

---

## O direito à felicidade no Brasil e na África do Sul

*Saul Tourinho Leal*

Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Foi professor visitante da Universidade da Cidade do Cabo, sob a orientação do professor Pierre De Vos. Foi pesquisador visitante na Universidade Georgetown, no inverno de 2012. Contato: stl1@bol.com.br

---

### Resumo

A felicidade tem guiado a agenda mundial. O fenômeno não é só político. Na esfera internacional, a Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas proclamou o dia 20 de Março como o Dia Internacional da Felicidade. Na oportunidade, aprovou, por unanimidade, uma resolução tratando a felicidade como um direito e exortando todos os países a considerarem-na na elaboração das suas políticas públicas. Tudo isso impacta o constitucionalismo global. Decisões importantes de supremas cortes respeitadas têm reconhecido a felicidade como um direito e, por meio dela, assegurado outros direitos. Como esse cenário afeta as políticas públicas, as leis e as decisões judiciais? Esse paper pretende responder a essa pergunta, aliando a experiência brasileira ao vibrante constitucionalismo da África do Sul.

### Palavras-chave

Direito à felicidade; Brasil; África do Sul; Constitucionalismo; Suprema Corte; Corte Constitucional; Constituição; Filosofia

## *The right to happiness in Brazil and South Africa*

### Abstract

Happiness has guided the world's agenda. This phenomenon is not only political. In the international sphere, the General Assembly of the United Nations Organization proclaimed March 20 as the International Day of Happiness. At that time it approved a resolution addressing happiness as a right and exhorting all of the countries to consider it in the development of their public policies. All of this has an impact on global constitutionalism. Important decisions of respected supreme courts have recognized happiness as a right and, by means of it, have assured other rights. How does this affect the public policies, the laws and the court decisions? This paper intends to answer this question, by joining the

Brazilian experience with the vibrant constitutionalism of South Africa.

### Keywords

Right to happiness; Brazil. South Africa; Constitutionalism; Supreme Court; Constitutional Court; Philosophy

### Sumário

1. Introdução; 2. Felicidade como princípio de justiça e *ubuntu*; 3. Direito à felicidade pública (participação popular); 4. Direito à busca da felicidade (liberdade); 5. Direito aos meios necessários à busca da felicidade (bem-estar); 6. Bem-estar como termo neutro para designar felicidade; 7. Proibição dos prazeres perversos (dignidade humana); 8. Felicidade coletiva como objetivo da decisão (utilitarismo); 9. Conclusão.

## 1. Introdução

A felicidade tem guiado a agenda mundial. Na África do Sul, o Congresso Nacional Africano, partido que alçou o poder com Nelson Mandela, apresentou, em abril de 1991, seus Princípios Constitucionais para uma África do Sul Democrática. Dentre eles, estava o acesso a direitos pelos quais as pessoas tivessem “reais e efetivas oportunidades de melhorar suas condições e buscar a felicidade”<sup>1</sup>.

Em 2006, na Grã-Bretanha, David Cameron disse que os políticos deveriam se preocupar “em como fazer as pessoas mais felizes”<sup>2</sup>. Dois anos depois, no aniversário de Independência do Missouri, Barack Obama leu trechos da Declaração de Independência dos Estados Unidos, sobre o direito à busca da felicidade<sup>3</sup>. Em 2009, o presidente da França, Nicolas Sarkozy, ao lado de dois Prêmio Nobel de Economia, Joseph Stiglitz e Amartya Sen, anunciou a inclusão da felicidade nos indicadores de progresso econômico<sup>4</sup>. Fernando Henrique Cardoso, discursando na entrega do Prêmio Kluge, da Biblioteca do Senado dos Estados Unidos, exortou o Brasil a ser um agente ativo na construção de uma

1 Disponível em: <http://www.anc.org.za/centenary/main.php?id=35&p=5>. Acessado em Maio de 2015.

2 Disponível em: [http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/happiness\\_formula/4809828.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/happiness_formula/4809828.stm). Acessado em Maio de 2015.

3 Disponível em: [http://www.nytimes.com/2008/06/30/us/politics/30text-obama.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2008/06/30/us/politics/30text-obama.html?pagewanted=all&_r=0). Acessado em Maio de 2015.

4 Disponível em: [http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/documents/rapport\\_anglais.pdf](http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/documents/rapport_anglais.pdf). Acesso mar/2013. Acessado em Maio de 2015.

ordem política e econômica que permita “o aumento da felicidade dos países”<sup>5</sup>.

O fenômeno não é só político. A Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e as Constituições do Japão (1947), Coréia do Sul (1948), França (1958) e do Butão (2008), reconhecem a felicidade, ou a sua busca, como um direito fundamental. Isso se repete com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948). As Constituições de 33 estados dos Estados Unidos fazem o mesmo.

Na esfera internacional, a Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas proclamou o dia 20 de Março como o Dia Internacional da Felicidade. Na oportunidade, aprovou, por unanimidade, uma resolução tratando a felicidade como um direito e exortando todos os países a considerarem-na na elaboração das suas políticas públicas.

Tudo isso impacta o constitucionalismo global. Decisões importantes de supremas cortes respeitadas têm reconhecido a felicidade como um direito e, por meio dela, assegurado outros direitos.

Mesmo reconhecendo o forte viés moral e ético da temática da felicidade, o presente texto, diante da necessidade inafastável de limitar seu campo de investigação, irá se ater a uma questão objetiva: Como esse cenário afeta as políticas públicas, as leis e as decisões judiciais? Esse paper pretende responder a essa pergunta, aliando a experiência brasileira ao vibrante constitucionalismo da África do Sul.

## 2. Felicidade como princípio de justiça e *ubuntu*

O direito à felicidade deriva do princípio de justiça apresentado por Jeremy Bentham<sup>6</sup>, para quem, qualquer decisão, pública ou privada, deveria ser avaliada segundo seu impacto na felicidade de todos aqueles a que diz respeito, cada pessoa contando igualmente. É o princípio da felicidade maior: a ação certa é a que produz a maior felicidade geral<sup>7</sup>.

---

5 Disponível em: <http://www.psd.org.br/confira-a-integra-do-discurso-de-fhc-na-cerimonia-dopremio-Kluge/>. Acessado em Maio de 2015.

6 John Rawls diz: “Ao que tudo indica, Hutcheson foi o primeiro a formular claramente o princípio de utilidade. Diz ele em Inquiry seção 3 parágrafo 8 que ‘melhor é o ato que produz a maior felicidade para o maior número de pessoas; e pior é aquele que, de igual maneira, ocasiona infelicidade’”. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vida. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 27.

7 Introduction to the Principles of Morals and Legislation, impresso em 1780 e publicado em 1789. MILL, John Stuart. BENTHAM, Jeremy. *Utilitarianism and Other Essays*. Edited by Alan Ryan.

John Stuart Mill, refinando a proposta acima, defendeu que são felizes somente aqueles que dedicam suas ideias a algo diverso da felicidade pessoal: a felicidade dos outros, o progresso da humanidade, até mesmo alguma forma de arte ou empreendimento, com o qual a pessoa se envolve não como meio para algum outro fim, mas como um objetivo ideal em si mesmo<sup>8</sup>. Ele aliou a teoria à noção atual de direitos fundamentais.

A declaração de Mill se harmoniza com a filosofia *Ubuntu* da África do Sul. Ambos assumem um fundamental compromisso com o ser humano. Cada ser humano tem o mesmo valor e, coletivamente, o maior valor possível. O *Ubuntu* tem sido traduzido pelas expressões: “Eu sou alguém por meio dos outros” ou “Eu sou porque você é”.

Estamos falando de princípios. São, segundo Robert Alexy, “normas que ordenam que algo seja realizado em uma média tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas”<sup>9</sup>, portanto, mandamentos de otimização que, como tais, podem ser preenchidos em diferentes graus, dependendo tanto das possibilidades fáticas como das jurídicas, além de regras determinadas por princípios em sentido contrário.

Não se justifica dizer que a felicidade, ou o *Ubuntu*, não podem fundamentar decisões públicas, incluindo as judiciais. Para Robert Alexy, não é vedado nem à Ciência do Direito, nem à jurisprudência, fundamentar as normas concretas historicamente desenvolvidas em normas mais gerais. Pelo contrário, essa é uma tarefa essencial da Ciência do Direito, e para a jurisprudência esse procedimento é, no mínimo, útil.

