

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO**

CURSO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AS TEORIAS DE JUSTIÇA E SEUS EFEITOS PRÁTICOS: O
ESTATUTO DA FAMÍLIA E O CONCEITO DE FAMÍLIA**

Murilo Aparecido Lorençoni Lima

Presidente Prudente/SP
2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO**

CURSO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AS TEORIAS DE JUSTIÇA E SEUS EFEITOS PRÁTICOS: O
ESTATUTO DA FAMÍLIA E O CONCEITO DE FAMÍLIA**

Murilo Aparecido Lorençoni Lima

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. José Artur Teixeira Gonçalves.

Presidente Prudente/SP
2015

LIMA. Murilo Aparecido Lorençoni
As Teorias de Justiça e seus Efeitos Práticos: O
Estatuto da Família e o Conceito de Família / Murilo
Aparecido Lorençoni Lima – Presidente Prudente - SP
Toledo, 2015
106f.

Monografia de conclusão de Curso de Direito –
Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo - Toledo:
Presidente Prudente –SP, 2015

1. Conceito de Família. 2. Teorias de Justiça.
3. Estatuto da Família. I. Título: O Estatuto da Família
e o Conceito de Família

AS TEORIAS DE JUSTIÇA E SEUS EFEITOS PRÁTICOS: O ESTATUTO DA FAMÍLIA E O CONCEITO DE FAMÍLIA

Monografia aprovada como requisito
parcial para a obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

José Artur Teixeira Gonçalves
Orientador

Natacha Ferreira Nagão Pires
Examinadora

Sérgio Tibiriçá Amaral
Examinador

Justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas –
Michael J. Sandel.

Parafrazeando Che Guevara: Se você for capaz de tremer de indignação a cada vez que se comete uma injustiça no mundo, então esse trabalho é dedicado à você.

AGRADECIMENTOS

Um projeto como este é mais do que ideias num papel, é o resumo de uma jornada. Extrai-se, com razão, da sabedoria popular, que um edifício é construído pedra por pedra, nesse sentido, o mesmo pode ser dito sobre o conhecimento. Ele é construído pedra por pedra.

Seguindo essa lógica, agradeço, primeiramente, e fundamentalmente, aos meus pais (Juvenal e Cristina), pois nunca me negaram um livro, e quando o edifício em questão é o do conhecimento, os livros são as pedras, e penso que eles, mais do ninguém, sabem quantas pedras ajudaram a colocar nessa obra.

Agradeço também aos meus avôs, mestres de obras, que tiveram papéis essenciais para financiar essa obra, cujas participações garantiram que as pedras fossem colocadas nos lugares adequados.

Verdadeiros obreiros trabalharam comigo para manter essa construção firme e em progresso, e nesse sentido, agradeço também aos amigos Carlos e Luzia Travassos.

Meus sinceros agradecimentos aos engenheiros da Família Arias, amigos que os trago de outras vidas, especialmente ao “Zé” e ao Rodrigo, que me ajudaram quando mais precisei, e dessa maneira, auxiliaram-me desde o alicerce até o acabamento.

Fundamental, foi também, o auxílio do Professor Sérgio Tibiriçá, manifestado desde o primeiro ano de Faculdade, tanto em solo brasileiro quanto em terras lusitanas; acrescente-se ainda as orientações e os bate-papos filosóficos com o meu orientador, Professor José Artur.

É oportuno registrar os agradecimentos ao eterno *teacher* Brito, cuja atuação foi essencial na minha formação, sendo revisor deste trabalho, mestre das palavras, quem me ensinou que “conhecimento nunca é demais e nunca ocupa espaço na cabeça”.

Um enorme obrigado à Cleuza Assis Dias, amiga de longa data, que ajudou com o acabamento desse emaranhado de ideias, e mesmo estando longe, sempre esteve perto.

À Maze Palma, de notório conhecimento, responsável por sempre me orientar através das páginas jurídicas mais acertadas.

E, finalmente, aos amigos, os brasileiros que me aguentaram falando desse assunto, (principalmente a turma do ônibus) também aos Erasmus de Coimbra, em particular à equipe “Feijão”, que me ajudou a decorar as paredes internas dessa interminável construção de conhecimento.

Obrigado.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo apresentar algumas teorias acerca da justiça, e com base nas mesmas, propor uma apertada análise sobre o Projeto de Lei que cria o Estatuto da Família bem como traçar um panorama sobre o conceito de Família no Brasil. É de primordial escopo desta pesquisa, delimitar as ideias utilitaristas, partindo para tanto, de sua matriz, o pensador Jeremy Bentham, e posteriormente, seu discípulo, John Stuart Mill e chegando à órbita contemporânea, através do renomado Filósofo e Professor do Curso de Justiça na Universidade de Harvard: Michael J. Sandel. Tal pesquisa também leva em conta as visões de pensadores como John Rawls, Robert Nozick e Immanuel Kant, nomes que se ocuparam com o trabalho de elaborar, cada um à sua maneira, suas concepções de Justiça. Neste trabalho, foi adotado o método dedutivo, com o escopo de explicar as ideias apresentadas, tendo como ponto de partida a regra geral, e assim a adequação aos casos práticos. Também foi utilizado o método histórico de pesquisa, para fazer uma apertada introdução sobre o conceito de Justiça e, ainda, a pesquisa teórica em artigos científicos, obras doutrinárias e legislação.

Palavras-chaves: Justiça. Utilitarismo. Jeremy Bentham. John Rawls. Estatuto da Família. John Stuart Mill. Direitos Humanos

ABSTRACT

This study aimed to present some theories about justice, and on this basis, propose a succinct analysis of the bill that creates the Statute of the Family and give an overview about the concept of family in Brazil. It is of prime scope of this research, define the utilitarian ideas, beginning with the thinker Jeremy Bentham, and later his disciple, John Stuart Mill and reaching the contemporary orbit of the renowned philosopher and Professor of Justice Course at Harvard University: Michael J. Sandel. This research also takes in count the views of thinkers like John Rawls, Robert Nozick and Immanuel Kant, names that were occupied with the formulation, each one in their own way, of their justice conceptions. In this paper, it was adopted the deductive method, with the aim of explaining the ideas, taking as starting point the general rule, and in this way, make an adequation with the practical situations. It was also used historical research method, to make a tight introduction of the concept of Justice and also the theoretical research in scientific articles, doctrinal works and legislation.

Keywords: Justice. Utilitarianism. Jeremy Bentham. John Rawls. Family Statute. John Stuart Mill. Human Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 JUSTIÇA: PRECEDENTES HISTÓRICOS DA JUSTIÇA E PRINCÍPAIS PENSADORES	13
2.1 O Período Clássico: A Teoria de Justiça de Aristóteles	13
2.1.1 Telos e Mérito	15
2.1.2 O Valor da Igualdade no Conceito de Justiça Particular.....	16
3 O UTILITARISMO: JEREMY BENTHAM E JOHN STUART MILL	19
3.1 Princípios Contrários ao Utilitarismo	22
3.2 As sanções ou fontes de dor e prazer.....	23
3.3 Medindo a soma de dor ou de prazer.....	23
3.4 Objeções à corrente Utilitarista: Direitos Humanos e Moeda de Valor Comum...26	
3.5 John Stuart Mill.....	29
4 OS LIBERTÁRIOS E A PROPRIEDADE SOBRE NÓS MESMOS ...	32
4.1 Robert Nozick	32
5 A JUSTIÇA EM IMANUEL KANT A IMPORTÂNCIA DO MOTIVO.....	34
5.1 O Motivo Importa – O Dever Moral e os Motivos de Inclinação	35
5.2 Direito, Justiça e o Princípio Universal do Direito.....	36
5.2.1 Princípio Universal do Direito: A Regra das Regras.....	36
5.2.2 Liberdade Externa e Liberdade Interna em Kant.....	38
5.3 Moral e Justiça.....	38
5.3.1 A Autonomia da Vontade.....	40
5.3.2 O Imperativo Categórico e o Imperativo Hipotético.....	41
5.4 Direito e Estado.....	44

6 A JUSTIÇA EM JOHN RAWLS: A EQUIDADE COMO PARÂMETRO.....	47
6.1 Sociedade Justa.....	47
6.1.1 Estrutura Básica da Sociedade.....	48
6.2 A Sociedade Bem Ordenada.....	50
6.3 Escolhendo Princípios.....	52
6.4 Instituições e Justiça Formal.....	52
6.5 Os Dois Princípios de Justiça.....	57
6.6 A Situação Inicial de Equidade.....	59
6.6.1 Despindo-se do Véu de Ignorância.....	61
7 O CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO COMPARADO	65
7.1 Estados Unidos	65
7.2 Espanha	66
7.3 Itália.....	67
7.4 Suíça.....	68
7.5 Brasil.....	69
08 DAS TEORIAS DE JUSTIÇA FRENTE AO CONCEITO DE FAMÍLIA E AO ESTATUTO DA FAMÍLIA	72
8.1 Aspectos Gerais e Sociais	72
8.2 Modalidades de Família	75
8.3 O <i>Telos</i> da Família e a Decisão do Supremo Tribunal Federal.....	78
8.4 Do Estatuto da Família e do Conceito de Família.....	85
8.5 Da Interpretação segundo as Teorias de Justiça.....	88
9 CONCLUSÕES.....	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	100

1 INTRODUÇÃO

Da mesma maneira que o corpo físico e terreno do homem tem sede de água, sua alma tem sede de Justiça. É inerente à condição humana buscar pelo justo, ora no âmbito geral, ora na esfera particular.

Dizia o mito que nem mesmo Zeus, o supremo Deus da mitologia Grega, foi poupado de terríveis dores de cabeça enquanto não tirou de seu interior Palas Athena, pois enquanto a Justiça não nasceu, tais dores foram irremediáveis.

Diante disso, de suma relevância se fez o estudo das Teorias de Justiça, delimitando suas peculiaridades na visão de alguns filósofos.

As abordagens utilitárias de Jeremy Bentham e Jonh Stuart Mill foram preocupação desse estudo, isso devido à maneira como eles definiram o justo e o injusto, levando em conta para tanto a valoração do bem comum. Tais pressupostos exerceram, e ainda exercem, poderosa influência nos legisladores, e até mesmo nos cidadãos ordinários, restando, portanto, justificada a opção pelos referidos filósofos.

A explicação para a escolha do tema pautou-se na maneira como o mesmo encontra-se entranhado na sociedade e no âmago humano, e sendo o homem elemento vital da sociedade, conhecer seus anseios e aplicações referentes à justiça mostra-se no mínimo curioso. Essa mesma linha de raciocínio, quando comparada com as concepções de John Rawls acerca das estruturas básicas da sociedade, justifica o porquê o mesmo foi estudado nesta obra.

A maneira como uma lei pode repercutir na vida daqueles que a ela são subordinados é tremenda, motivo pelo qual é necessária uma análise cautelosa sobre seus ditames, mesmo que ela ainda seja um Projeto de Lei. Resta então justificada a preocupação de analisar o Projeto de Lei nº 6583/2013, que cria o Estatuto da Família.

A fim de aperfeiçoar a produção de conteúdo, de buscar a melhor adequação entre o conceito abstrato e o mundo dos fatos, de debater ideias e formar opiniões, de possibilitar à análise histórica e de comparar diversas obras, empregaram-se, respectivamente, os métodos: dedutivo, dialético, histórico e as pesquisas bibliográficas.

Tal abordagem teve por objetivo expor as ideias de pensadores de diferentes épocas sobre o mesmo tema, abrindo margem à apresentação de casos fáticos, propondo o pensamento filosófico e crítico sobre o tema Justiça, justificando assim, a escolha por apresentar as ideias de Aristóteles e Robert Nozick.

