poderá justificar com base no argumento de política extraído da interpretação teleológica do estatuto: a interpretação teleológica servirá tão-só para que o juiz compreenda o “caráter do jogo”. Além das políticas visadas pelo legislador, Hercules terá de identificar também os princípios imersos no estatuto interpretado, não só para compreender o caráter do jogo, mas também para justificar sua decisão⁷².

Para a interpretação dos precedentes, Hercules deverá estabelecer critérios para aferir, dentre eles, quais têm **força gravitacional** (*gravitational force*), isto é, vinculam o juiz à sua aplicação em casos futuros, e quais têm força meramente sancionatória, isto é, não vincula o juiz às próximas decisões. A força gravitacional dos precedentes decorre do princípio de que casos semelhantes devem ser decididos de forma semelhante; no entanto, somente aqueles precedentes justificados por argumentos de princípio político exercerão força gravitacional, devendo ser atribuída força meramente sancionatória aos precedentes justificados por argumentos de política⁷³.

É importante ter em mente, também, que a aplicação dos precedentes se orienta para o futuro: um precedente que tenha sido suplantado por outro mais recente ou por uma decisão estatutária não exercerá força gravitacional para os casos futuros⁷⁴.

Hercules perceberá, no entanto, que muitas vezes traçar uma linha de coerência entre os precedentes é tarefa de complicadíssima realização – se não impossível. Isso porque muitos serão contraditórios, e não poderão ser incluídos em uma mesma teoria

as decisões que proferir, conferindo integridade ao sistema. (*vide* DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, pp. 213 e segs.).

⁷²*Idem, Ibidem*, pp. 105-9.

⁷³*Idem, Ibidem*, pp. 110-15.

⁷⁴*Idem, Ibidem*.

política, por não haver coerência entre eles. Para estes casos, Hercules desenvolverá uma **teoria dos erros institucionais**, em que fixará critérios para elencar como erros – e, conseqüentemente, negar força gravitacionais a – precedentes que não se orientem pelos princípios políticos que forneçam a melhor decisão para o caso concreto em exame⁷⁵.

Aí que está a descomunal engenhosidade envolvida pelo trabalho de Hercules – e daí vem o nome que Dworkin atribuiu ao seu magistrado hipotético: a teoria política que Hercules deveria desenvolver para extrair fundamento para suas decisões futuras deveria incluir todo o rol de princípios políticos e políticas que justificaram as decisões institucionais – leia-se, estatutos e precedentes – ao longo de toda a história institucional da comunidade em que Hercules atua. Não só isso, mas Hercules também deve ter a aptidão de captar em uma plural e diversificada comunidade política aquele princípio político que o vincula naquele caso concreto e transcrevê-lo para o mundo jurídico para justificar sua decisão⁷⁶.

De fato, não é tarefa simples ser Hercules, pois, antes de mais nada, Dworkin não fornece um procedimento para a captação de tais princípios. Diz-se, antes, que Dworkin fornece uma visão substancialista da Constituição.

3. O DIREITO À FELICIDADE NA ADPF 132⁷⁷

Nesta ação, reconheceu-se que à união estável entre casais homoafetivos seriam reconhecidos os mesmos efeitos da união estável heteroafetiva, desde que atendidos os pré-requisitos desta⁷⁸. Naquela decisão, a despeito do exposto no art. 226, § 3.^o⁷⁹, o STF procedeu a uma leitura moral da Constituição, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1.^o, III da Carta Magna.

⁷⁵ *Idem, Ibidem*, p. 118-123.

⁷⁶ *Idem, Ibidem*, p. 117.

⁷⁷ Por todos os votos, o do Ministro Celso de Mello foi selecionado como representante dos demais. *Data venia*, o referido voto foi aquele que com mais esmero e erudição tratou o direito à felicidade, dedicando um tópico exclusivo a este princípio que abarca os argumentos usados pelos demais Ministros em defesa do direito à felicidade.

⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 15 Fev 2015.

⁷⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável *entre o homem e a mulher* como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (grifei)

No entanto, em meio aos fundamentos apresentados pelos eminentes ministros, um em particular chamou atenção. Era o princípio da busca pela felicidade.

O Direito à Felicidade (*Law and Happiness*) é uma corrente teórica ligada ao Direito Constitucional que vem ganhando corpo em universidades dos Estados Unidos e na Europa – e, mais recentemente, no Brasil.

Dentre os precursores tupiniquins desta vertente, destaca-se o professor Saul Tourinho Leal. Em seu estudo “Direito à felicidade”⁸⁰, ele explica que o direito à felicidade pode ser encontrado no utilitarismo de John Stuart Mill.

O professor piauiense ressalta que, para o filósofo inglês, a felicidade teria sua configuração na liberdade e na igualdade: liberdade, pela capacidade de autodeterminação direcionada à realização de seus próprios desideratos, pela condução da vida segundo suas preferências no sentido da auto realização; igualdade, no sentido de empatia transindividual, isto é, como o sentimento de reconhecimento e afeto pelo outro. Tais elementos seriam, para Mill, os principais constituintes da felicidade dos indivíduos⁸¹.