Assim sendo, o *Ubuntu* assume relevo, bem como o princípio da felicidade maior. Para o juiz da Corte Constitucional da África do Sul, Albie Sachs, o *Ubuntu* é intrínseco e essencial à cultura constitucional sul-africana. Ele aspira liberdade, igualdade e segurança. É um direito fundamental com “um caráter duradouro e criativo, representando o elemento de solidariedade humana que une liberdade e igualdade, criando uma tríade de valores constitucionais centrais positivos e mutuamente solidários”. Sachs diz ainda que o *Ubuntu* “impregna e enriquece os direitos fundamentais consignados na Constituição”<sup>10</sup>.

O raciocínio acima está próximo ao de Richard Layard. Para Layard, o princípio da

---

London: Penguin Classics, 2004, p. 65-112.

8 MILL, John Stuart. *Autobiography*, 1873, p. 83.

9 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 64.

10 SACHS, Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. London: Oxford University Press, 2009, p. 100.

felicidade maior é “fundamentalmente igualitário (a felicidade de todos deve ter o mesmo valor) e “fundamentalmente humano” (o que importa é o que as pessoa sentem)<sup>11</sup>. Ele diz que “todo direito humano tem de ser justificado como um modo de evitar sofrimento (ou promover a felicidade). A Constituição e as leis são cruciais para a felicidade”.

Layard defende que os atos têm de ser justificados pelo princípio da felicidade maior, “mas, uma vez estabelecidos, normalmente não devem ser descumpridos, mesmo que isso, às vezes, produza mais felicidade a curto prazo, porque diminuiria o benefício a longo prazo dessas leis”<sup>12</sup>.

Esse sentimento de igualdade também está presente no *Ubuntu*. Tanto que, na Corte Constitucional sul-africana, ao juiz Presidente da Corte Pius Langa, julgando o caso *S. v Makwanyane*<sup>13</sup>, associou o respeito à vida e dignidade ao *Ubuntu*: “o tema dominante de uma cultura baseada no *Ubuntu* é que a vida de outra pessoa é, no mínimo, tão valiosa quanto a minha”, anotou em sua decisão. É o triunfo da dignidade humana.

Diante de colisões de direitos fundamentais (os quais, na linha de Robert Alexy, são princípios), o julgador poderia, caso tivesse informação suficiente, decidir de modo a ampliar a felicidade coletiva. Um dos escudos contra excessos seria a dignidade humana.

O princípio da felicidade maior e o *Ubuntu* são compatíveis. Para Albie Sachs, o *Ubuntu* “combina direitos individuais com o mote unificador da filosofia da Declaração de Direitos e Garantias, que nada mais é do que uma declaração estruturada, institucionalizada e operacional em nossa nova sociedade em evolução, acerca da necessidade de interdependência, respeito e cuidado humanos”<sup>14</sup>.

Sachs lembra que o *Ubuntu* influenciou a jurisprudência da Corte Constitucional em relação a questões como pena de morte e a maneira pela qual os tribunais devem tratar pessoas ameaçadas de despejo de abrigos rudimentares em terras ilicitamente ocupadas. Também foi aplicado de forma criativa, combinando suspensão de pena de prisão em caso de homicídio com pedido de desculpas por parte de representante sênior da família do acusado, solicitado e reconhecido pela mãe da pessoa falecida.

Nesses aspectos, o princípio da felicidade maior, fundamento filosófico do direito à

---

11 LAYARD, P. R. G. *Felicidade: lições de uma nova ciência*. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008, p. 148.

12 Idem, *ibidem*, p. 150.

13 África do Sul. Corte Constitucional. *S v Makwanyane* 1995 (3) AS 391 (CC).

14 SACHS, Albie. *The Strange Alchemy...*, op. cit., p. 102.

felicidade, apresenta sintonia com o *Ubuntu*. Na sua aplicação, atribui-se a possibilidade de mais eficácia possível dependendo das circunstâncias fáticas e jurídicas iminentes, razão pela qual ele funciona como um mandamento de otimização fundamental para determinadas decisões, notadamente as que lidam com direitos fundamentais colidentes.

Esse princípio se desdobra em vários vieses, que serão apresentados a seguir.

### 3. Direito a felicidade pública (participação popular)

O direito à felicidade pública é a primeira e mais direta face da democracia. Decisões políticas de caráter coletivo precisam ser compartilhadas pelos membros dessa comunidade diretamente. Diante da complexidade das sociedades, corpos eleitos podem assumir essa função, desde que contem com eleições periódicas, e que sejam submetidos à accountability. A abertura dos canais democráticos, de modo que as pessoas exercitem seu senso de civismo, precisa ser real.

Pierre De Vos, da Universidade da Cidade do Cabo, afirma que “a ideia central e o coração da democracia é que decisões que afetam os membros da comunidade política devem ser tomadas pelos próprios membros ou, pelo menos, por representantes eleitos, cujo poder para tomar decisões deriva, em última análise, desses membros”<sup>15</sup>.

Não há democracia verdadeira sem o exercício desembaraçado do direito à felicidade pública. Essa ideia vem de Hannah Arendt. Falando sobre a independência dos Estados Unidos, Arendt diz que só por meio de uma Constituição seria possível estabelecer os limites da nova esfera política e definir as regras em seu interior, fundando e construindo um novo espaço político onde “a paixão pela liberdade pública” ou “a busca da felicidade pública” pudessem ser exercidas pelas gerações futuras<sup>16</sup>.

A Filósofa recorda que os homens das revoluções “tinham tido contato com a ‘felicidade pública’, e o impacto dessa experiência sobre eles foi muito grande, a ponto de preferirem em qualquer circunstância – se a alternativa infelizmente tivesse de ser colocada nesses termos –, a liberdade pública em vez das liberdades civis, a felicidade

---

15 DE VOS, Pierre (Editor). FREEDMAN, Warren (Editor). Danie Brand. Christopher Gevers. Karthigasen Govender. Patricia Lenaghan. Douglas Maiula. Nomthandazo Ntlama. Sanele Sibanda. Lee Stone. *South African Constitutional Law in Context*. London: Oxford University Press Southern Africa, 2014, p. 97.

16 ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 171.

pública em detrimento do bem-estar privado”<sup>17</sup>.

A felicidade pública é a satisfação sentida pelo ser humano ao se perceber como parte de uma comunidade política, notadamente, quando ele participa das decisões de impacto coletivo. A partir do momento em que esse senso cívico é desenvolvido, estabelece-se uma forte conexão entre a causa pública e o ser humano.

Essa ideia inspirou o mundo. Além da Independência dos Estados Unidos, cuja Declaração assegura o direito inalienável à busca da felicidade<sup>18</sup>, outras revoluções associaram, explicitamente, felicidade à participação popular. São exemplos: Declaração de Independência do Povo Haitiano (1º de Janeiro de 1804), Declaração Venezuelana de Independência (5 de Julho de 1811), Declaração Unânime de Independência dos Delegados do Povo do Texas (2 de Março de 1836), Declaração de Independência dos Representantes do Povo da Nação Liberiana (16 de Julho de 1847) e a Declaração de Independência da República Democrática do Vietnã (2 de Setembro de 1945).

Evidentemente que a felicidade pública só poder ser construída quando há canais efetivos de participação popular<sup>19</sup>. A tirania, a oligarquia ou, atualmente, a inegável força

---

17 Idem, ibidem, p. 180.

18 “Nenhum documento isolado acha-se tão associado àquilo que significa ser um americano” – afirma David Armitage, referindo-se à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. Quanto aos “direitos à vida, à liberdade e à busca da felicidade”, ele diz que “poucas palavras podem resumir a crença americana de forma tão sucinta”. Os Estados Unidos, envolvidos com as ideias do Iluminismo no século XVIII, se viram diante do desafio de deixar claro à Grã-Bretanha que estavam construindo um novo mundo sobre bases que assegurassem dignidade às pessoas e o direito à busca da felicidade. Na época da Revolução, desejava-se uma organização política da felicidade na qual cada um teria o mesmo direito de ser feliz, pensando e expressando-se livremente. Thomas Jefferson aparece como personagem central na introdução do direito à busca da felicidade na Declaração de Independência, fornecendo material investigativo cujos debates ultrapassam dois séculos. Não sem razão, Richard Layard diz que “esse nobre ideal impulsionou grande parte do progresso social ocorrido nos últimos duzentos anos, mas nunca foi fácil de aplicar, porque se sabia muito pouco sobre a natureza e as causas da felicidade”. ARMITAGE, David. *Declaração de Independência*: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 16. LAYARD, P. R. G. *Felicidade*: lições de uma nova ciência. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008, p. 19.