Referida explanação acerca do instituto da Justiça sistematizou-se em nove partes. A primeira etapa foi a Introdução do tema. A segunda parte foi intitulada: Justiça: precedentes históricos e principais pensadores, que de forma apertada, tratou da evolução histórica da Justiça. Na terceira etapa contou com a explanação sobre as ideias de Jeremy Bentham. A quarta etapa, deu sequência a linha de raciocínio proposta por esta pesquisa e abordou a questão da justiça no pensamento libertário, levando em conta para tanto a noção de sermos donos de nós mesmos. A quinta etapa contou com as teorias de Immanuel Kant, e foi intitulada de: Justiça em Immanuel Kant: a importância do motivo. A sexta fração, debateu a importância da situação inicial de equidade proposta por John Rawls, por sua vez, a sétima parte apontou um breve panorama da questão levando em conta o direito comparado. A oitava parte tratou da questão das teorias da justiça frente ao conceito de família, bem como do Estatuto da Família, sendo, portanto, uma parte prática, onde todas as teorias de Justiça foram aplicadas em um caso concreto no ordenamento brasileiro. Por fim, a nona parte tratou das conclusões.

2 JUSTIÇA: PRECEDENTES HISTÓRICOS E PRINCIPAIS PENSADORES

No decorrer da evolução da humanidade, a preocupação em definir o certo e o errado, e conseqüentemente conceituar justiça, sempre preponderou nos pensamentos do homem. Não se fala em Estado de Direito sem antes falar em Justiça. Desde a balança da Deusa Têmis, guardiã dos juramentos humanos, passando pela órbita de ideias de Aristóteles e culminando na coroa espinhosa de Jesus Cristo, a justiça sempre se mostrou como pilar sustentador dos homens, sendo demasiada importante, a ponto que sua ruína, seria a devastação de toda uma sociedade.

Aristóteles é o primeiro a dar contornos ao conceito de justiça de uma maneira sistematizada. Em seus estudos ele enquadra a justiça em espécies como a geral, justiça distributiva e justiça corretiva.

Os estudos de Aristóteles foram, mais tarde, usados por Tomás de Aquino, o qual assumindo referidos estudos propõe novas vertentes para o tema, sendo elas: justiça legal, distributiva e comutativa. Posteriormente os tomistas apresentaram o conceito de justiça social.

2.1 O Período Clássico: A Teoria de Justiça de Aristóteles

Partindo de um conceito amplo e geral, coletado por Aristóteles (2007, p.103) entende-se que “a justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o justo”.

Dessa maneira, Aristóteles (2007, 1, 1129a) em seu pensamento parte da premissa do senso comum da época: “A Justiça (*dikaiosyne*) é a virtude que nos leva [...] a desejar o que é justo (*dikaion*)”. É sabido que na linguagem corrente daquele tempo, o vocábulo *dikaion* era usado para referir-se tanto ao conceito de legal como ao conceito de igual.

Para Aristóteles (2005, I, 9, 1366b), essa ambigüidade na valoração do vocábulo *dikaion* marcava uma separação básica entre dois tipos de justiça. Partindo da ideia de que seria a justiça a “virtude pela qual cada um possui o próprio (*auton*)”

chega-se a conclusão de que há dois modos de se estabelecer o que é devido a cada sujeito na sabedoria aristotélica, sendo a primeira dessas maneiras a Lei, e a segunda, a Igualdade.

No primeiro caso, a lei age como guia da justiça, pois sendo ela o instrumento que cria as normas, entende-se que a lei determina as ações que devem ser encaradas como justas, pois nesse sentido, o legal seria o caminho para alcançar-se o bem da comunidade, o bem geral e coletivo. O Justo seria então, fruto daquilo que a lei determina para proporcionar a boa vida a sociedade.

Nesse sentido, ensina Aristóteles (2007, V, I 1129b):

No primeiro caso, tem-se a justiça geral, no qual diz-se que é um ato justo aquele que se exerce em conformidade com a lei. Ora, o objeto da lei são os deveres, em relação à comunidade, isto é, a lei estabelece como devidas aquelas ações necessárias para que a comunidade alcance seu bem, o bem comum: "As leis se referem a todas as coisas, visando o interesse comum (...). Assim, neste primeiro sentido, chamamos justo (*dikaion*) aquilo que produz e conserva a vida boa (*eudaimonia*) (...) para a comunidade política".

Complementando o raciocínio de do autor se justo é aquilo que produz e conserva a vida boa, os dispositivos normativos seriam então considerados justos, apenas caso fossem capazes de produzir e conservar a ordem social.

O vocábulo geral, no aludido trecho da obra de Aristóteles, faz menção a abrangência da referida justiça, no sentido que a justiça geral recai sobre todos aqueles atos fadados a produzir o bem da humanidade, pois todos são deveres da justiça.

Dessa maneira, uma análise mais profunda e detalhada se faz necessário para elucidar a questão na ótica de Aristóteles. Nesse contexto, analisar a relação semântica entre um conceito e seu oposto, mostra-se oportuno e de utilidade para o estudo em tela, afinal, é isso o que Aristóteles propõe em seus estudos.

O mencionado pensador, entende que um estado é, muitas vezes, reconhecido por seu contrário (2007, p.103), nesse sentido, o conceito de injustiça se daria por exclusão, após determinar o que é de fato justo, tudo o que com essa delimitação não se coadunar, será revestido de traços de injustiça.

Aristóteles (2007, p.104-105) tece comentários sobre o tema, em sua *Ética a Nicômaco*:

Ora, “justiça” e injustiça” parecem ser termos ambíguos, mas, como os seus diferentes significados se aproximam uns dos outros, a ambiguidade passa despercebida, ao passo que nos casos em que os significados se afastam muito um do outro a ambiguidade, em comparação, fica evidente;

Nesse diapasão, como ensina Aristóteles, para o guerreiro não fugir a guerra, é um dever de coragem, e também, concomitante o é de justiça, porque tal ato revestido de coragem visa trazer o bem à comunidade. Tal como para o político, que tem o dever de governar com probidade, é um dever de conduta, mas também é um dever que repousa à sombra da justiça, pois uma má gestão acarretaria em prejuízos a sociedade, logo, essa má administração, *a contrario sensu*, iria macular-se de traços de injustiça, pois não proveria o bem coletivo a determinada sociedade.

Essa modalidade de justiça é denominada por Aristóteles (1967, V, 2, 1129b, p. 216) de Justiça Geral. Segundo ele essa “Justiça não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira; [...] Aquilo que é justiça praticada em relação ao próximo, como uma disposição de caráter e em si mesmo, é virtude”.

O segundo caso de chegar-se ao justo repousa na chamada Justiça Particular, onde o modelo do que é cabível é dado pela noção de igualdade.

Para Aristóteles (2007, p 106), por analogia inversa, a justiça particular seria considerada como uma parte da virtude, e não como a virtude em seu todo, segundo ele, o “objetivo de nossa investigação é aquela justiça que constitui uma parte da virtude, pois sustentamos que tal espécie de justiça existe [...] Desse modo estamos examinando a injustiça no sentido particular”.

São componentes da justiça particular: a justiça distributiva e a justiça corretiva.

2.1.1 Telos e Mérito

Para supracitado pensador, essas duas diretrizes estão intimamente ligadas ao conceito de Justiça.

Aristóteles nos leva a indagar sobre o propósito e a honra (mérito), nas matérias que tangem a Justiça.

Partindo da visão dele, a justiça seria teleológica, isso porque é necessário indagar-se sobre o motivo, o propósito da prática de determinado ato, para então, definir os direitos deles advindos.

A Justiça também é relacionada ao mérito, à honra. Isso quer dizer que de acordo com a teleologia (*telos* significa propósito, fim ou objetivo), determinadas virtudes devem ser honradas pela justiça.

Relacionando a questão do propósito, e da honra, chegamos ao conceito de justiça em Aristóteles: dar aquilo a que cada um merece, ou seja, tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Ao pensar em dar aos indivíduos o que eles merecem, entra-se na questão teleológica, ou seja, as pessoas que recebem as coisas, e o porquê que as recebem, o motivo que as fazem merecedoras de receber tais coisas.

Exemplificativamente a esse pensamento, Aristóteles nos traz o exemplo dos flautistas.

Em uma distribuição de flautas, entre pessoas que são flautistas profissionais, iniciantes, e não músicos, quem deveria ficar com as melhores flautas?

Aristóteles responde: os melhores flautistas. Isso porque o critério aqui é a aptidão para tocar flauta. Esse é o *telos* de uma flauta, o propósito de uma flauta é ser tocada, e as melhores flautas, para serem tocadas da melhor maneira, devem ser dadas aos melhores flautistas. Nenhum outro critério deveria ser usado para determinar o rumo da distribuição, uma vez que qualquer outro critério estaria no sentido antagônico ao *telos* da situação em questão.

Dessa maneira, sistematizando Aristóteles, justo é aquilo que vai de encontro ao *telos* da causa, justo é aquilo que respeita a natureza da causa. Seria injusto dar as melhores flautas as pessoas mais ricas por exemplo, isso porque, tal ato fere o *telos*, e não vai de encontro a natureza da flauta.

2.1.2 O Valor da Igualdade no Conceito de Justiça Particular

O valor da Igualdade no conceito de justiça foi proposto por Aristóteles em sua conceituação da justiça particular, a qual abrange a distributiva e a corretiva, e é de suma importância, tanto que correu as areias do tempo e perdura até os dias

atuais, chegando a estar em consonância com o entendimento de justiça do ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal do Brasil, o Ministro Joaquim Barbosa (2012 p.1):

A justiça, por si só e só para si, não existe, (...). Só existe na forma e na medida em que os homens a querem e a concebem. A justiça é humana, é histórica. Não há justiça sem leis nem sem cultura. A Justiça é elemento ínsito ao convívio social. Daí por que a noção de justiça é indissociável da noção de igualdade. Vale dizer: a igualdade material de direitos sejam eles direitos juridicamente estabelecidos ou moralmente exigidos.

Como já mencionado, Aristóteles (2007 p.108) divide a justiça particular em duas espécies em sua *Ética a Nicômaco*, sendo elas a corretiva e a distributiva.

Da justiça particular e do que lhe é justo no sentido que lhe corresponde, uma das espécies é a que se manifesta nas distribuições de magistraturas, de dinheiros, ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois em tal coisa alguém pode receber um quinhão igual ou desigual ao de outra pessoa); a outra espécie é aquele que desempenha uma função corretiva [1131 a] nas transações entre indivíduos.

A importância da igualdade se encontra na máxima defendida por Aristóteles, ele entendia que justiça estava intimamente ligada ao conceito de igualdade, relatividade e também ao conceito de intermediário. Uma vez que algo justo seria algo intermediário, pois estaria no meio, entre o maior e o menor, repartindo o todo em duas partes iguais. Seria relativo na medida que se reafirma para as partes envolvidas, e não para o todo, tornando o fato justo para aquelas pessoas, e não necessariamente para a coletividade.

Ainda nessa linha de pensamento, para se falar de um ato justo, faz-se necessário considerar quatro parcelas “pois duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e também [20] duas são as coisas em que ele se manifesta” (ARISTÓTELES, 2007, p 108).

A mesma igualdade tratada pelo filósofo, deve ser aplicada no que tange às pessoas envolvidas na relação, e não somente as coisas. Esse aspecto se justifica porque, para Aristóteles “se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais” (ARISTÓTELES, 2007, p 109)

Aristóteles chega ao conceito de justiça distributiva através do pensamento de que as meações devem ser realizadas levando em conta o

merecimento de cada indivíduo. Isso porque o justo é baseado na igualdade, a qual é uma proporção.

Nesse diapasão, em uma síntese apertada, pode-se dizer que para ele, a justiça distributiva seria o meio termo da distribuição proporcional.

3 O UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM E JOHN STUART MILL

O utilitarismo foi o escudo e a espada usado pelo inglês Jeremy Bentham (1748-1832) em suas análises sociais. Bentham, e posteriormente, seu discípulo, John Stuart Mill, valeram-se das mesmas armas na luta para delimitar o conceito de Justiça.