A busca pela felicidade, todavia, encontraria limites. Embora, como Jeremy Bentham, Mill compreendesse que as decisões políticas deveriam ser tomadas no sentido de aumentar a felicidade do máximo de indivíduos – isto é, da maioria dos indivíduos – em uma sociedade, a busca da felicidade encontra limites na dignidade da pessoa humana. Neste sentido, prega-se, por exemplo, a vedação aos prazeres sádicos, uma forma desvirtuada de felicidade que não estaria acobertada por este direito; tal vedação, por sua vez, serviria de escudo contra aqueles abusos.

No mesmo sentido, Leal narra que John Rawls alerta para as consequências deletérias do excessivo comprometimento com os objetivos particulares, “a depender do que componha tais planos [egoístas, fanáticos ou messiânicos] ou da paixão atribuída aos objetivos que possibilitam alcançar a felicidade”⁸². Por isso Leal fala na construção de “projetos racionais”, a apresenta como conceito do direito à felicidade “o direito a

⁸⁰LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade**. Rio de Janeiro: Saul Tourinho Leal, 2014.

⁸¹*Idem, Ibidem*, pp. 125 e segs.

⁸²*Idem, Ibidem*, p. 324.

planejar e dar execução a um projeto racional de satisfação de preferências ou desejos legítimos, considerando, nessa tarefa, chances de êxito”⁸³.

Pois bem.

Nos termos do voto do Min. Celso de Mello, o princípio da busca da felicidade é um princípio constitucional implícito, corolário da dignidade da pessoa humana. Para ele, quando o Congresso se omitiu na disciplina normativa a respeito da união estável entre casais homoafetivos, houve um ataque ao princípio da busca pela felicidade, pois restaram maculados os direitos fundamentais deste grupo de indivíduos.

Assim, o decano afirma que

[n]esse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais⁸⁴.

O Ministro ressalta, por fim, que o direito à busca da felicidade corresponde a prerrogativa fundamental inerente a todo ser humano, cuja origem remonta à Declaração de Independência de 1776 e cujo enaltecimento se verificou em diversos julgados da Suprema Corte norte-americana⁸⁵. Além disso, o direito à busca da felicidade encontra-se consagrado nos textos da Constituição do Japão, na Constituição de França e na jovem Constituição do Butão⁸⁶.

⁸³ *Idem, Ibidem*, pp. 324-5.

⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 15 Fev 2015.

⁸⁵ “Desnecessário referir a circunstância de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem aplicado esse princípio em alguns precedentes – como *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers’ Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *YickWo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. SocietyofSisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), v.g. -, nos quais esse Alto Tribunal, ao apoiar os seus “*rulings*” no conceito de busca da felicidade (“*pursuitofhappiness*”), imprimiu-lhe significativa expansão, para, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, estendê-lo a situações envolvendo a proteção da intimidade e a garantia dos direitos de casar-se com pessoa de outra etnigarantia dos direitos de casar-se com pessoa de outra etnia, de ter a custódia dos filhos menores, de aprender línguas estrangeiras, de casar-se novamente, de exercer atividade empresarial e de utilizar anticoncepcionais.” *Idem, Ibidem*.

⁸⁶ *Idem, Ibidem*.

CONCLUSÕES

Na leitura realizada pelo Ministro Celso de Mello, o direito à busca da felicidade seria decorrente da dignidade da pessoa humana, que se encontra consagrado no art. 1º, III. Do mesmo modo, encontra-se positivado em diplomas normativos estrangeiros, e foi recebido também em outras decisões proferidas no âmbito do STF (*vide* ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – STA 223-AgR/PE, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.). É de se admitir que há precedentes da Suprema Corte do Estado brasileiro em que o direito à felicidade figura como fundamento e é apresentado como princípio justificador da decisão tomada.

No entanto, tais precedentes, sob a ótica da teoria de Dworkin, não seriam dotados de força gravitacional. Isso porque sequer teriam preferência para justificarem decisões jurídicas, dado que não pressupõe uma resolução de conflito entre princípios no plano concreto. O direito à busca da felicidade se apresenta como um direito abstrato na referida decisão.

Pode-se dizer que, mesmo afirmando o direito à busca da felicidade “em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais”⁸⁷, seria um salto demasiado longo afirmar a sua natureza concreta. Não é possível aferir desta proposição normativa quais seriam os seus limites e qual sua dimensão em relação aos princípios conflitantes, isto é, em que medida ele prevaleceria sobre outros princípios incidentes no caso concreto.

O que se pode afirmar, portanto, é que, à luz da *rightstheisis*, não podemos afirmar, no direito brasileiro, que uma decisão que consagre o direito à felicidade possa ser exigida por um tal jurisdicionado. É a conclusão de um trabalho que, sem pretensões de esgotar a discussão sobre o tema, empenha esforços para, *a contrario sensu*, trazer à baila uma ótica distinta para a análise do fenômeno jurídico e, particularmente, da jurisdição constitucional e do, ainda jovem no Brasil, direito à busca da felicidade.

⁸⁷ *Idem, Ibidem.*

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 15 Fev 2015.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto/c/1>>. Acesso em: 15 Fev 2015.