19 Bruce Ackerman afirma a possibilidade de defender a democracia constitucional em si mesma, não sob a base de que ela respeita preferências existentes, mas sob uma teoria bastante diferente, para a qual ela ajuda a inculcar os melhores ou os maiores tipos de desejos e crenças: “Os grandes teóricos da democracia constitucional, John Stuart Mill e John Rawls, insistiram nesse particular”, diz Ackerman. A maximização da felicidade pode vir não de dar às pessoas o que elas querem agora, mas encorajá-las a ter melhores anseios. Ackerman mostra sua concepção utilitarista da diversidade de opiniões. Ele afirma que “qualquer sistema justo permitirá ampla diversidade de concepções disponíveis”. Isso porque, “essa diversidade promove a liberdade individual e a liberdade de escolha. O constitucionalismo americano respeita tal diversidade e tal liberdade, em parte, por causa de seus efeitos salutares na deliberação pública”. ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano*: fundamentos do

do dinheiro nas democracias, tendem a fechar os canais disponíveis à participação popular, ou a torná-los inefetivos, diminuindo o senso de pertencimento e de civismo da comunidade política. Daí Tim Mulgam dizer que a oportunidade “de participarem das decisões políticas daria a essas pessoas o incentivo para se preocuparem com o resto do mundo, concentrarem as suas mentes em questões mais amplas, e desenvolverem a sua capacidade de tomar decisões importantes”<sup>20</sup>.

A teoria é provada na prática. Quanto mais direta é a democracia, maior é a felicidade. Segundo estudo coordenado por Bruno Frey, que comparou a felicidade dos cidadãos de diferentes cantões suíços, há variações quanto ao nível de felicidade de acordo com a extensão da democracia direta (iniciativas populares, referendos, plebiscitos) de cada cantão. Em todos os cantões, as políticas frequentemente são decididas por meio de referendos. Todavia, em alguns, os cidadãos têm mais direitos de demandar referendos do que em outros. As pessoas são mais felizes onde têm mais direitos a referendos. Se compararmos os cantões em que esses direitos são mais amplos com os em que são menos, a diferença na felicidade é tão grande quanto se a renda tivesse duplicado<sup>21</sup>.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou que o plebiscito (instrumento da democracia direta) para o desmembramento de um estado da federação – no caso, o Pará –, deveria envolver não somente a população do território a ser desmembrado, mas a de todo o estado<sup>22</sup>. A decisão ampliou o número de cidadãos que participam diretamente das alterações territoriais dos seus Estados. Ampliou-se a base da participação política, que constitui o direito à felicidade pública.

Estamos falando da base da democracia. Stuart Mill afirmou, há séculos, que a democracia pode assegurar aos povos uma grande soma de felicidade<sup>23</sup>. Participar da vida pública, interferindo efetivamente nas decisões que nos afetam, constitui motivo de prazer.

direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 225-228.

20 MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 47.

21 FREY, Bruno S. e STUTZER, Alois. Happiness Prospers in Democracy. *Journal of Happiness Studies*, v. 1, 2000, p. 79; Frey, BRUNO e STUTZER, Alois. Political Participation and Procedural Utility, *European Journal of Political Research*, v. 45, n. 3, 2006, p. 391.

22 BRASIL. STF. ADI nº 2650. Rel. Min. Dias Toffoli. DJ de 17/11/2011.

23 MILL, John Stuart. *Considerations on representative government*. Ed. C. V. Shields. Indianapolis/Nova York, Bobbs-Merrill, 1958.

No contexto sul-africano, Pierre De Vos afirma que “a democracia não é um fim em si mesmo, mas um meio para se atingir um fim”<sup>24</sup>. Esse fim é a felicidade pública.

#### 4. Direito à busca da felicidade (liberdade).

Direito à busca da felicidade é o direito de não sofrer interferências ilegítimas por parte do Estado, ou do particular, na execução de projetos racionais de realização de preferências. Eventuais interferências impõem fundamentação, pois limitam a liberdade.

A Constituição da África do Sul assegura várias liberdades: Liberdade e segurança das pessoas (s 12); liberdade de religião, crença e opinião (s 15); liberdade de expressão (s 16); reunião, manifestação, protesto e petição (s 17); liberdade de associação (s 18); liberdade de movimento e residência (s 21); liberdade sindical, de ofício e profissão (s 22).

No Brasil, não é diferente. Há, contudo, um caso que colocou o direito à busca da felicidade no palco: a análise quando à constitucionalidade da Marcha da Maconha<sup>25</sup>.

O STF se debruçou sobre a matéria. John Stuart Mill foi um dos fundamentos teóricos da decisão. Segundo o Ministro Luiz Fux, “o pensamento jurídico dos EUA partiu dos escritos de John Milton e da teoria utilitarista de John Stuart Mill – segundo a qual a colisão de opiniões conflitantes ampliaria as chances de atingimento da verdade e do esclarecimento público – para formular as justificativas da consagração, na Primeira Emenda à Constituição norte-americana, da liberdade de expressão (free speech)”. O Ministro destacou “o importante papel da liberdade de expressão no fortalecimento do potencial de contribuição individual ao bem-estar da sociedade e, em especial, na realização pessoal do indivíduo”. Valeu-se da expressão neutra “bem-estar”.

---

24 DE VOS, Pierre (Editor). FREEDMAN, Warren (Editor). Danie Brand. Christopher Gevers. Karthigasen Govender. Patricia Lenaghan. Douglas Maiula. Nomthandazo Ntlama. Sanele Sibanda. Lee Stone. *South African Constitutional Law...*, op. cit., p. 95.

25 Numa tarde de sábado de Maio de 2011, em São Paulo, cerca de mil manifestantes participavam da Marcha da Maconha. Eles queriam caminhar pela Avenida Paulista rumo à Consolação. A manifestação havia sido proibida pela Justiça, ao argumento de que fazia apologia às drogas. Reagindo criativamente à proibição, os manifestantes converteram a passeata num ato em favor da liberdade de expressão. As referências à maconha foram apagadas e cobertas com fita adesiva preta. No mesmo sábado, por volta das 14 horas, os manifestantes souberam, pela polícia, que não poderiam continuar a marcha. Na altura do Masp, a Tropa de Choque da Polícia Militar tentou contê-los. A polícia disparou balas de borracha, bombas de efeito moral, gás lacrimogênio e gás pimenta contra a multidão. “Foi triste, muito triste”, disse o jornalista Pedro Nogueira, de 25 anos, um dos organizadores da marcha. “Marcha da Maconha acaba em conflito com a Polícia Militar”. De Márcia Abos, em O Globo, de 21/05/11. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/marcha-damaconha-acaba-em-conflito-com-policia-militar-2789220>. Acessado em junho de 2013.

Apontando o raciocínio utilitarista do juiz Brandeis, da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Whitney v. California*, o Ministro Luiz Fux disse que “a repressão ao discurso não traz estabilidade pública, antes semeando o ódio e a reação. O discurso proibido não é desencorajado, mas escondido, incentivando a conspiração”. Logo, entre reprimir, correndo o risco de suportar custos elevados no futuro, e permitir, incorrendo em custos menores no presente, e nenhum no futuro, o ideal seria permitir.

A menção ao utilitarista John Stuart Mill mostra como o princípio da felicidade maior começa a compor as decisões das supremas cortes. Para Stuart Mill, “permitir que a maioria se imponha aos dissidentes ou censure os livre-pensadores pode maximizar a utilidade hoje, porém tornará a sociedade pior – e menos feliz – no longo prazo<sup>26</sup>”.

A Marcha da Maconha foi julgada constitucional, sem constituir apologia ao crime, previsto no Código penal brasileiro. Pesaram-se as consequências do julgamento e optou-se pela decisão que, sem violar a dignidade humana, aumentaria o bem-estar geral, ou seja, possibilitaria o maior nível de felicidade para o maior número de pessoas<sup>27</sup>.