Da maneira mais sucinta possível, pode-se definir o utilitarismo como o princípio da máxima felicidade. Para esses filósofos, a conduta justa, seria a conduta que maximizaria a felicidade.

Nessa vertente de pensamento, apontamos que para a filosofia utilitarista “O mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor” (SANDEL, 2009, p 48). Portanto, tudo o que ampliar a felicidade da maioria, é entendido como um ato de justiça.

A filosofia utilitarista analisa o homem de uma maneira profunda, e celebra o consenso de que todo ser humano prefere a dor ao sofrimento, e aceitando essa máxima o utilitarismo a faz de base para a vida social.

Esse conceito deve ser observado não tão somente pelo homem médio, mas também, e primordialmente, pelo legislador. Uma vez que repousa nas mãos destes a ferramenta criadora e aplicadora da justiça: a lei.

Dessa maneira, aumentar a utilidade, ou ainda, felicidade, não é algo exclusivo do homem comum, pelo contrário, também é uma das funções do legislador, isso porque, uma lei pode impactar diretamente na vida daqueles que estão sob seu regime. E sendo assim, seria interessante, que na medida do possível, referido diploma legal fosse destinado a aumentar a utilidade, e não a diminuí-la. Michael J. Sandel (2009, p. 48) tece comentários sobre essa dinâmica:

Ao determinar as leis ou diretrizes a serem seguidas, um governo deve fazer o possível para maximizar a felicidade da comunidade em geral. O que, afinal, é uma comunidade? Segundo Bentham, é ‘um corpo fictício’, formado pela soma dos indivíduos que abrange. Cidadãos e legisladores devem, assim, fazer a si mesmos a seguinte pergunta: Se somarmos todos os benefícios dessa diretriz e subtrairmos todos os custos, ela produzirá mais felicidade do que uma decisão alternativa?

Na ótica utilitária, o ser humano está fadado a ser condicionado a dor e ao prazer. Nas palavras de Jeremy Bentham (1779, p.3): “A natureza colocou o

gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: *a dor e o prazer*. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer”. Portanto, será, de forma incessante, observado esses vetores durante a valoração da justiça no conceito utilitarista.

O reinado dos dois senhores absolutos que Jeremy Bentham apresenta, rege a vida do homem em todos os seus aspectos, e em todos os seus momentos, mesmo que de uma forma inconsciente, o homem está talhado a sujeitar-se a esses senhores. Assim sendo, Bentham (1979, p. 04) conceitua seu tão polêmico princípio da utilidade da seguinte maneira:

Por princípio da utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade das pessoas cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono a dizer que sigo vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida do governo.

Nesse padrão, o princípio da utilidade tem a responsabilidade de aprovar ou desaprovar as ações humanas, e o parâmetro que usa para isso está pautado em sua capacidade de aumentar ou diminuir a felicidade.

Fica evidente, ao analisar o contexto de Bentham, que ele assinala duas vertentes da utilidade, sendo uma no âmbito individual, e a outra no âmbito coletivo, determinada pelos funcionários públicos, ou até mesmo pelo legislador no exercício da sua função.

Elucidando o pensamento utilitarista, Michael J. Sendel (2009, p. 49-51) cita em sua obra *Justiça*, a tentativa de Jeremy Bentham de melhorar a situação da população menos abastada, e ao mesmo tempo, maximizar a utilidade (felicidade) da camada aristocrata. A proposta pautava-se primordialmente na criação de uma instituição com a qualidade de reformatório, destinada a atender os andarilhos das ruas de Londres, tal estabelecimento seria, em tese, mantido pelo trabalho das pessoas que naquele local estivessem recolhidas.

Tal pensador ponderou, dentro de sua filosofia, que o fato de referidas pessoas alojarem-se nas ruas, seria uma situação desfavorável para a felicidade da maioria, sendo, portanto, uma fonte contrária à produção de prazer. Com enfoque nos mendigos que se encontravam nas ruas, aludida situação não poderia ser

geradora de prazer, pelo contrário, produziria dor, uma vez que estariam os mesmos condenados a viver sob o véu do relento e de todas as adversidades que esse estilo de vida poderia produzir. Como se denota, a dor (diminuidora da utilidade) seria originária de duas causas, sendo elas: a visão daqueles que não possuíam moradia para a maioria do corpo social, e a própria condição dos desabrigados para consigo mesmos.

A solução apontada por Jeremy Bentham nesse caso foi o recolhimento daqueles que habitavam as ruas, em um estabelecimento que lhes garantissem abrigo, alimento e segurança. Desse modo, maximiza-se a utilidade da sociedade em geral, porque a maior parte dos cidadãos não estaria obrigada a deparar-se com tal cenário ao circular pelas ruas, e, os mendigos, estariam abrigados.

Ainda que essa pequena parcela de mendigos não estivesse demasiadamente satisfeita com tal medida compulsória, ela seria a parcela minoritária, e, como exposto anteriormente, a utilidade tem como parâmetro o prazer da maior parte dos membros da coletividade como forma de obter-se a máxima utilidade.

Dessa maneira, ao fazer uma análise da proposta de Bentham, conclui-se que a intenção do autor não era, de maneira alguma, uma intenção cruel, muito pelo contrário, ele apenas estava procurando um mecanismo capaz de promover um aumento do bem-estar. Nesse sentido, Michael J. Sandel (2009, p. 51) explica que:

Por mais cruel que sua proposta possa parecer, o objetivo de Bentham não era punir os mendigos. Ele apenas queria promover o bem-estar geral resolvendo um problema que afeta a felicidade social. Seu plano para lidar com os pobres nunca foi adotado, mas o espírito utilitarista que o gerou está vivo e forte até hoje. Antes de considerar algumas instâncias do pensamento utilitarista nos dias atuais, vale perguntar se a filosofia de Bentham é passível de objeções e, se for, com base em quê.

As explicações utilitaristas estão sujeitas à algumas objeções, sendo as principais delas a desconsideração dos Direitos Humanos e a utilização dos valores como moeda comum.

3.1 Princípios Contrários ao Utilitarismo

Ao entender a utilidade como o princípio correto a ser escolhido para governar uma sociedade, qualquer princípio que a ele se oponha será considerado um princípio incorreto, ou ainda, errado ou não reto.

Nesse seguimento, o pai do utilitarismo propõe dois princípios fundamentais que se apresentam de maneira contrária ao princípio da máxima felicidade.

Isto posto, um princípio pode divergir com o princípio da utilidade de duas maneiras, ou integrando o chamado princípio do ascetismo ou ainda sendo parte integrante do princípio da simpatia ou da antipatia.

Por princípio do ascetismo tem-se aquela situação em que o princípio é constantemente contrário ao princípio da utilidade, ao passo que na simpatia ou antipatia, ele pode ser contrário ou favorável, ou seja, não é revestido do caráter da continuidade, cada hora apresentando-se de uma maneira.

Puramente falando, o princípio do ascetismo seria o inverso do princípio da utilidade, ou seja, é ascetismo tudo aquilo que tende a diminuir a felicidade geral ou individual, ao passo que é utilidade tudo aquilo que tende a aumentar.

Mostra-se oportuno para este estudo analisar a conceituação proposta pelo próprio autor sobre o que seria o princípio do ascetismo.

Jeremy Bentham (1979, p. 8) conceitua seu princípio do ascetismo da seguinte maneira:

Por princípio do ascetismo designo aquele que como o da utilidade, a prova ou desaprova qualquer ação de acordo com a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em jogo; isto, contudo, de maneira inversa ao que ocorre com o princípio da utilidade, pois o do ascetismo aprova as ações na medida em que estas tendem a diminuir a felicidade da parte em questão, desaprovando-as na medida em que tendem a aumentá-la.

Já no que diz respeito ao princípio da simpatia e antipatia, tem-se que o princípio da simpatia ou antipatia estrutura-se sem nenhum fundamento exterior. Isso quer dizer que para este princípio, a consulta interna dos sentimentos de cada

ser humano é o suficiente para o juízo de aprovação ou desaprovação. Bentham (1979, p. 9) elabora comentários no sentido de conceituar tal princípio:

Por esta expressão entende o princípio que aprova ou desaprova certas ações, na medida em que estas tendem a aumentar ou a diminuir a felicidade a da parte interessada, mas simplesmente pelo fato de que alguém se sente disposto a aprová-las ou reprová-las.

Isso é dizer que tudo aquilo que o sujeito possui uma propensão a condenar, é, de certo modo, considerado errado. Essa é a análise individual. Em uma análise coletiva da questão, deve-se avaliar o grau de punição de acordo com o grau de reprovação, e nesse sentido, Jeremy Bentham (1979, p. 9) elucida que: “se odiar muito uma determinada ação, pune-a com muita severidade; se odiar pouco, pune-a com pouca severidade; deve punir na mesma medida em que odiar”.

Dessa máxima, facilmente se extrai a noção de proporcionalidade do pensamento utilitário proposto por Bentham.

3.2 As Sanções ou Fontes de Dor e Prazer

Existem, basicamente, quatro sanções (do latim *sanctio* – ato de ligar), ou seja, fontes, ou ainda motivos, que costumam ser os elementos de ligação das dores e dos prazeres do homem, sendo essas fontes: política, moral, religiosa e física (BENTHAM, 1979, p.13-15).

Entende-se que o prazer e a dor têm uma sanção física quando ocupam determinado “lugar ou se esperam na vida presente e no curso ordinário da natureza, não propositalmente modificado pela interposição da vontade de algum ser humano, nem pela interposição extraordinária de algum ser invisível superior” (BENTHAM, 1979, p. 13).

Esclarecendo tal afirmativa, quando uma mulher muito vaidosa começa a sentir os efeitos do tempo, e em consequência, começa a envelhecer e a apresentar rugas e manchas em sua pele, isso lhe gera um sofrimento ou dor, devido a sua autoestima e vaidade, este fato, pode ser considerado uma sanção física, isso porque, decorrendo o curso natural da vida, em dado momento, ela naturalmente envelheceria.

Já a sanção política é aquela que acontece com uma pessoa ou grupo de pessoas, “ as quais, sob nomes correspondentes ao de juiz, são escolhidas para o objetivo específico de administrar, de acordo com a vontade do poder soberano ou supremo de governo existente no Estado” (BENTHAM, 1979, p. 13). Nessa perspectiva, sanções que venham do poder do estado e interferem na vida da pessoa, exemplificativamente, os efeitos de uma sentença condenatória, que reduziria a alegria daquele a quem se destina, podem ser consideradas sanções de natureza política.

Já a sanção moral é aquela que advém de uma pessoa que ocupa certo lugar na sociedade, estando sob os holofotes sociais, mas, segundo a disposição espontânea de cada pessoa, e não decorrente de alguma norma pré-estabelecida. A título de exemplo, um amigo que se recusa ajudar outro, e gera grande dor na vida dele.

E, finalmente, a sanção religiosa, é aquela que, diferente das anteriores, os seus efeitos podem irradiar consequências não somente nessa, mas, para seus seguidores, nas demais vidas.

Nessa continuidade, os efeitos das sanções religiosas, no que tange a vida atual, nada diferem dos efeitos das outras sanções, ao passo que são suportadas pelo ser humano, a única diferença, entretanto, estaria no fato gerador dessas consequências.

Bentham (1979, p.14) discorre sobre o que cada tipo de sanção pode gerar:

Assim, por exemplo, um sofrimento que atinge uma pessoa no curso natural e espontâneo dos acontecimentos e das coisas denominar-se-á uma calamidade; neste caso, se supostamente a calamidade se deve a uma imprudência da pessoa, falamos de um castigo derivante da sanção física. Ao contrário, se este mesmo sofrimento for imposto em virtude de uma lei, teremos o que se denomina comumente uma punição; se o sofrimento for decorrente de alguma recusa de ajuda amigável [...] da pessoa atingida – estaremos diante de uma sanção moral; se o sofrimento acontecer pela interposição direta de uma providência particular, temos uma punição derivante de sanção religiosa.