## 5. Direito aos meios necessários à busca da felicidade (bem-estar).

Além do direito à busca da felicidade, cuja base de sustentação é a liberdade aliada à dignidade, o ser humano precisa de algo mais. Ele precisa saber que não padecerá pela fome, que não dormirá ao relento, que terá condições de consumir água limpa e gozar de boa educação. Só assim ele será verdadeiramente livre.

---

26 MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 100.

27 A atenção que o Ministro Luiz Fux confere às potenciais consequências da decisão ao bem-estar coletivo é tamanha que ele chega a afirmar que “não se pode formar plena convicção acerca de qualquer questão sem conhecimento mais amplo possível dos diversos aspectos que a compõem e sem alguma percepção das eventuais consequências da adoção de um ou outro ponto de vista”. O Ministro pergunta: “Quais as consequências dessa repressão?”. Em seguida, responde: “A clandestinidade da discussão é uma delas. (...) Se reprimido o debate, fica subterrâneo, estimulando-se a formulação de juízos parciais e míopes, com elevado risco do surgimento de visões maniqueístas de ambos os lados”. A aplicação do princípio da felicidade maior ocorre em seguida: “Há que se vislumbrar com clareza as posições antagônicas e, sopesando-as, chegar-se a uma conclusão”. Para o Ministro Fux, “ainda que seja somente para sua satisfação pessoal, o indivíduo é livre para compartilhar com a sociedade seu entendimento sobre a matéria e, assim, incorporá-la ao debate democrático”. Ou seja, o ser humano tem direito à busca da felicidade, o direito de não sofrer interferências ilegítimas por parte do Estado ou do particular na execução de projetos racionais de realização de preferências ou desejos legítimos, os quais ofereçam, ao titular, chances de êxito.

No contexto sul-africano, Iain Currie e Johan de Wall afirmam que “a pobreza envolve, no mínimo, a ausência de bem-estar. Questões quanto à pobreza são de significativa importância na agenda política da África do Sul e, claramente, estão no palco central, pois dizem respeito à aplicação dos direitos fundamentais”<sup>28</sup>.

Mesmo Aristóteles reconhecia que a felicidade requer bens externos: “seria difícil desempenhar um papel nobre a não ser que se esteja munido do necessário equipamento”, disse. Para o filósofo, “muitas ações nobres requerem instrumentos para sua execução sob a forma de amigos, ou riqueza ou poder político”. Ele afirma que a “felicidade exige o acréscimo da prosperidade externa, sendo esta a razão de alguns indivíduos identificá-la com a [boa] fortuna (a despeito de alguns a identificarem com a virtude)”<sup>29</sup>. Apesar da biografia de Aristóteles ser bem diferente da de vários outros filósofos citados nesse *paper*, o caráter universal das categorias teóricas com as quais eles lidam torna possível encontrar uma sintonia em seus pensamentos no que diz respeito à felicidade como algo que dá sentido a vida, seja ela individual, seja coletiva. Daí a variedade de fontes filosóficas.

Quanto à África do Sul, estamos falando de direitos socioeconômicos. Segundo Pierre De Vos, “direitos sociais são direitos às condições e recursos necessários para o bem-estar material das pessoas”. Para ele, são direitos a itens tais como “alimentação, água, habitação, saúde, assistência social, educação e segurança, meio-ambiente limpo e saudável”<sup>30</sup>.

Essa preocupação já estava presente em Jeremy Bentham. Ele era atento à segurança, o que inclui uma alimentação adequada e abrigo, bem como segurança contra hostilidades. Nesse sentido, Tim Mulgam diz que “o governo deve garantir que ninguém fique desamparado, e que todos tenham acesso a uma educação adequada e a cuidados de saúde, para permitir-lhes atender às suas próprias necessidades de segurança”.

Tim Mulgam recorda ainda que, para Bentham, os seres humanos têm determinadas necessidades básicas: do essencial para a vida, de segurança, de abrigo, de

---

28 CURRIE, Iain e WAAL, Johan de. *The Bill of Rights Handbook*. Cape Town, JUTA, in association with The Law Society of South Africa, 2013, p. 521.

29 ARISTÓTELES (384-322 a.C.). *Ética a Nicômaco*. Traduções, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009, p. 54.

30 DE VOS, Pierre (Editor). FREEDMAN, Warren (Editor). Danie Brand. Christopher Gevers. Karthigasen Govender. Patricia Lenaghan. Douglas Maiula. Nomthandazo Ntlama. Sanele Sibanda. Lee Stone. *South African Constitutional Law...*, op. cit., p. 666-667.

estabilidade social suficiente para fazer planos para o futuro e assim por diante. São os “interesses de segurança”. Para Mulgam, “essas precondições de uma vida que valha a pena devem ser garantidas a todos de pleno direito”, pois a pessoa não pode desfrutar de segurança “se está preocupada com a possibilidade de ser privado das necessidades da vida pelo governo, ou por algum terceiro”. Ele afirma que, para garantir a segurança de todos, “todos devemos sentir-nos obrigados a respeitar os direitos dos outros, e a não aplicar o princípio utilitarista quando os interesses em segurança de alguém estiverem em jogo”<sup>31</sup>.

A saúde, por exemplo, é fundamental para qualquer projeto de busca da felicidade. Stuart Mill chegou a inserir a saúde dentre os principais prazeres. Richard Layard afirma que há sete fatores que nos afetam quanto à felicidade sendo, um deles, a saúde. Para Carol Graham, pesquisadora da Brookings Institution, ter saúde torna as pessoas mais felizes e, melhor ainda, “a felicidade pode produzir efeitos positivos adicionais sobre a saúde – um fato a que tanto se alude na literatura, mas que é mais difícil de provar empiricamente com a maioria dos dados”<sup>32</sup>.

Os direitos socioeconômicos, chamados também de “direitos ao pão”, celebram o compromisso com o bem-estar das pessoas, a parte objetiva do direito à felicidade, integrante da qualidade de vida. Visam concretizar uma aspiração à segurança.

## 6. Bem-estar como termo neutro para designar felicidade

Em Francês, Bien-Être; em italiano, benessere (ou agiatezza); em inglês, well-being ou welfare; em alemão, Wohlstand (ou Wohlbefinden, Wohlbehagen). Em português, bem-estar. É uma palavra moderna. Julián Marías recorda que, “no espanhol, se usa desde o começo do século XIX”, e que “o dicionário da academia registra duas acepções: conjunto das coisas necessárias para viver bem: vida confortável ou abastecida que conduza a passar bem e com tranqüilidade”<sup>33</sup>.

A pesquisadora Carol Graham, na obra “A busca da felicidade: Uma economia do bem-estar”, aponta que as questões relativas à felicidade pela perspectiva coletiva

---

31 MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 40.

32 GRAHAM, Carol. *O que nos faz feliz por esse mundo fora*. Tradução Michelle Hapetian e revisão de Alice Soares. Alfragide: Texto Editores, 2011, p. 143.

33 MARÍAS, Julián. *La Felicidad Humana*. Madri: Alianza Editorial, 2006, p.158.

costuma vir designada por meio de várias expressões, tais como “felicidade, bem-estar, bem-estar subjetivo, e satisfação com a vida, entre outros”<sup>34</sup>.

Paul Dolan, Richard Layard e Robert Metcalfe falam em bem-estar. A chamada Comissão-Stiglitz, criada pelo então presidente francês, Nicolas Sarkozy, era voltada para a aferição do “bem-estar” dos franceses. Derek Bok, que esteve à frente de Harvard, tem obra intitulada “Política da Felicidade: O que o governo pode aprender com as novas pesquisas sobre o bem-estar”. Amartya Sen, por sua vez, constrói seu pensamento discutindo a ideia de “bem-estar”<sup>35</sup>. Bruno Frey e Stutzer afirmam que, para muitos fins, a felicidade ou o bem-estar subjetivo relatado é uma aproximação empírica satisfatória para a utilidade individual<sup>36</sup>.

No caso da África do Sul, além do bem-estar, a Constituição assegura a qualidade de vida. É plenamente compreensível a opção. Contudo, a literatura especializada reconhece que o conceito de bem-estar ainda não contou com dedicada atenção do Judiciário do país. Segundo Iain Currie e Johan de Waal, “a expressão bem-estar não têm ganhado muita atenção nos tribunais. No caso HTF Developers (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs and Tourism, o juiz Murphy J. compreendeu que o termo é “aberto e evidentemente(...) incapaz de uma definição precisa. Contudo, é decisivamente importante para que as autoridades ambientais possam definir os objetivos constitucionais de suas atribuições”<sup>37</sup>. Iain Currie e Johan de Waal afirmam ainda:

Seres humanos não podem sobreviver sem comida e água, e eles precisam evitar situações nas quais serão expostos a lesões físicas (ferimentos ou morte), incluindo contrair doenças. Essas necessidades assumem precedência diante de outras. Necessidades autônomas envolvem a habilidade de os seres humanos tomarem decisões bem informadas para atingirem conscientemente seus objetivos. Para alcançar isso, a pessoa precisa de três atributos: capacidades cognitivas (compreensão), saúde mental e oportunidades de participar da vida social<sup>38</sup>.

A necessidade de maior investigação sobre o conceito de bem-estar na Constituição

---

34 GRAHAM, Carol. *The pursuit of happiness: an economy of well-being*. Washington: Brookings Institution Press, 2011.

35 WHITE, Nicholas. *Breve história da felicidade*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Edições Loyola. 2009, p. 182.

36 GRAHAM, Carol. *The pursuit of happiness...*, op. cit.

37 CURRIE, Iain, WAAL, Johan de. *The Bill of Rights Handbook...*, op. cit., p. 520.

38 Idem, ibidem, p. 521.

da África do Sul só realça o estado-da-arte desse tema. O preâmbulo da Constituição do país assume o compromisso de “melhorar a qualidade de vida de todos os cidadãos e liberar o potencial de cada pessoa”. As expressões felicidade, bem-estar e qualidade de vida, apesar de não relevarem significados idênticos, têm sido utilizadas em sentidos aproximados pelas estruturas normativas. O preâmbulo da Constituição do Brasil, por exemplo, firmou um compromisso com o “bem-estar”.

Para Iain Currie e Johan de Waal, quanto à África do Sul, “todos os direitos têm de ser vistos no contexto da exortação preambular segundo a qual a Constituição é dirigida para o incremento da qualidade de vida de todos os cidadãos e para a liberação do potencial de cada pessoa”<sup>39</sup>.

Outra importante afirmação da Constituição sul-africana é a que diz: “a África do Sul pertence a todos o que nela vivem, unidos em nossa diversidade”. Abre-se uma avenida para a felicidade, pois, ao garantir a diversidade, protege-se as minorias. Essa proteção é alicerçada na dignidade humana, que impede que determinados grupos, ainda que majoritários, subjuguem a essência dos outros, minoritários.

Stuart Mill entende que “a diversidade não é um mal, mas, sim, um bem”. Para ele, “quando a regra de conduta não é o próprio caráter da pessoa, mas sim as tradições ou costumes de outras pessoas, está a falhar um dos principais ingredientes da felicidade humana, e o principal ingrediente do desenvolvimento individual e social”. Segundo Mill, “quanto mais cada pessoa desenvolve a sua individualidade, tanto mais se torna valiosa para si própria, e pode por isso ser mais valiosa para os outros”<sup>40</sup>.

Jeremy Bentham, John Stuart Mill, John Austin, H. L. A. Hart e Hans Kelsen<sup>41</sup> demonstraram simpatia, ou mesmo devoção, pelo princípio da felicidade maior. Kelsen, por exemplo, afirma que “se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no parlamento

---

39 Idem, *ibidem*, p. 521-522.

40 Ao falar das minorias, percebe-se que Stuart Mill tinha razão. Michael Sandel, contudo, discorda. Ele diz: “a enfática celebração da individualidade é a mais importante contribuição de Mill em *On Liberty*, mas é também, de certa forma, um tipo de heresia em relação ao utilitarismo”. Sandel persiste: “Já que apela para os ideais morais além dos utilitários – ideais de caráter e desenvolvimento humano –, não é a reelaboração do princípio de Bentham, e sim uma renúncia a ele, apesar de Mill afirmar o contrário”. MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 115. SANDEL, *Justiça*. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2011, p. 66.

41 O utilitarismo teve três pioneiros: William Paley (1785), Jeremy Bentham (1789) e William Godwin (1793).

pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social”, a jurisdição constitucional “aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia”<sup>42</sup>.

Além da diversidade, o bem-estar é, de fato, muito presente nas constituições contemporâneas. Lendo o texto constitucional brasileiro, vê-se que o parágrafo único do art. 23 dispõe que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do “bem-estar” em âmbito nacional.

Exatamente na mesma linha, a seção 41 da Constituição sul-africana, que trata dos Princípios cooperativos de governo e relações intergovernamentais, dispõe: (I) “todas as esferas do governo e todos os órgãos do estado com cada uma de suas esferas têm de assegurar o bem-estar do povo da República”.

Na sequência, tem-se o artigo 182 da Constituição do Brasil, afirmando que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o “bem-estar” de seus habitantes. De acordo com o inciso IV do artigo 186, a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, ao requisito de ter uma exploração que favoreça o “bem-estar” dos proprietários e dos trabalhadores. O §1º do artigo 231 diz que, dentre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, estão as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu “bem-estar”.

A Constituição brasileira está falando de meio ambiente urbano, rural e indígena. Na África do Sul, a seção 24 da Constituição diz que “todos têm o direito (a) a um meio-ambiente que não seja danoso a sua saúde ou bem-estar”. Novamente, bem-estar.

A ordem social brasileira tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o “bem-estar” e a justiça social (art. 193). O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o “bem-estar” da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei (art. 219).

Segundo o art. 230 da Constituição, a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e “bem-estar”, garantindo-lhes o direito à vida.

Enquanto a Constituição do Brasil foca nos idosos, a da África do Sul optou pelas

---

42 KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 182.

crianças. Em ambas há compromissos com a família. Segundo a seção 28 (1) da Constituição sul-africana, toda criança tem o direito (f) de não ser obrigada ou estimulada a elaborar trabalhos ou fornecer serviços que (ii) coloquem em risco o “bem-estar”, educação, saúde mental ou física ou desenvolvimento espiritual, moral ou social.

Associando bem-estar com felicidade, o Capítulo Africano de Direitos e Bem-Estar da Criança, da Organização da União Africana, destaca que “as crianças ocupam uma posição única e privilegiada na sociedade Africana e para o completo e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, a criança deve crescer num ambiente familiar cuja atmosfera seja de felicidade, amor e compreensão”<sup>43</sup>.

Essa ligação entre família e felicidade, garantida pela Constituição da África do Sul, começa a ganhar corpo e a estimular o aperfeiçoamento de políticas públicas no país. A felicidade das crianças em suas famílias foi pesquisada pelo Economic Research Southern Africa (ERSA), um programa de pesquisa mantido pelo Tesouro Nacional da África do Sul. A pesquisa “O Funcionamento Familiar e Satisfação e Felicidade com a Vida nos Domicílios sul-africanos”<sup>44</sup> foi conduzida por Ferdi Botha and Frikkie Booysen. Para eles, “explorou-se a medida em que a felicidade individual e a satisfação com a vida se relacionam com diferentes níveis de funcionamento familiar, assim como com o tipo de família, num grupo de sul-africanos”. Segundo os pesquisadores:

a evidência indica que um melhor funcionamento da família está fortemente associado com as pessoas mais felizes e com maior satisfação com a vida. Assim, ter boas relações dentro da família é, em média, benéfico para a felicidade e satisfação com a vida de um membro da família. Além disso, maiores níveis de aproximação (como aproximar os membros da família uns dos outros) e mutabilidade (o grau de flexibilidade dentro da família) estão positivamente relacionados à felicidade pessoal e satisfação com a vida. O tipo da família também é importante: pessoas em famílias extremamente disfuncionais são muito menos satisfeitas com a vida e menos felizes do que pessoas que vivem em famílias equilibradas.

É clara essa relação intrínseca entre bem-estar e felicidade nos textos constitucionais. Um dos exemplos é o juramento de posse do chefe do Poder Executivo.

---

43 Disponível em: <http://pages.au.int/acerwc/documents/african-charter-rights-and-welfare-child-acrwc>. Acessado em Maio de 2015.

44 Disponível em: [http://www.econrsa.org/system/files/publications/working\\_papers/working\\_paper\\_363.pdf](http://www.econrsa.org/system/files/publications/working_papers/working_paper_363.pdf). Acessado em Maio de 2015.