Explanado a fonte de pensamento utilitária, bem como suas sanções, faz-se necessário entender a maneira que Bentham propõe para calcular a soma de dor e de prazer derivados dos atos, e assim, auferir seu teor de justiça.

3.3 Medindo a Soma de Dor ou Prazer

De acordo com o que esse extrai da teoria utilitária, uma das funções do legislador seria proporcionar prazeres e subtrair dores da população. Destarte, é conveniente medir o valor de um ato, para chegar-se a conclusão se de fato ele é bom ou não, se aumenta a utilidade ou a diminui.

Em corolário a isso, Bentham propõe alguns critérios que devem ser seguidos para a aferição do cálculo de dor e prazer considerados em si mesmos para uma pessoa, sendo eles: intensidade, duração, certeza ou incerteza e proximidade no tempo.

De acordo com o autor, esses são os critérios que devem ser levados em conta na hora da medição de um prazer ou de uma dor considerado em si mesmo. Contudo, se o escopo da valoração da dor e do prazer ocorrer com a finalidade de medir o valor do ato que lhes deu causa, Bentham acrescenta ainda mais dois critérios, sendo eles a fecundidade e a pureza.

Por fecundidade tem-se a “probabilidade que prazer ou a dor têm de serem seguidos por sanções da mesma espécie, isto é, de prazer, quando se tratar de um prazer, e de dor, em se tratando de uma dor” (BENTHAM, 1979, p. 16).

Já a pureza é a probabilidade dos senhores da dor e do prazer não serem seguidos por manifestações contrárias, ou seja, isso implica que uma dor não possa gerar prazer, e um prazer não possa gerar uma dor.

Com relação aos dois últimos critérios apresentados, vale ressaltar que os mesmos só serão, a rigor, considerados como propriedades do ato, ou do evento que produza a dor ou o prazer.

Fechando o rol de critérios medidores da dor ou do prazer, Bentham elenca ainda a extensão da dor, ou ainda, do prazer. Nota-se que para referido autor, toma-se como extensão o numerário de indivíduos ao qual se estende a dor ou o prazer, ou seja, o número de seres atingidos pela dor ou prazer.

Bentham em sua obra propõe uma análise exata para servir como medidor de dores e prazeres. Para ele, o indivíduo que almeja medir e valorar determinado ato, deve seguir o seguinte raciocínio: Primeiramente, deve-se analisar os indivíduos diretamente, ou imediatamente afetados pela conduta em análise; em

segundo lugar, pondera-se alguns pontos, sendo eles, nas palavras de Bentham (1979, p.17):

- (1) O valor de cada *prazer* distinto que se manifesta como produzido pelo ato na *primeira* instância;
- (2) O valor de cada *dor* distinta que se manifesta como produzida pelo ato na *primeira* instância;
- (3) O valor de cada *prazer* que se manifesta como produzido pelo ato *após* o primeiro prazer. Isto constitui a *fecundidade* do primeiro *prazer* e a *impureza* da primeira *dor*;
- (4) O valor de cada *dor* que se manifesta como produzida pelo ato após a primeira. Isto constitui a *fecundidade* da primeira *dor* e a *impureza* do primeiro *prazer*.

Feito esse procedimento elencado por Bentham, o filósofo propõe que sejam somados todos os valores obtidos a títulos de dores e prazeres, e em seguida, faça-se um balanço. Se o resultado do mesmo for favorável ao prazer, tem-se que o ato tende ao bem, noutra giro, se tender para o lado da dor, indicará o caráter mal da ação. Caso ainda no ato estejam envolvidas mais pessoas, o mesmo processo deve ser repetido para cada um dos agentes, e, em seguida, fazer-se um balanço geral entre os números que exprimem a tendência boa e os números que demonstram a tendência má entre cada um deles. Do resultado deste último balanço, tem-se a valorização propensa a gerar o prazer ou não do ato.

3.4 Objeções à Corrente Utilitarista: Direitos Humanos e Moeda de Valor Comum

A deficiência mais gritante do utilitarismo é a não capacidade para levar em conta os direitos de cunho individual. Não implica em dizer que essa vertente filosófica não respeite tais direitos, ou ainda, que para esse ramo da filosofia o indivíduo não importe. Para os utilitaristas os indivíduos têm sim sua importância, mas apenas quando suas preferências ou opiniões forem consideradas em conjunto com as dos demais membros da sociedade, para que com base nisso, possa-se mensurar o que de fato, seria bom para a parcela majoritária.

Partindo da tendência de desconsiderar os direitos individuais, algumas situações que são plenamente condenadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, passam a ser justificadas pela ótica utilitária, a fim de maximizar a felicidade coletiva.

A título de esclarecimento, Michael J. Sandel (2009, p. 52) leciona que seria aceitável, nessa vertente de pensamento, a dor causada pela tortura a um terrorista, em virtude da informação que, extraída dele por esses meios, denunciaria a localização de uma bomba, capaz de destruir toda a cidade de *New York*. Nesse caso hipotético, ao pensar-se na balança utilitária, de um lado ter-se-ia a dor e sofrimento impostos a um único cidadão, ao passo que no outro prato, ter-se-ia a dor e sofrimento, impostos a milhares de indivíduos e seus familiares, caso a bomba explodisse e matasse um grande fluxo da população.

Nesse diapasão, Michael Sandel (2009, p. 52) ainda elucida que:

Isso não significa dizer que os utilitaristas sejam necessariamente favoráveis à tortura. Alguns são contra a tortura por motivos de ordem prática. Eles argumentam que ela raramente funcione porque as informações extraídas sob coação nem sempre são confiáveis. Inflige-se a dor, mas a comunidade não fica mais segura com isso: não há acréscimo a utilidade coletiva. Ou então receiam que, se nosso país adotar a tortura, nossos soldados possam enfrentar um tratamento mais cruel se forem feitos prisioneiros. Essa consequência poderia resultar, no cômputo geral, em redução da utilidade.

Outra falha apontada por Michael J. Sandel (2009, p. 55) na corrente utilitária, seria a maneira como ela pesa as preferências coletivas, atribuindo a cada uma um valor único, sem diferenciar ambas de acordo com sua natureza. Para essa modalidade de pensamento, não existem valores ou princípios que estão acima dos demais, todos devem ser ponderados, quantificados, e desse exercício extraído os prós e contras, a fim de saber se de fato tal medida maximizaria a utilidade.

Tal interpretação pode, muitas vezes, deixar de lado preceitos elencados como fundamentais na vida social contemporânea. Tomamos por base a análise do caso subsequente, proposto por Michael J. Sandel (2009, p.56-57)

Na República Tcheca, a Philip Morris é uma fábrica de tabaco muito atuante no mercado. O crescente gasto governamental com cuidados e despesas médicas decorrentes dos altos índices de fumantes na população tcheca, fez com que o governo aumentasse a taxa de impostos sobre os cigarros, como uma tentativa desesperada de fazer com que a população consumisse menos tal produto, e conseqüentemente, o governo gastasse menos com recursos médicos para recuperar a saúde afetada pelo tabaco.

Diante de tal cenário, a mencionada empresa elaborou um estudo de campo, com dados fáticos que comprovavam, em apertada síntese, que era deveras mais vantajoso para o governo que a população continuasse fumando, em uma órbita utilitária, o governo lucraria mais com seus governados consumindo cigarro. A razão seria o fato de que, embora os fumantes em vida tornarem-se custosos para a máquina pública, eles não teriam uma vida longa, e poupariam a administração pública em longo prazo de gastos com hospitais, moradia, pensões e abrigos para idosos. Na soma dos prós e dos contras de tal fato, a conclusão que o estudo chegou é que embora algumas pessoas eventualmente morram, o tesouro, e de certo modo, o resto da população como um todo, iriam economizar um montante de 147 milhões de dólares por ano (SANDEL, 2009, p. 56).

De encontro com esse entendimento, dispõe Michael J. Sandel (2009, p.56):

Alguns diriam que o estudo da Philip Morris mostra o desatino moral da análise de custo e benefício e do pensamento utilitarista que sustenta. Encarar a morte por câncer de pulmão como um benefício final realmente mostra um inominável desrespeito pela vida humana. Qualquer diretriz moralmente defensável em relação ao tabagismo deveria considerar não apenas os efeitos fiscais, mas também as consequências para a saúde pública e para o bem-estar social.

Ainda explorando o tema no que tange a visão utilitarista, possivelmente um utilitarista não afastaria a importância de reflexos mais amplos. Nesse sentido, supracitado autor elucida que:

Entretanto, um utilitarista não negaria a relevância dessas consequências mais amplas – a dor e o sofrimento, as famílias enlutadas, a perda da vida. Bentham criou o conceito da utilidade precisamente para capturar, em uma única escala, a natureza discrepante das coisas as quais nos importamos, incluindo o valor da vida humana. Para alguém que pense como ele, o estudo sobre o tabagismo não nega os princípios utilitaristas, simplesmente os aplica de forma equivocada. Uma análise mais ampla de custo e benefício acrescentaria ao cálculo moral uma quantia que representasse o custo da morte prematura para o fumante e sua família e o confrontaria com a economia que essa morte traria para o governo. (SANDEL, 2009, p.56).

Como se denota, a ótica utilitarista de não levar em conta os Direitos Individuais e de tratar como mesma moeda Direitos de cunho distintos pode, muitas vezes, não se coadunar com a ideia de justiça ramificada no bojo social.

3.5 John Stuart Mill

John Stuart Mill nasceu em Londres, no ano de 1806. Tal pensador não frequentou nenhuma escola, sendo sua educação fruto de aulas com seu pai, um filósofo utilitarista chamado James Mill (SANDEL, 2009, p.63).

John Stuart Mill tornou-se um prodígio, aos oito anos dominava o Latim e o Grego, já aos onze terminava de escrever uma história sobre as leis romanas. Aos vinte anos, após ter passado por um colapso nervoso, e ter casado, ele começa então, a renovar a doutrina utilitária (SANDEL, 2009, p.63).

O foco de sua produção filosófica foi uma desesperada tentativa de reformular a doutrina de Bentham, dando a ela um caráter um tanto quanto mais humanista.

Em sua jornada, ele travou uma luta ideológica para tentar adequar as máximas utilitárias aos Direitos Individuais.

Nessa trajetória, ele passou a defender a liberdade dos indivíduos, desde que não façam mal uns aos outros, bem como passou a sustentar que as pessoas apenas deveriam prestar explicações de seus atos para a sociedade quando os mesmos refletirem na vida dos demais.

Para além disso, Mill idealizou uma maximização da utilidade a longo prazo.

Nas palavras de Michael J. Sandel (2009, p.64):

Seu princípio central é de que as pessoas devem ser livres para fazerem o que quiserem, contanto que não façam mal aos outros, o governo não deve interferir na liberdade individual da maioria a fim de proteger uma pessoa de si mesma ou impor as crenças da maioria no que concerne a melhor maneira de viver. Os únicos atos pelos quais uma pessoa deve explicação à sociedade, segundo Mill, são aqueles que atingem os demais.

Para referido pensador, a felicidade (utilidade) deve ser maximizada em longo prazo, e isso leva em conta os Direitos Individuais.

Michael J. Sandel, traz outro exemplo para ilustrar as ideias de John Stuart Mill. Em sua obra Justiça, Sandel (2009, 63-72) traz a seguinte situação: Considere, hipoteticamente, que em determinada sociedade, predominasse duas religiões, uma aceita pela parcela majoritária da população, e a outra com adeptos minoritários. Dentro da ótica utilitarista, a extinção da corrente religiosa de menor

aclame social seria deveras promovedora de maximização da utilidade, isso porque, aumentaria a felicidade da maior parcela social, em detrimento da dor e sofrimento de menor quantia, indo, portanto, de encontro com as diretrizes de Jeremy Bentham.