A Constituição da África do Sul, no anexo 2º, seção 1, traz o juramento solene de posse do Presidente da República. Um dos compromissos é: “Dedicar-me ao bem-estar da República e de todo o seu povo”<sup>45</sup>.

No Brasil, o juramento do Presidente, previsto pelo artigo 44 da Constituição Republicana de 1891, dizia: “Prometo manter e cumprir com perfeita lealdade a Constituição Federal, promover o bem geral da República, observar as suas leis, sustentar-lhe a união, a integridade e a independência”.

Já a Constituição do Estado de Delaware, nos Estados Unidos, optou pela palavra felicidade:

Eu – sustentarei e mantereí com todo o meu poder a independência deste Estado, de acordo coma declaração que foi feita pelo honorável Congresso Continental; e empregarei toda a capacidade que tenho em compor para os habitantes deste Estado o sistema de governo que me parecer mais próprio a proporcionar sua felicidade e a assegurar-lhes o gozo de todos os direitos e de todos os privilégios naturais, civis e religiosos.

Portanto, ao abraçarem o bem-estar em pontos estratégicos de suas constituições, como quanto aos membros das famílias, o meio ambiente e as relações intergovernamentais, o Brasil e a África do Sul chamam a atenção para o ser humano e possibilitam a abertura normativa necessária para a consagração do direito à felicidade.

## 7. Proibição dos prazeres perversos (dignidade humana)

Prender um homem que não cometeu um crime não deve ser tolerado se o preso se disser feliz com a cadeia. Práticas imorais, como a escravidão, não podem ser justificadas ao argumento de que a maioria se sente bem com essa vergonha. Existem outros valores ao lado da felicidade que refutam determinadas decisões, independentemente do seu efeito sobre os sentimentos das pessoas afetadas<sup>46</sup>. Não há direito a prazeres perversos que causem danos aos outros ou a nós, enquanto sociedade.

Para entender os prazeres perversos, é importante conhecer a teoria de Donatien

---

45 O mesmo vale para o vice-presidente (s 2).

46 BOK, Derek. The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 56.

Alphonse François, o Marquês de Sade<sup>47</sup>. A palavra sadismo data de 1834, e aparece no Dictionnaire [Dicionário] de Boiste, vinte anos depois da morte do marquês. O psiquiatra Krafft-Ebing conferiu o estatuto médico a esse termo, em 1891, em *Psychopathia sexualis*: “aberração pavorosa da devassidão; sistema monstruoso e antissocial que revolta a natureza”. Estamos falando de todo gozo experimentado no sofrimento infligido ao outro.

Tanto a África o Sul como o Brasil têm compromisso constitucional com a dignidade humana. Para Albie Sachs, introduzindo, no constitucionalismo sul-africano, a dignidade humana, “todos têm o mesmo valor moral, já que a dignidade implica um reconhecimento do valor intrínseco dos seres humanos e o reconhecimento de que os seres humanos têm direito a ser tratados como dignos de respeito e consideração”<sup>48</sup>.

A seção 13 da Constituição da África do Sul, por exemplo, afirma que “ninguém será sujeito à escravidão, servidão ou trabalho forçado”. Já a seção 10 assegura que “todos têm sua própria dignidade e o direito de ter essa dignidade respeitada e protegida”.

É preciso proteger o direito à felicidade da exortação a prazeres perversos. Para isso, é fundamental reconhecer a dignidade humana que, atualmente, tem sido o centro irradiador da maior parte dos textos constitucionais. Um caso brasileiro ajuda a ilustrar.

O Estado do Rio de Janeiro havia aprovado a Lei estadual nº 2.895, de 1998, disciplinando as brigas de galos (os da espécie *gallus-gallus*). Uma ação no STF atacava a lei ao fundamento de que ela violava a Constituição<sup>49</sup>, que garante um meio ambiente ecologicamente equilibrado e veda a crueldade contra animais.

Justificando a Lei, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro disse que as brigas de galos eram “um forte fator de integração de comunidades do interior do Estado,

47 Michel Onfray diz que a doutrina de exortação bárbara aos prazeres sádicos abriu espaço para que sociedades adeptas a ela se adaptassem à crueldade. Ele recorda Hannah Arendt, no seu *Origens do totalitarismo*, que destaca que os mais insensíveis intelectuais de antes da II Guerra Mundial tinham uma verdadeira fascinação pelas obras do marquês de Sade. Essa conexão ergueu a formação doutrinária do fascismo europeu. Lembra ainda que Camus, em *L’Homme revolte* [O homem revoltado], compara a república cercada de arame farpado de Sade com os campos de concentração. Muitas das barbaridades escritas pelo marquês foram praticadas pela Milícia Vichy, pela Gestapo alemã, pela soldadesca nazista e por todos os regimes fascistas. A visão totalitária do mundo pode ser encontrada em *La Nouvelle Justine*. Nessa obra, Sade justifica a ditadura da aristocracia sobre o populacho, louva os méritos do cristianismo e da monarquia aos quais, segundo ele, “devemos a grandeza e a prosperidade da França”. ONFRAY, Michel. *Os ultra das luzes*. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012 (Série Contra-história da filosofia; v. 4), p. 292.

48 SACHS, Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. London: Oxford University Press, 2009, p. 457.

49 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1856/RJ (Rel. Min. Celso de Mello), 26.05.2011.

a gerar, inclusive, um apreciável número de empregos, sendo que, no Rio de Janeiro, há, aproximadamente, 100 rinhas e mais de 70 centros esportivos”.

Na decisão, o Ministro Ayres Britto frisou a necessidade de inibir os prazeres perversos. Para ele, o preâmbulo da Constituição fala de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos: “E fraternidade evoca, em nossas mentes, a ideia de algo inconvivível com todo tipo de crueldade, mormente aquelas que desembocam em derramamento de sangue, mutilação de ordem física e, até mesmo, na morte do ser torturado”, afirmou.

Segundo o Ministro Britto, “essa crueldade, caracterizadora de tortura, manifesta-se no uso do derramamento de sangue e da mutilação física como um meio, porque o fim é a morte”. Ele destacou que, nas brigas de galos, “o jogo só vale se for praticado até a morte de um dos contendores, de um dos galos, que são seres vivos”. Disse ainda que “derramar sangue e mutilar fisicamente o animal não é sequer o fim. O fim é, verdadeiramente, a morte de cada um deles; a briga até a exaustão e a morte”.

O Ministro Cezar Peluso, que o acompanhou na decisão, relacionou o enaltecimento de prazeres perversos entre os indivíduos, por meio do êxtase trazido com a dor dos animais, ao princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade humana proibiria a satisfação de prazeres perversos ou o seu enaltecimento, seja pelo Estado, seja pelos particulares.

A lei ofende também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano”, afirmou o ministro Peluso, anotando em seguida: “a proibição também deita raiz nas proibições de todas as práticas que promovem, estimulam e incentivam ações e reações que diminuem o ser humano como tal e ofendem, portanto, a proteção à dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República<sup>50</sup>”.

O Ministro Ricardo Lewandowski concordou. “Proibiram-se agora as touradas em Barcelona. A Europa está preocupada com o tratamento desumano, cruel e degradante que se dá aos animais domésticos, sobretudo nos abatedouros e também nos criadouros”, afirmou. Na sequência, disse que as vedações decorrem “desse princípio básico da dignidade da pessoa humana. Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana”.

A dignidade da pessoa humana é o vetor constitucional que impede que o direito à

---

<sup>50</sup> BRASIL. STF. ADI nº 1.856. DJ de 13/10/2011. Rel. Min. Celso de Mello.

felicidade se converta, no caso concreto, em fundamento de práticas cruéis, baseadas em prazeres perversos, que ao contrário de aperfeiçoar a jornada civilizatória, atira as conquistas constitucionais num abismo selvagem.

## 8. Felicidade coletiva como objetivo da decisão (utilitarismo)

O juiz da Corte Constitucional da África do Sul, Albie Sachs, encerrando sua fala na Aula Magna na faculdade de Direito na Universidade do Kentucky, em abril de 2013, disse acreditar que a concretização da Constituição da África do Sul, pela Corte Constitucional, “trouxe uma grande felicidade e bastante libertação para muita gente”<sup>51</sup>.