É nesse ângulo que Mill propõe maximizar a utilidade a longo prazo. Na análise dele, concordar com o massacre da parcela minoritária de determinada religião no aludido caso, seria, uma forma momentânea de maximizar a utilidade, mas, em longo prazo, tal atitude tornaria a sociedade infeliz, sendo uma causa geradora de dor, e, portanto, afastando a utilidade.

O que justifica a maneira de pensar de Mill seriam razões como: a probabilidade de a opinião da minoria mostrar-se, com o tempo, mais acertada do que a tida como correta pela maioria, promovendo dessa maneira, uma reforma na maneira de pensar, e por conseqüente uma maximização da utilidade.

Outro vetor repousaria no fato de que permitir a existência de causas que contestem os pareceres da parcela majoritária, seria nada menos, do que uma forma de impedir, que tais pareceres empedrassem e transmutassem em dogmas. Os quais virão a ser uma imposição para a sociedade, diminuindo o senso de liberdade, o que eventualmente seria causador de dor, e, afastador da felicidade (utilidade).

Neste interim, uma sociedade, que eventualmente comporte-se de maneira a forçar seus membros a se coadunarem com costumes e convenções, pode estar sujeita a caminhar para um conformismo, privando-se, deste modo, da energia e da vitalidade que promovem o avanço social.

Embora explicativos, os argumentos de Mill podem esbarrar em obstáculos, para uma melhor compreensão pode-se pensar em uma sociedade que através de métodos de maus tratos ou tortura, atinja em longo prazo, um prazer e felicidade sem precedentes, ou ainda em um plano mais palpável, a sociedade que o faz por meios despóticos. Seguindo a lógica utilitária, com a felicidade maximizada, poderíamos concluir que tais modelos sociais desprezam valores fundamentais a determinados ordenamentos jurídicos atuais, como a vedação a tortura, ou princípios morais e boa fé.

No que tange a essas indagações, John Stuart Mill (1869, p. 7-31) entende que seguir cegamente determinados tipos de convenções, poderia culminar em um estilo de vida satisfatório. O indivíduo não estaria sujeito a tantos perigos,

somente aos inerentes à condição da vida social, mas, nessa perspectiva, poder-se-ia indagar qual seria o valor comparativo desse indivíduo enquanto ser humano? Isso porque, para além de considerar o que os homens fazem, é também, de suma importância, considerar que tipo de homens são para fazer o que fazem.

Assim, Mill tem suas ideias fortemente apoiadas na ótica utilitária, porém, tece seus pensamentos de uma maneira mais ponderada e mais flexível, levando em conta, de uma maneira sutil, a posição das minorias, entretanto, usando-as como meio para a utilidade geral.

4 OS LIBERTÁRIOS E A PROPRIEDADE SOBRE NÓS MESMOS

O Brasil é o maior país capitalista da América do Sul, e como todo país que adotada referido sistema econômico, os abismos na distribuição de renda são evidentes.

Tendo por base a ótica utilitária estudada até o presente momento, a maneira que maximizaria a felicidade de todos, seria uma distribuição da riqueza concentrada nas mãos de parte minoritária da população. Para sustentar esse posicionamento, os utilitaristas provavelmente argumentariam que o número de pessoas que ficariam tristes com a divisão do dinheiro seria muito inferior ao número de pessoas que ficariam felizes com isso, e, descartando os direitos individuais, e focalizando na proposta utilitária, isso maximizaria a felicidade da nação.

Existe uma corrente de pensamento, que figura como uma forte oposição as máximas utilitárias, para os membros dessa linha de raciocínio, o ser humano é dono de si, senhor de suas escolhas, e não deve ser coagido, muito menos desconsiderado como indivíduo, mesmo que isso seja para ampliar a felicidade coletiva. Os membros desse grupo são denominados de Libertários.

4.1 Robert Nozick

Dentre os libertários contemporâneos, relevante a este estudo se faz as considerações do filósofo norte-americano Robert Nozick.

Para ele, em apertado resumo, o homem não deve ser coagido a fazer nada que vá contra sua vontade, acordando com seu pensamento, cada ser humano é dono de seus pertences, e deles pode dispor da maneira que melhor lhe convêm, e não da maneira que melhor aumentaria a felicidade coletiva. O Estado deveria meramente preocupar-se em coibir a violência e garantir o cumprimento dos contratos.

Robert Nozick (1974, p.9), não pondera a maneira como se adquire o bem, e sim, a origem e a forma de transmissão desse bem. Se a origem for lícita e a transmissão também, o negócio foi justo, pouco importando o aumento ou a diminuição da felicidade coletiva.

O Libertaríssimo é um grande defensor do Estado Mínimo, tais ideias arquitetam-se em três grandes pilares. 1) Não preocupar-se com Legislações Morais, 2) Repúdio à Redistribuição de Renda e 3) Não proteger o homem de si mesmo.

Ainda no que concerne à redistribuição de renda, Robert Nozick (1974, p. 172) dispõe que apoderar-se dos rendimentos de alguém, equivaleria à:

Apoderar-se de horas do seu tempo, obrigando-o a exercer várias atividades. Se o governo o força a executar um determinado trabalho, ou um trabalho não remunerado, durante certo período de tempo, ele está decidindo o que você deve fazer e quais são os propósitos do seu trabalho, sem levar em conta suas decisões. Isso [...] dá a ele o direito parcial de propriedade sobre você.

Na visão Libertária, não é da alçada da nação preocupar-se com a manta moral que cobre as condutas sociais. Cabe ao ordenamento coibir a violência e zelar pelos contratos. Em vista disso, pouco importa as consequências que ações afirmativas como cotas em universidade viessem a trazer, isso porque elas seriam regras preocupadas e acolhidas pela moralidade, uma vez que tentam consertar a falta de justiça e moral de um passado, e como já fora dito, nessa ótica, o escopo Estatal é zelar e vigiar pelo cumprimento contratual.

Ainda sob a luz dos olhos libertários, não cabe ao governo elencar para si a função de proteger o cidadão, pelo contrário, cada indivíduo deve, conscientemente, analisar os riscos que irá correr. Não cabe ao Estado intervir de forma paternal nas relações dos sujeitos. Mais uma vez, não caberia ao Estado, preocupar-se em conceituar família, ou ainda, preocupar-se em saber que tipo de família recebe a proteção estatal, visto que cada um é responsável pelo caminho que trilha e pelos riscos que enfrenta em tal caminhada.

Por fim, para esses pensadores, o Estado não teria a prerrogativa de forçar o contribuinte mais abastado no auxílio do menos afortunado, ou seja, na redistribuição de renda, uma vez que isso seria uma maneira de obrigar o homem a fazer aquilo que ele não deseja. Apenas seria justo esse auxílio, caso partisse da própria vontade do cidadão, e não de uma imposição a ele feita. O homem tem a obrigação de se comportar de acordo com a legalidade, mas, se coadunar com a moralidade, é uma faculdade.

5 A JUSTIÇA EM IMANUEL KANT E A IMPORTÂNCIA DO MOTIVO

Immanuel Kant viveu no período que compreende os anos de 1724 até 1804, tendo estabelecido seu domicílio no mesmo local de nascimento, Prússia (SANDEL, 2009, p. 136-137).

Referido estudioso não teceu grandes comentários acerca da justiça no campo político, mas suas ideias podem ser interpretadas de maneira extensiva até esse campo de interesse.

Embora cronologicamente anteriores, as explicações de Kant podem ser interpretadas no sentido de se oporem à corrente utilitarista, bem como à corrente libertária para conceituar justiça. Para ele, o justo é um ato revestido de valor moral, e não uma atitude que visa maximizar a felicidade, ele também discorda dos pilares das correntes libertárias que sustentam a posse do homem sobre si mesmo.

Kant ultrapassa todas essas visões, ele defende o cunho moral dos atos envolvendo indivíduo racional, afinal seria esse o elemento que distingue o homem do objeto ou do animal.

Em seus estudos, ele aponta alguns óbices à teoria utilitarista já explanada nesse estudo.

Immanuel Kant não concorda com a ideia de os desejos do homem serem condicionadores de moralidade. O fato de determinado ato trazer uma porção demasiada de felicidade para a maioria das pessoas, e portanto, tal ato atende a um desejo do homem, o desejo de ser feliz, não faz com que referido ato seja de fato, um ato moral e justo. Outrossim, uma lei, um decreto ou uma medida do Direito, que traga a felicidade para a maior parcela populacional não será necessariamente justa apenas por maximizar a felicidade.

O ponto principal que levaria a crer que as ideias de Kant seriam opositoras do utilitarismo está no fato, de que para ele, habita uma enorme diferença entre um homem ser feliz, e o fato dele ser bom. Ele atribui a moralidade, e consequentemente à justiça, a um instituto chamado por ele de “pura razão prática”.

Na visão kantiana, todo ser humano racional é um fim em si mesmo, e não deve ser encarado como meio. O homem deve ser tratado de forma respeitosa, não apenas por ser dono de si mesmo (como afirmam os libertários) mas sim, por

ser um fim em si mesmo, um ser capaz de pensar e escolher de forma autônoma (na maioria das vezes), os rumos de sua vida.

5.1 O Motivo Importa – O Dever Moral e os Motivos de Inclinação

Para esse pensador, a coisa certa é certa simplesmente por ser, e não pelas consequências que dela advém. Sendo assim, o que se torna o centro de importância é o *animus* com que se pratica o ato, e não a repercussão no mundo dos fatos que esse ato possa gerar.

Explicando essa questão, pode-se tomar como base duas situações distintas sobre como o motivo interfere no valor moral de um ato, e conseqüentemente, na classificação desse ato como justo ou não:

Um empresário, dotado de toda a boa fé e portando uma empatia, sensibiliza-se com a causa defendida por uma Organização sem Fins Lucrativos (ONG), e decide a ela fazer uma generosa doação em dinheiro. Esse é um ato dotado de valor moral, pelo simples fato de que o empresário fez referida doação movido pelo valor moral do dever, isso porque para ele, naquele momento, isso era fazer a coisa certa, era esse seu dever. Ele assim agiu simplesmente porque era o que deveria ser feito naquele momento. Ele não apenas fez a coisa certa, mas ele fez a coisa certa pelo motivo certo.

O mesmo empresário, dotado de uma cólera gananciosa é capaz de tudo para ver seu negócio prosperar, e encontra na caridade, uma rentável publicidade, capaz de alavancar as vendas de maneira súbita. Movido por esse sentimento, ele faz uma generosa doação a uma ONG, na esperança de que seu público alvo tome conhecimento desse ato, e dessa forma, sensibilize-se a comprar com ele. Esse ato, embora tenha a mesma consequência prática da situação anterior (a ONG acaba sendo beneficiada pelo dinheiro) não é dotado de valor moral algum na concepção de Kant, isso porque, não foi motivado por dever, o empresário embora tenha ajustado sua conduta ao comportamento adequado moralmente, (ajudar as ONGS) não o fez em prol do motivo moralmente adequado, (querer de fato que a ONG seja a beneficiária). Na situação B o empresário agiu de acordo com o que Kant chama de motivos de inclinação. Ele se inclinou a motivos de benefício próprio. Seu ato não é considerado moral, e não pode então ter um caráter justo.

5.2 Direito, justiça e o princípio universal do direito

Antes de Kant tratar de seu conceito de justiça, ele trata a questão do Princípio Universal Do Direito. Nessa acepção, este trabalho, seguindo as explanações da obra *Metafísica dos Costumes* segue a mesma linha de raciocínio de Kant.