Seria papel do Judiciário assegurar felicidade para as pessoas? Cabe, a uma Suprema Corte, considerar a felicidade um direito? A Concretização dos direitos fundamentais, por uma Corte Constitucional, amplia a felicidade coletiva? Para responder a essas intrigantes perguntas, é fundamental ir até as raízes da jurisdição constitucional.

A primeira constituição a tratar, nos termos atuais, sobre o poder dado aos tribunais para aferir a constitucionalidade das leis e dos atos normativos, foi a Constituição do Estado da Pensilvânia, nos Estados Unidos, em 1776.

O Capítulo Segundo, Seção 47ª, disciplina a escolha do “Conselho de Censores”, cujo dever é “examinar se a Constituição foi conservada em todas as suas partes sem o menor dano”, bem como “se os corpos encarregados do Poder Legislativo e Executivo cumpriram suas funções como guardiões do povo, ou se arrogaram e exerceram outros ou maiores direitos que aqueles que lhes foram dados pela Constituição”.

A gênese da jurisdição constitucional vem com a previsão de convocação, pelo Conselho dos Censores, de uma comissão extraordinária, sempre que “lhes parecer que haja necessidade absoluta de corrigir algum artigo defeituoso da Constituição, de explicar algum deles que não estivesse claramente expresso ou de acrescentar artigos que fossem necessários à conservação dos direitos e da ‘felicidade’ do povo”<sup>52</sup>.

Conservação dos direitos e “felicidade” do povo. Eis a origem de um modelo que, no século XXI, é chamado de jurisdição constitucional.

Não se cogita de um projeto de felicidade de um indivíduo isolado e autocrático,

---

51 SACHS, Albie. The Sacred and the Secular: South Africa’s Constitutional Court Rules on Same-Sex Marriages. *Kentucky Law Journal*, v. 102, n. 1, 2013-2014, p. 160.

52 Disponível em: [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/pa08.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/pa08.asp). Acessado em Maio de 2015.

mas como um indivíduo relacionado a uma comunidade e a ela vinculado. O princípio da felicidade maior, inspirado por Robert Alexy, compreende que, nas colisões, deve ser atribuído peso maior aos princípios relativos a interesses coletivos, de modo que, após a ponderação<sup>53</sup>, reste menos do direito à busca da felicidade do que imaginávamos.

A felicidade maior é a meta. Isso não se dá simplesmente ampliando o gozo do direito à busca da felicidade, no sentido de se lhe afastar vedações. A felicidade maior não virá sem o direito contra intervenções da parte de sujeitos de direito de mesma hierarquia, sem as competências jurídicas para participar da formação da vontade coletiva, sem um certo grau de inexistência de situações de privação econômica e também sem as ações de participação na comunidade política, baseadas ao mesmo tempo nas próprias convicções e na responsabilidade<sup>54</sup>. É a proposta de Alexy adaptada a esse paper.

A jurisprudência brasileira tem um caso interessante. Coube ao STF fixar qual a interpretação a ser conferida ao artigo 1.723 do Código Civil, que reconhece, como entidade familiar, a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. O caso decorria do fato de órgãos do Estado negarem direitos a casais homoafetivos. Cabia à Corte decidir se essa união também abrangeria casais do mesmo sexo, apesar de o dispositivo constitucional falar em “homem e a mulher”.

O Ministro Ayres Britto brindou Stuart Mill ao inserir em seu voto o princípio do

---

53 Stuart Mill ilustrou caso envolvendo as potências liberdade de um lado e segurança do consumidor outro. Ele deu o exemplo da venda de venenos. Ele indaga: “Até que ponto se pode legitimamente abusar da liberdade para prevenir crimes ou acidentes?”. Para Mill, “se os venenos nunca fossem comprados ou usados senão para cometer assassinio, seria correto proibir a sua produção e venda”. Mas podem ser pretendidos para fins não apenas inocentes, mas também úteis, e não podem ser impostas restrições num dos casos sem fazer o mesmo no outro. Deve-se decidir que “modos possíveis de regulação são ou não contrários ao princípio”. Ele nos dá um exemplo: “uma precaução como a de incluir no rótulo do fármaco um aviso sobre o seu caráter perigoso pode ser imposta sem violação da liberdade: o comprador não pode deixar de querer saber que o que tem é venenoso”. Uma saída dada por Stuart Mill é “requerer-se que o vendedor assinalasse num registro a altura exata da transação, o nome e a morada do comprador, o tipo exato e a quantidade exata dos artigos vendidos; que perguntasse o objetivo para que eram requeridos, e registrar a resposta dada”. Quando não houvesse receita médica, “poderia ser requerida a presença de uma terceira pessoa para provar isto caso houvesse depois razão para acreditar que o artigo havia sido usado para fins criminosos”. Mill finaliza afirmando que “tais regulações não representariam, em geral, qualquer obstáculo substancial à obtenção do artigo, mas representariam um obstáculo muito considerável a que se fizesse um uso impróprio dele sem que isso fosse descoberto”. Stuart Mill escreveu o trecho acima no século XIX. MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade...*, op. cit., p. 164.

54 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 379.

dano: “não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem”. Segundo o princípio do dano, o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou coletivamente, para interferir na liberdade de ação de outro, é a autoproteção, cuja função é prevenir dano a outros.

Stuart Mill afirma que “uma pessoa não pode corretamente ser forçada a fazer ou a deixar de fazer algo porque será melhor para ela que o faça, porque a faça feliz, ou porque, na opinião de outros, fazê-lo seria sensato, ou até correto”. Para ele, “a única parte da conduta de qualquer pessoa pela qual ela responde perante a sociedade, é a que diz respeito aos outros. Na parte da sua conduta que apenas diz respeito a si, a sua independência é, por direito, absoluta”. Logo, “as pessoas têm mais a ganhar em deixar que cada um viva como lhe parece bem a si, do que forçando cada um a viver como parece bem aos outros”<sup>55</sup>.

Para o Ministro Ayres Britto, a decisão estabelece “o reino da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham”. Significa que a decisão amplia a situação de bem-estar dos homoafetivos, sem mitigar, em nada, a situação vivenciada pelos heteroafetivos. Ou seja, o cálculo utilitarista aponta que estamos diante de Pareto-eficiente: uma parcela dos afetados pela decisão melhorou de situação sem que a outra parcela piorasse.

O voto que melhor desenvolveu o direito à felicidade foi o do Ministro Celso de Mello. Ele realçou a finalidade da decisão, apontando o seu viés utilitarista, segundo o qual, no longo prazo, teríamos a ampliação da felicidade para o maior número de pessoas.

O Ministro afirmou que a decisão não tensionaria as relações humanas, nem dividiria pessoas, grupos ou instituições. A decisão, no longo prazo, seria útil, porque estimularia a união de toda a sociedade em torno de um objetivo comum, o que aumentaria a sensação de fraternidade e ampliaria, com isso, a felicidade coletiva.

Em seu voto, Sua Excelência abriu um tópico denominado: “O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana”. Ele rememorou os bastidores da elaboração da Declaração de Direitos do Estado da Virginia e, em seguida, os da Declaração de Independência dos Estados Unidos, reputando-os documentos insertos nas ideias iluministas.

---

55 MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade...*, op. cit., p. 44.

O Ministro reconheceu que o direito à busca da felicidade representa derivação da dignidade humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.

Na Corte Constitucional da África do Sul, coube ao juiz Albie Sachs a relatoria do caso que definiu a constitucionalidade da união entre pessoas do mesmo sexo. Favorável, Sachs falou em assegurar às pessoas interessadas “a esperança da felicidade”<sup>56</sup>.

Recentemente, no caso *Obergefell v. Hodges*, apreciado pelo Suprema Corte dos Estados Unidos, tratando do casamento entre pessoas do mesmo sexo, enquanto a maioria vencedora citava o precedente *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1, 12 (1967), no qual se definiu que o casamento é “um dos mais vitais e essenciais direitos pessoais para que um homem livre busque a sua felicidade”, o voto do juiz Samuel Alito, aliado à corrente divergente, consignou que “o entendimento quanto ao casamento, que foca quase inteiramente na felicidade das pessoas que escolhem se casar, é compartilhado por muita gente hoje, mas isso não é tradicional. Por milênios, o casamento esteve intrinsecamente ligado a algo que só casais de sexos opostos podem fazer: a procriação”. Mais uma vez, a felicidade aparecendo no debate clássico sobre casamentos homoafetivos.