5.2.1 Princípio Universal do Direito: A Regra das Regras

Kant aponta que para chegar-se as regras que determinam as condutas dos seres humanos, deve-se valer de uma visão não empírica, ou seja, através de um conhecimento *a priori*, derivado da razão pura, este exercício, segundo tal pensador, seria a única maneira de garantir a necessidade e a universalidade das regras de ação (PILON, 2002, p. 29-30).

O mencionado sistema de conhecimento *a priori*, ou seja, conhecimento anterior a experiência, Kant chama de metafísica dos costumes, ao passo que, o aglomerado de regras que determinam as ações humanas, ele chama de regras de costumes (PILON, 2002, p. 30-31).

Para o autor, esse grupo de regras de costumes pode ser dividido em duas modalidades fundamentais. Primeiramente, tem-se aquele grupo de regras que fazem da ação um dever, Kant os denomina de regras morais. Já em segundo lugar, Kant apresenta aquelas regras que não apresentam tão somente o dever como fato motivador da ação, possibilitando, a existência de outros interesses. Essas regras, Kant denomina de regras jurídicas ou de direito.

Celebrado filósofo relaciona a palavra costume com a conduta humana. E, exatamente por isso, utiliza esse vocábulo em sua classificação, tal filósofo entende que essas regras que regem a vida dos homens, os quais são livres, são de tal maneira importantes que condicionam a vida do cidadão. Por essa razão, estão colocadas em um lugar oposto ao das leis da natureza, ou seja, a metafísica da natureza. Como diz Almir José Pilon (2002 p. 30): “ora, as leis morais e jurídicas prescrevem ações; as leis naturais descrevem fenômenos”.

Para Kant o princípio universal do direito não é tão somente uma regra de valor moral; não é, entretanto, uma máxima, isso porque entende-se por máxima

aquele fator subjetivo que condiciona a ação de um sujeito. Também não configura como uma norma de legalidade.

Kant o apresenta como a regra das regras, ou seja, como uma metarregra. Isso quer dizer que, usando esse princípio como vetor pode-se estabelecer as condições para determinadas máximas serem consideradas válidas no plano jurídico, bem como, pode-se determinar se as mesmas serão consideradas, por outro lado, inválidas.

Na acepção kantiana do referido princípio: “é justa toda ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais” (KANT, I, 1993. p. 40)

Interpretado os dizeres de Kant, a justiça está onde as pessoas tem espaço para agirem de forma livre, desde que esse agir não venha a ser, ao mesmo tempo, um impedimento para a liberdade de outrem.

Kant alicerça sua concepção de justiça na ideia de que não é plausível a permissão de obstáculos à liberdade das demais pessoas. Nessa ilação, a máxima de um determinado membro da sociedade só é justa, se, no momento em que for praticada por este ente, não interferir, de forma repressiva de liberdade, no âmbito dos outros membros da sociedade. Ou seja, o ato do primeiro agente, não pode se tornar um inconveniente para a liberdade dos demais membros do seio social. Da mesma maneira, se a coletividade resolver praticar a mesma ação do agente singular, essa prática, não pode vir a configurar uma restrição à concepção de liberdade do mesmo. Assim sendo, é válido dizer que é uma via de mão dupla: posso fazer, na medida que não atrapalhe os outros, bem como, na medida que se os outros fizerem, não me atrapalhe.

Esse fundamento de justiça apresentado por Kant, paira na órbita das leis universais de liberdade, e, referidas leis, só serão, de fato universais, se possuírem a capacidade de serem aplicáveis para todos os seres racionais, de forma que não privem a liberdade de nenhum deles.

Tendo chegado ao conceito do que seria uma máxima justa, *a contrário sensu*, tem-se que injusta é aquela ação que é revestida de um teor restritivo da liberdade de outrem. Injusto é tudo aquilo que não está em conformidade com a liberdade alheia, contrariando, assim, as supracitadas leis universais de liberdade.

Nas palavras do próprio Kant (1993, p. 38): “ o que se conforma com às leis externas chama-se justo, o contrário se chama injusto ”

5.2.2 Liberdade Externa e Liberdade Interna em Kant

Como já foi superficialmente abordado por este trabalho, Kant apresenta sua visão de liberdade dividida em uma acepção interna e outra externa.

Na ótica externa deste conceito, trata a questão da liberdade no que tange a sua existência na relação de coexistência entre dois ou mais seres humanos, sendo assim, essa liberdade externa está sob o domínio das leis universais de direito, ou seja, aquelas aplicáveis a todos os sujeitos.

Essa liberdade externa é tutelada pelo direito, por assim dizer, e por conseguinte, é elemento primordial de sua existência a relação com outrem.

Por outra mão, a corrente kantiana apresenta a liberdade interna, aquela que não tem relação alguma com as ações que envolvem os demais, e sim, tão somente a órbita interna do sujeito e sua razão. Isso quer dizer que a liberdade não está ligada com o direito e suas consequências, mas, está amarrada à consciência individual do cidadão.

Para esclarecer a questão, Kant a trabalha no campo da liberdade moral, sendo então que o julgamento das ações vem do próprio sujeito, ou seja, a ação dessa pessoa será condicionada pelas próprias leis que sua razão e moral o impõe.

Dessa maneira, Kant arremata esse tópico concluindo que o indivíduo está sujeito a regras morais, as quais advêm das formulações de sua liberdade individual, e também está sujeito a regras de direitos, as quais são leis universais, e servem para controlar e impor limites à liberdade externa. Dessa maneira, Kant deixa claro que o moral e o legal são diferentes.

5.3 Moral e Justiça

Superado a fase de conceituação do Princípio Universal do Direito, o caminho que Kant traça até o conceito de justiça chega a um ponto crucial: a diferença entre o que é Direito e o que é Moral.

Como citado no exemplo anterior do empresário que resolve fazer caridade, para Kant o motivo importa. A motivação da ação vai determinar se ela é revestida pelo valor moral, ou se apenas é revestida de legalidade.

Kant estabelece alguns requisitos, que caso sejam atendidos, o ato estará revestido de valor moral, caso não estejam presente, será tão somente uma conduta amparada pela legalidade.

Os requisitos que Kant traz à baila para vestir o ato com a roupagem da moralidade são: 1) para uma ação ter seu caráter moral, deve, necessariamente, ocorrer pelo simples respeito ao dever, e não por motivos de inclinação; 2) uma ação praticada pelo dever é fundada no simples agir, e não no que se espera obter desse agir; e finalmente 3) o dever é encarado como uma simples necessidade de agir, um simples respeito à lei.

Caso esses três requisitos não figurem como integrantes do ato praticado, a vestimenta da moralidade é rasgada e deixada de lado, restando à ação tão somente o caráter de legalidade, pois ela somente obedeceu a lei, não a obedeceu, porém, pelos motivos certos.

Com tal característica, fica clara a diferenciação kantiana, pois para a moralidade o caráter subjetivo é de suma importância, ao passo que para a legalidade, o alicerce está do lado externo (heteronomia), desde que este esteja nos conformes da lei. Kant (1993, p.31) diz que:

A conformidade ou não conformidade pura e simples de uma ação com a lei, sem ter em conta os seus motivos, chama-se legalidade ou ilegalidade. Porém essa conformidade, na qual a ideia de dever deduzida da lei é ao mesmo tempo um móvel de ação, é a moralidade da ação.

Kant esclarece com alguns exemplos os casos em que há apenas o caráter de legalidade, ou noutro giro, para além da legalidade há espaço para a moralidade, a saber: do vendedor que não aumenta os preços apenas para os novos clientes voltarem, seu ato é revestido de legalidade porque obedece a lei, mas, não tem moralidade, pois repousa em motivos de inclinação e não atende os 3 requisitos apresentados pelo autor. Por outra via, o vendedor que não aumenta os preços pois não quer ter um lucro exorbitante em cima do consumidor, e não o faz com todos indistintamente, e não apenas com os novos na esperança de arrematá-los como clientes fiéis pratica um ato revestido de valor moral e legal.

5.3.1 A autonomia da Vontade

Anteriormente, quando foi abordado a diferença entre direito e moral, oportuno foi a explanação acerca da liberdade interna e da liberdade externa. Nesse sentido, a liberdade interna está intimamente relacionada com o conceito de autonomia da vontade, e, nesse seguimento, tem-se por autonomia da vontade “a faculdade ou poder que a vontade tem de se autodeterminar e de autolegislar” (PILON, 2002, p. 41).

A vontade, consequência lógica dessa autonomia, só será genuína se não for condicionada por nenhum motivo de inclinação, e isso quer dizer, que ela deve ser uma vontade boa, ou seja, ser boa simplesmente por ser a coisa certa, ser revestida da armadura do dever. À vista disso, percebe-se que a vontade tem a autonomia para ser livre a ponto de determinar uma lei que legisle o próprio ser, e, exatamente por isso, a autonomia da vontade é pilar base para a moralidade, uma vez que tudo isso acontece no âmbito interno, no âmbito da liberdade interna, em outras palavras, no âmbito moral.

A ideia de Kant gira em torno de que por liberdade, entende-se a autonomia, a capacidade, e a possibilidade do homem agir de acordo com leis que são frutos de seu próprio exercício de razão, ou seja, leis que ele cria para si mesmo. Contrariamente a isso, toda vez que a vontade deixa de seguir puramente o dever, ela passa a carregar a mácula da heteronomia, e nesse sentido, Kant (1980, p.145) explica:

Quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la, em qualquer outro ponto que não seja a aptidão das suas máximas para a sua própria legislação universal, quando, portanto, passando além de si mesma, busca essa lei na natureza de qualquer dos seus objetos, o resultado é então sempre heteronomia. Não é a vontade que então se dá lei a si mesma mas é sim o objeto que dá a lei à vontade pela sua relação com ela. Esta relação, quer assente na inclinação, quer em representações da razão, só pode tornar possível imperativos hipotéticos.

Sistematicamente falando, quer dizer que sempre que a vontade deixa de ser caracterizada pelo fim em si mesmo, ela perde seu valor moral, e passa a ter a roupagem da inclinação, pois a vontade apenas é essa devido a um motivo, e não pelo sentido de dever ser, ela deixa de ser o fim e transmuta-se no meio para atingir qualquer outra coisa.

5.3.2 O Imperativo Categórico e o Imperativo Hipotético

Kant (1980, p. 124-125) estrutura as suas concepções de moralidade e de legalidade nas noções imperativas. Por noções imperativas temos duas categorias, sendo elas na visão do autor o Imperativo Categórico e o Imperativo Hipotético:

Ora, todos os imperativos ordenam ou hipoteticamente ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer [...] O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade.

O Imperativo Hipotético pauta-se na noção instrumental de causa e efeito, caso seu desejo seja um, aja de determinada maneira para consegui-lo. Afirmar isso é a mesma coisa que sustentar que caso a ação fática seja boa apenas para fins de se alcançar um determinado bem ou coisa, nesse sentido, o imperativo será hipotético. Kant (1980, p.125) dispõe da seguinte maneira acerca disso:

Como toda lei prática representa uma ação possível como boa e por isso como necessária para um sujeito praticamente determinável pela razão, todos os imperativos são fórmulas da determinação da ação que é necessária segundo o princípio de uma vontade boa de qualquer maneira. No caso de a ação ser apenas boa como meio para qualquer outra coisa, o imperativo é hipotético.

Noutro giro, se a ação for boa por si só, revestida de valor de dever, e se coadune com os ditames da razão, nessa órbita, o imperativo será categórico. Dizer que o imperativo é categórico equivale, valendo-se da morfologia da própria palavra, afirmar que ele é de forma absoluta o que é, ou seja, enfatizar o seu caráter de incondicionalidade. Em outras linhas, é afirmar que o dever categórico é o dever que prevalece acima de tudo. O imperativo categórico é aquele que reina absoluto, ele é por simplesmente ser, reina de forma incondicional, e suas espadas são afiadas no dever, não depende de nenhum outro propósito. Para Kant, tão somente o imperativo categórico pode ser relacionado com a moralidade, ao passo que o imperativo hipotético, pode, de certa maneira, ser relacionado com a legalidade.

Se a justiça se pauta na autonomia, a qual tem raízes na liberdade, e nesse sentido, ela precisa também ser fruto de um imperativo categórico.

Kant desdobra seu imperativo categórico em algumas vertentes.

A primeira acepção kantiana acerca do imperativo categórico é sintetizada pela ideia da universalização da máxima, ou seja, agir como se sua ação fosse reflexo de uma lei universal. Nas palavras de Kant (1785, p. 421) “Aja apenas segundo um determinado princípio que, na sua opinião, deveria constituir uma lei universal”. Nesse corolário, Kant entende que o agente social só pode agir se sua ação puder ser uma lei, aplicada de forma integral a todos, e que possa alcançar a justiça sem entrar em contradições. Num outro sentido, pode-se inverter a situação, e afirmar que uma pessoa deve agir como se sua ação fosse uma lei universal, e que, caso outrem agisse da mesma forma com essa pessoa, ela deveria considerar o ato justo, caso ela considerasse injusto, a máxima não é universal, e ela não deveria nem ter praticado o ato em primeiro lugar.

Para aclarar essa questão, tem-se a situação de uma pessoa que assina um contrato na qual ela tem plena certeza que irá inadimplir, mas por almejar demasiadamente o objeto contratual acaba por assinar mesmo assim. Ela agiu, de certa forma, dentro da lei, porém, sua ação não é pautada pelo dever de coisa certa, aproximando-se mais do imperativo hipotético, pois ela queria uma coisa, e comportou-se de maneira a conseguir.

Nesse sentido, não se pode universalizar essa máxima, isso porque, caso todos contratassem com essa certeza, a insegurança jurídica seria padrão na sociedade, e também, se a hipótese fosse vista de forma invertida, ou seja, se outros membros da coletividade contratassem com o sujeito que outrora fora o polo ativo do contrato, e inadimplissem com ele, e caso ele soubesse da ciência da pessoa sobre sua incapacidade para cumprir, com certeza, ele se sentiria injustiçado. Logo, a ação dele não pode ser fruto de uma lei universal, pois sequer aplica-se a ele mesmo no caso.

Uma segunda interpretação importante no prisma do imperativo categórico está em tratar as pessoas como fins em si mesmas, ou seja, mais uma vez, afastando-se a ideia de imperativo hipotético, onde se usa de um meio para se obter um fim.

Kant, em sua obra *Groundwork of the Metaphysics of Moals*, prega o respeito ao ser humano pela simples condição humana do ser, ou seja, o fato de ser um fim em sim mesmo, isso pode ser entendimento como um elo intimamente ligado

com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Nessa ótica, Kant repudia ações que usam as pessoas como meios para conseguir proveitos próprios, pois isso, estaria indo contra a concepção de fim em si mesmo, pelo contrário, estaria usando o ser como um meio para se obter um fim, ou seja, como uma instrumentalização (KANT, 1785, p 428).

Hipoteticamente pensando que algo tenha um valor absoluto, então apenas nesse campo específico, haveria espaço apto para um eventual imperativo categórico. Na sua proposta de raciocínio, Kant aponta como ente capaz de ser um fim em si mesmo a própria humanidade, essa condição é intrínseca ao ser humano, nasce com ele e morre com ele, é, de fato, indisponível.

A diferença fundamental entre as pessoas e coisas é ideia de finalidade, as coisas podem, sem afronta a nenhum princípio serem instrumentalizadas (meios) até porque isso vai de encontro com a sua concepção. O mesmo não se pode dizer do ser humano.

Nas palavras de Kant (1785, p.429) sobre sua segunda formulação, temos o comando no sentido de: “Aja de forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa, seja na pessoa de outrem, nunca como um simples meio, mas sempre ao mesmo tempo como um fim”.

Coadunando-se com essa lógica, contrato tratado como exemplo anteriormente, aqui é revestido do mesmo caráter de injusto, isso porque ele trata a boa fé da outra parte como um meio de se obter o que a pessoa deseja, qual seja, a efetivação do contrato.

A questão da humanidade como fim ultrapassa as concepções de amor, respeito ou empatia, vai muito além desses vetores pois deve ser considerada como precedente dos mesmos, trata-se de algo que é causa primeira, isso porque os sentimentos apontados nascem em decorrência da particularidade do ser, ou seja, respeitamos mais uns do que os outros, devido ao grau de proximidade e amor que temos por eles. Mas na visão de Kant, não é assim que deve ser. A humanidade deve ser tratada como fim devido a sua condição de racionalidade. Essa concepção kantiana pode ser estendida até a ótica dos direitos universais dos homens. Demonstrado isso, conclui-se que para Kant é papel da justiça preservar e velar por todos esses direitos humanos independente das condições particulares de cada ser,

mas tendo, unicamente como foco, a condição de humanidade, isso, por só, torna esses indivíduos merecedores de respeito.

5.4 Direito e Estado

Ao tratar a questão da liberdade externa em Kant, apresentou-se a ideia de que a liberdade externa é aquela tutelada pelas leis gerais do Direito. Pode-se expandir esse entendimento, e até mesmo afirmar, que essa liberdade externa, comporta em si mesma uma restrição à liberdade. Ora, se o Direito cria regras que garantem a liberdade, ele, necessariamente deve restringir tais ações, e, conseqüentemente, uma fração da liberdade, para garantir que de fato, todos tenham um conceito de liberdade universal. Para deixar essa questão mais clara, quando o ordenamento coíbe a conduta de matar, ele está, ao mesmo passo garantindo a liberdade dos indivíduos, pois a eles é garantido a liberdade de viver, mas, ao mesmo tempo, está a restringir a liberdade de alguns, para que estes, não interfiram de forma deliberada na vida alheia, a ponto de ceifá-la.

Feito este adendo, a filosofia kantiana possibilita a existência de um estado de natureza. Porém, esse estado de natureza é um tanto quanto diferenciado aqui. No sentido de ser um estado onde não reina as garantias legais. Kant (1993, p. 151) afirma que:

O estado natural [...] é ao menos um estado de justiça negativa, (*status justitae vacuus*) no qual, se o direito fosse controvertido, não haveria juiz competente para ditar uma sentença legítima em virtude da qual cada um pudesse obrigar o outro a sair desse estado de guerra e fazê-lo entrar num estado jurídico.

Kant entende que pela pura razão o homem sentiria a necessidade de abandonar este estado, e partir, para o estado de direito, para ter suas garantias de justiça asseguradas. Para Kant, o homem usaria como veículo para esse novo estado o chamado contrato originário.

O contrato originário em Kant é visto de forma diferente dos demais contratualistas (PILON, 2002, p. 48-51). Isso quer dizer que enquanto para os demais o importante é buscar a origem histórica dessa celebração contratual, para Kant, isso é facilmente deixado de lado, o que releva para tal pensador é a sombra desse

contrato, ou seja, não importa quando ou onde ele ocorreu, o que de fato é relevante é que ele, em dado momento, aconteceu, e posteriormente a isso, alguns efeitos são irradiados dele.

Kant (1988, p.82) atribui primazia para a ideia de contrato:

[...] neste contrato enquanto, coligação de todas as vontades particulares e privadas num povo numa vontade geral e pública, não se deve de modo algum pressupor necessariamente como um fato como se, por assim dizer, houvesse primeiro de provar a partir da história [...]. Mas é uma simples ideia da razão, a qual tem, no entanto, a sua realidade indubitável.

Diante disso, é como se o legislador encontrasse sua legitimidade no povo, isso porque, o próprio legislador só existe porque os membros da atual sociedade decidiram, em dado momento, abandonar o estado natural de não asseguarção da justiça, e migrar para o Estado de Direito.

Kant ainda celebra a ideia de que o direito natural que os homens possuem no estado de natureza não deve desaparecer com a celebração do estado civil, pelo contrário, ele deve ser uma reafirmação do direito natural (KANT, 1993, I, p.151).

O estado civil na concepção kantiana tem por único escopo a garantia de que a justiça será concretizada, aliás, isso coaduna-se com a ideia de que o homem buscou o contrato originário para sair do estado de justiça negativa (PILON, 2002, p. 46-48).

O edifício que abriga o estado de justiça de Kant, ou ainda, estado civil, está solidificando em três pilares fundamentais.

Uma dessas vigas primordiais do estado civil kantiano seria, nas palavras do próprio Kant (1988, p. 75): “A liberdade de cada membro da sociedade como homem”. Extrai-se dessa máxima que cada um, embora parte do todo social, tem a liberdade de se autodeterminar como ser humano, estando apenas coagido pelas leis do direito, mas, ao mesmo tempo, sendo livre para escolher suas filosofias de vida bem como maneiras de agir, desde que, essa liberdade respeite a liberdade externa dos demais.

De outra banda, outra viga essencial à sustentação desse estado civil seria sintetizada da seguinte maneira por Kant (1988, p. 75): “Igualdade de cada um com todos os outros como súditos”. Isso quer dizer que, estado sob o mesmo manto da proteção da justiça liberdade externa garantida a todos, os membros do estado

de direito teriam direito de serem coagidos pelos outros, e concomitante a isso, o direito de coagir os outros. E isso é celebrar e efetivar a proteção que o contrato originário garantiu à justiça, isso porque, obviamente, tal coação não se daria seguindo os ditames da justiça pelas próprias mãos. Afirmar isso, é afirmar que o Estado deve ser um garantidor da justiça.

Finalmente, a viga principal da fundação de Kant (1988, p. 75) seria: “A independência de cada membro da comunidade como cidadão”. Aqui Kant aborda a questão do status de cidadão, visto, de forma rudimentar em sua época, o sujeito membro da sociedade para poder legislador, não poderia ser mulher, bem como deveria ter capacidade e não ser criança.

Como explanado até o momento, Kant entende que o direito natural por excelência é a justiça, e, nesse sentido, é relevante entender como a liberdade se torna o fundamento da justiça, quebrando todos os paradigmas anteriores que estabelece a justiça como igualdade.

Kant entende que o direito deve ser a cavalaria que defende a liberdade, e dessa maneira, consequentemente, defenda a justiça. Essa proposta garante que todos podem desfrutar da liberdade sem prejudicar os demais. E é nessa ótica, que se torna plausível para este autor, pautar sua teoria da justiça na liberdade, pois, segundo ele, essa é a mãe da justiça.

6 A JUSTIÇA EM JOHN RAWLS: A EQUIDADE COMO PARÂMETRO

Depois de superada a análise de Justiça em Kant, torna-se interessante para este estudo voltar seus olhos para a Justiça em Rawls, e, posteriormente, traçar um comparativo entre esses dois filósofos que, de certa maneira, pautaram suas pesquisas nos ditames da liberdade.

A indagação sobre como elucidar questões de relacionadas à justiça foi um dos fantasmas que assombrou a mente desse filósofo norte americano, e para poder expurgá-lo, ele elaborou uma ideologia estruturada em uma base, embora hipotética, muito coerente.

Nascido em 1921, o Professor de Filosofia Política na Universidade de Harvard, John Rawls formula suas ideias de justiça, principalmente em duas obras, sendo elas *Uma Teoria de Justiça* e *O Liberalismo Político*. Para trabalhar referido tema, ele separa categorias, as quais serão objeto de análise, sendo elas: a estrutura básica da sociedade, os princípios da justiça, e a situação inicial de equidade.

Rawls (1993, p. 48) faz menção aos efeitos práticos de sua concepção de Justiça:

Um plano justo (...) dá aos homens aquilo a que têm direito: satisfaz suas expectativas legítimas com base nas instituições sociais. Mas aquilo a que os homens têm direito não é proporcional nem dependente de seu valor intrínseco. Os princípios de justiça que regulamentam a estrutura básica da sociedade (...) não mencionam o mérito moral, não há nenhuma propensão da distribuição de direitos corresponder a eles.