Associar a tolerância e aceitação à esperança da felicidade não é figura de linguagem, nem romantismo. Pesquisas mostram que “uma maior tolerância de gays e outras minorias aumenta a felicidade nacional”<sup>57</sup>. Quanto à decisão, é possível imaginar: mas há quem não tenha gostado. A teoria da felicidade é indiferente à sensação de quem se sente pior ao ver os outros gozarem direitos. Stuart Mill destaca que os homens têm um grande prazer em subordinarem mulheres, porque isso os ajuda a se sentirem superiores. Contudo, ao aferir os ganhos para a sociedade que a igualdade sexual traria, Mill sequer considera – nem o poderia – a dor que certamente será causada aos homens por esta revogação de seus privilégios. Tal prazer não serviria ao bem-estar social.

Jeremy Bentham dizia que a razão é necessária para derrubar a tradição irracional e que a única alternativa ao utilitarismo seria o capricho, uma espécie de moralidade baseada no auto-interesse, numa paixão ou na superstição. Esse capricho não compõe o

---

56 África do Sul. Corte Constitucional. *Minister of Home Affairs v. Fourie* 2006 (I) SA 524 (CC).

57 INGLEHART, Ronald, FOA, Roberto, PETERSON, Christopher e WELZEL, Christian. *Development, Freedom, and Rising Happiness - A Global Perspective (1981-2007)*. *Perspectives on Psychological Science*, v. 3, n. 4, 2008, p. 271.

cálculo de maior felicidade para o maior número de pessoas. É como Tim Mulgan diz: “o prazer sádico não tem absolutamente nenhum valor”<sup>58</sup>. Para Stuart Mill: “a sociedade não reconhece aos competidores desapontados qualquer direito, quer legal quer moral, a estarem imunes deste tipo de sofrimento”<sup>59</sup>.

O incômodo de indivíduos que gozam de direitos com o fato de outros indivíduos gozarem dos mesmos direitos trata de um sofrimento que não decorre de injustiça, mas do capricho. E não há um direito fundamental ao capricho.

## 9. Conclusão

O presente paper teve a finalidade de introduzir a ideia de direito à felicidade diante da experiência brasileira quanto ao tema aliada à vibrante perspectiva do constitucionalismo sul-africano. Por uma necessária limitação de conteúdo, não se tratou a fundo das perspectivas morais e éticas do tema.

Apresentando aspectos filosóficos, históricos, teóricos, políticos e jurídicos, pretendeu-se demonstrar as consequências que o constitucionalismo global – à luz das experiências brasileiras e sul-africanas -, sentirá quanto à necessidade de densificar o conceito de felicidade em razão do desafio de compreender as decisões judiciais que, mais e mais, passam a mencionar a felicidade em seus textos, muitas vezes fundamentando o acesso a outros direitos de expressa previsão constitucional.

Assumindo como premissa filosófica o princípio da felicidade maior, de natureza utilitarista, o paper insere em seu conteúdo a dignidade da pessoa humana, base de boa parte das constituições contemporâneas.

A partir daí, associa-se o princípio da felicidade maior à filosofia sul-africana do *Ubuntu*, desenvolvendo o direito à felicidade da seguinte forma:

1) Direito à felicidade pública (participação popular): assegura ao ser humano o direito de ser visto em ação, participando das decisões que afetam sua vida, enquanto partícipe de uma comunidade política;

2) Direito à busca da felicidade (liberdade): o ser humano tem o direito - sem que o Estado,

---

58 MULGAN, Tim. *Utilitarismo...*, op. cit., p. 94.

59 MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade...*, op. cit., p. 160.

ou o particular, crie obstáculos -, de buscar a satisfação de suas preferências, desde que não cause dano ao outro;

3) Direito aos meios necessários à busca da felicidade (bem-estar): para buscar sua felicidade, o ser humano precisa contar com bens essenciais garantidores do seu bem-estar, assegurados, direta ou indiretamente, pelo Estado, sem os quais não se é verdadeiramente livre;

4) Proibição dos prazeres perversos (dignidade humana): compreendendo que os prazeres variam também em qualidade, ninguém tem direito a infligir dor ou sofrimento ao outro, ou à sociedade, como forma de prazer;

5) Direito à ampliação da felicidade coletiva (utilitarismo): quando qualquer esfera, direta ou indiretamente pública, toma decisões que afetam a sociedade, ela tem o dever de ampliar a felicidade coletiva, reduzindo, tanto quanto possível, o sofrimento. Como proteção à eventual abuso na aplicação desse cálculo, está o respeito à dignidade humana.

Essas são as primeiras conclusões. Não fechamos a porta, contudo, para que novas impressões surjam à medida que os debates se intensifiquem e que o trabalho seja submetido à crítica pública. Sempre que novas impressões, pela sua consistência, contarem com a nossa atenção, poderemos retomar as linhas teóricas apresentadas no trabalho e promover releituras que, inevitavelmente, pode nos dirigir para conclusões mais refinadas.

## **Agradecimentos**

Esse trabalho é fruto de pesquisa feita na Universidade da Cidade do Cabo, sob a orientação do professor de Direito Constitucional, Pierre De Vos. Além de agradecer à disponibilidade, carinho e confiança do professor Pierre, agradeço pela estrutura que a UCT me disponibilizou e o fundamental papel da professora Elrena van der Spuy, chefe do Departamento de Direito Público. Por fim, a todos os alunos da UCT que, conduzidos por suas convicções e corações, têm lutado por uma África do Sul ainda melhor.

## Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ARISTÓTELES (384-322 a.C). *Ética a Nicômaco*. Traduções, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009.

ARMITAGE, David. *Declaração de Independência: uma história global*. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BOK, Derek. *The politics of happiness: what government can learn from the new research on well-being*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

CURRIE, Iain e WAAL, Johan de. *The Bill of Rights Handbook*. Cape Town, JUTA, in association with The Law Society of South Africa, 2013.

DE VOS, Pierre (Editor). FREEDMAN, Warren (Editor). Danie Brand. Christopher Gevers. Karthigasen Govender. Patricia Lenaghan. Douglas Maiula. Nomthandazo Ntlama. Sanele Sibanda. Lee Stone. *South African Constitutional Law in Context*. London: Oxford University

Press Southern Africa, 2014.

FREY, Bruno S. e STUTZER, Alois. Happiness Prospers in Democracy. *Journal of Happiness Studies*, v. 1, 2000, p. 79-102.

\_\_\_\_\_. Political Participation and Procedural Utility, *European Journal of Political Research*, v. 45, n. 3, 2006, p. 391-418.

GRAHAM, Carol. *O que nos faz feliz por esse mundo fora*. Tradução Michelle Hapetian e revisão de Alice Soares. Alfragide: Texto Editores, 2011.

GRAHAM, Carol. *The pursuit of happiness: an economy of well-being*. Washington: Brookings Institution Press, 2011.

INGLEHART, Ronald, FOA, Roberto, PETERSON, Christopher e WELZEL, Christian. Development, Freedom, and Rising Happiness - A Global Perspective (1981-2007). *Perspectives on Psychological Science*, v. 3, n. 4, 2008, p. 264-285.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAYARD, P. R. G. *Felicidade: lições de uma nova ciência*. Tradução Maria Clara de Biase W. Fernandes. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008.

MARÍAS, Julián. *La Felicidad Humana*. Madri: Alianza Editorial, 2006.

MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012.

MILL, John Stuart. *Autobiography*, 1873.

MILL, John Stuart. *Considerations on representative government*. Ed. C. V. Shields. Indianapolis/Nova York, Bobbs-Merrill, 1958.

MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Tradução Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2010.

MILL, John Stuart. BENTHAM, Jeremy. Utilitarianism and Other Essays. Edited by Alan Ryan. London: Penguin Classics, 2004.

ONFRAY, Michel. Os ultra das luzes. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012 (Série Contra-história da filosofia; v. 4).

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vida. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SACHS, Albie. The Strange Alchemy of Life and Law. London: Oxford University Press, 2009.

SACHS, Albie. The Sacred and the Secular: South Africa's Constitutional Court Rules on Same-Sex Marriages. Kentucky Law Journal, Volume 102, 2013-2014, Number 1, p. 160.

SANDEL, Justiça. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2011.

WHITE, Nicholas. (A brief history of happiness). Breve história da felicidade. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Edições Loyola. 2009.