Dessa maneira, passamos a elucidar melhor as categorias primordiais apresentadas por Rawls como essenciais à justiça.

6.1 Sociedade Justa

Para ficar claro a justiça na concepção deste filósofo, é necessário entender como que a mesma está relacionada com o conceito de sociedade. De tal sorte que uma se entranha na outra. Sendo assim, é mister o estudo entre a relação de sociedade e justiça.

6.1.1 Estrutura Básica da Sociedade

Partindo da ideia de que a Justiça existe somente nas sociedades humanas, Rawls conclui que a justiça deve estar presente nas estruturas básicas que definem uma determinada sociedade. Sendo assim, o que define se a justiça habita o seio de determinada sociedade, é, como já dito, a presença da mesma nas estruturas basilares da sociedade. Isso porque, nas palavras de Almir José Pilon (2002 p. 74) “a justiça deve ser a primeira virtude dessas instituições”. A *contrario sensu*, podemos interpretar que se essas estruturas basilares da sociedade não forem de fato justas, devem ser repensadas, a fim de se alcançar a referida justiça. Em casos mais drásticos, devem até mesmo ser abolidas. É interessante apontar, que para tal pensador, não importa o quão eficientes ou bem-organizadas essas estruturas básicas possam ser, se não forem justas, não haverá, em tese, espaço para que existam em uma sociedade de direito. Em corolário a esse pensamento, “Se a justiça tem primazia sobre a sociedade, a existência das instituições básicas só tem sentido se estiverem contribuindo efetivamente para sua realização”. (PILON, 2002 p. 74)

Para a efetivação da justiça, a sociedade deve ser bem ordenada em suas estruturas básicas. Dificilmente isso acontece, sendo assim, deve-se garantir mecanismos de predominância do justo sobre o injusto, e essas mecanismos pautam-se nos princípios da justiça social, através da atribuição de direitos e deveres, esses princípios vão deixar a sociedade melhor organizada.

Como ficou evidenciado até o presente momento, o autor tem uma preocupação com o conceito de estruturas básicas, uma vez que a justiça esteja intimamente ligada a esse conceito. Nas palavras de John Rawls (1993, p. 8):

Por instituições mais importantes quero dizer a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais. Assim, a proteção legal da liberdade de pensamento e de consciência, os mercados competitivos, a propriedade particular no âmbito dos meios de produção e a família monogâmica constituem exemplos das instituições sociais mais importantes.

Sendo assim, fica claro que o autor delimita o seu entendimento sobre o que seriam estruturas básicas, e as específicas. Para este estudo, importante é tecer alguns comentários sobre a estrutura básica da família monogâmica.

É importante entender porque para Rawls a família seria uma das estruturas básicas da sociedade, e, assim sendo, porque deve haver justiça no trato da família.

Em sua obra *O Direito dos Povos* o autor afirma que: “A família é parte da estrutura básica, visto que um dos seus papéis principais é ser a base da produção e reprodução ordenadas da sociedade e da sua cultura de uma geração para a outra”. (RAWLS, 2001, p. 206).

Nessa ótica, a proteção à família, e mais, a presença essencial da justiça no trato à família, justifica-se por referida instituição ser uma estrutura basilar da sociedade, ora, como o próprio autor demonstra, a família é, por si própria, a responsável pela manutenção da sociedade como o é, pois transmite valores para as novas gerações. Valores esses que refletem a forma de pensar e agir de uma sociedade. A família é, de certa maneira, o berço da justiça, pois é ela a responsável por fomentar os princípios primeiros que o indivíduo recebe, quais sejam a noção de igualdade e fraternidade.

No que tange ao fato da família ser ou não ser monogâmica para poder figurar como base da sociedade, Rawls (2001, p.207) é sensato em afirmar que:

Contudo nenhuma forma particular da família (Monogamia, heterossexual, ou de outro tipo) é exigida por uma concepção política de justiça contanto que a família seja ordenada de maneira que cumpra essas tarefas com eficácia e não contrarie outros valores políticos. Note que estas observações estabelecem a maneira como a justiça como equidade lida com a questão dos direitos e deveres dos homossexuais e como eles afetam a família. Se esses direitos e deveres são compatíveis com a vida familiar ordenada e a educação dos filhos.

A questão da família como estrutura básica da sociedade, logo da justiça em Rawls, será melhor abordada no capítulo que tratar sobre o Estatuto da Família.

Ainda no que tange as estruturas básicas da sociedade, para Rawls elas são o objeto primeiro da justiça, pois seus efeitos estão diretamente relacionados com a sociedade. Nesse sentido, “A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade” (RAWLS, 1997 p.8).

Conclui-se, portanto, que antes de preocupar-se com a presença ou não de justiça em uma determinada sociedade, deve-se primeiramente, preocupar-se com a estrutura desta referida sociedade, porque se a mesma for bem estruturada e dividida, a consequência lógica seria a presença de Justiça.

Rawls ainda dispõe que, não rara às vezes, pelo contrário, muito corriqueiro isso se torna, uma sociedade pode ter várias posições, e essa gama de posições condiciona os indivíduos a estarem em situações diferentes, como por exemplo as diferenças entre pessoas com diferente nascimento, classe econômica, cor e orientação sexual. Essas diferenças, são derivadas da própria natureza econômica e política de determinado meio social, ou seja, pelas estruturas básicas adotadas pela sociedade. Nessa maneira de analisar, para se alcançar a justiça social em sua plenitude, esses desvios deveriam ser concertados, e para tanto, faz-se necessário o uso dos princípios da justiça, os quais seriam verdadeiros niveladores da sociedade que é inerentemente desigual.

Desse modo, explica Rawls (1997, p. 57 e p 8):

O primeiro objetivo dos princípios da justiça é a estrutura básica da sociedade, a ordenação das principais instituições sociais em um esquema de cooperação. Ou ainda, A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem os direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade.

Sendo assim, é de suma importância para Rawls o estudo e aplicação prática dos princípios da justiça social. Ressalta-se que nesse estudo, tal análise será feita no capítulo posterior.

6.2 A Sociedade Bem Ordenada

A consequência lógica de toda a explanação sobre estruturas básicas e justiça pauta-se na seguinte afirmação: Uma sociedade será justa quando a mesma for bem ordenada.

Resta saber, o que seria uma sociedade bem ordenada. Para John Rawls (2000, p 75-80) seria basicamente aquela pautada em três ditames. Primeiramente, todos os membros dessa sociedade aceitariam os mesmos princípios de justiça, em segundo lugar, essa mesma coletividade entende que

esses princípios de justiça se coadunam com as instituições básicas da sociedade, e finalmente, o terceiro item seria o senso de justiça habitando o consciente de todos os homens, porque assim, conseqüentemente, eles agirão de acordo com as estruturas básicas.

Sobre essa reflexão John Rawls (2000. p. 79) afirma que:

Dizer que uma sociedade é bem ordenada significa três coisas: a primeira (e isso está implícito em uma concepção de justiça publicamente reconhecida), que se trata de uma sociedade na qual cada indivíduo aceita, e sabe que todos os demais aceitam, precisamente os mesmos princípios de justiça; a segunda (implícita na ideia de regulação efetiva), que todos reconhecem, ou há bons motivos para assim acreditar, que sua estrutura básica – isto é, suas principais instituições políticas, sociais e a maneira segundo a qual se encaixam num sistema único de cooperação – está em concordância com aqueles princípios; e a terceira, que seus cidadãos têm um senso normalmente efetivo de justiça e, por conseguinte, em geral agem de acordo com as instituições básicas da sociedade, que consideram justas. Numa sociedade assim a concepção publicamente conhecida da justiça estabelece um ponto de vista em comum, a partir do qual as reivindicações dos cidadãos à sociedade podem ser julgadas.

Sendo assim, podemos interpretar as palavras de John Rawls no sentido e relacionar a sociedade bem-ordenada a uma sociedade baseada numa democracia constitucional.

Podemos ainda afirmar que uma sociedade será considerada bem ordenada quando as pessoas que a compõe possuem um senso de justiça capaz de atender um pluralismo razoável.

Nesse ponto, o filósofo distingue o pluralismo propriamente dito do pluralismo razoável, pois ele destaca a necessidade dessa razoabilidade. Isso quer dizer que o pluralismo propriamente dito não seria nada além da união de várias concepções doutrinárias, implicando até mesmo aquelas mais extremistas. A sua vez, o pluralismo razoável englobaria somente algumas ideias de doutrinas de bem, havendo então uma mitigação.

Para delimitar o que estaria englobado nesse pluralismo razoável, e o que estaria de fora deste conceito, tal filósofo traz a alguns critérios de classificação: a) a possibilidade dessas ideias serem, ou se não forem, poderem ser, partilhadas por cidadãos tidos como iguais e livres; b) não pré-estabelecer nenhuma doutrina abrangente.

Superada a conceituação de estruturas básicas da sociedade, passado pelo apontamento da sociedade bem ordenada, é necessário o estudo dos princípios da justiça, uma vez que como supracitado, para o referido autor, eles são os mecanismos niveladores das desigualdades inerentes à sociedade.

6.3 Escolhendo Princípios

Foi analisado que para a sociedade ser justa, antes mesmo de se falar em justiça, deve-se ter em mente que as estruturas fundamentais dessa sociedade devem ser justas. E para assim ser, tem-se de falar em alguns princípios fundamentais de justiça.

John Rawls divide sua Teoria de Justiça em duas partes primordiais, sendo elas: 1) uma interpretação da situação inicial de equidade juntamente com apontamentos dos múltiplos princípios que podemos nela escolher. E, posteriormente, ele apresenta a segunda etapa, qual seja, 2) uma discussão para escolher quais desses princípios deveriam ser de fato adotados (PILON, 2002, p. 80-84).

Além do mais, o autor divide os princípios em duas subespécies, ele apresenta um grupo de princípios que se aplicam aos indivíduos da sociedade, e um outro grupo com dois princípios que se aplicam às instituições da sociedade.

Desta maneira, este trabalho, seguindo esta divisão do próprio autor, passa a analisar, de forma isolada e para a melhor compreensão, da maneira como Rawls aborda os princípios de Justiça.

6.4 Instituições e Justiça Formal

Quando esta análise tratou das instituições primordiais da sociedade, foi apontado que a justiça, pautada em seus princípios, deve preceder a existência das instituições, e, mais que isso, ser anterior à atribuição de direitos e deveres nessas instituições. Pois bem, dito isto, é mister saber que não se deve confundir os princípios da justiça relativos às instituições com os relacionados aos indivíduos. São princípios que repousam sobre objetos diferentes.

Nessa linha de pensamento, primeiramente, é necessário conceituar instituições, para depois tecer reflexões sobre quais princípios se aplicam à mesma

Utilizando das próprias palavras de John Rawls (1993, p.63) “Defino instituições como sendo um sistema público de regras que determina funções e posições, fixando, por exemplo, os respectivos direitos e deveres, bem como poderes e imunidades”. Interpretando esse conceito, pode-se afirmar que certas formas de ações são permitidas, ao passo que, outras ações são proibidas, sendo, inclusive, punida a infração a essas proibições.

Existem duas maneiras de se conceber uma instituição. A primeira tende a ter um objeto abstrato, isto é, com formas de condutas expressas por um sistema de regras, e, posteriormente, a segunda forma, seria com a operação de pensamentos e condutas, por alguns grupos de indivíduos, em certos momentos e em determinados espaços, desses conjuntos de regras prescritos. Resumidamente, seria como uma materialização desse plano abstrato. Nesse sentido, deve-se indagar, em quais dessas duas concepções a instituição deve ser justa: Deve a instituição ser justa no plano abstrato? Ou no plano de materialização? Para responder a essas questões, Rawls (1993, p. 64) entende que “parece-me mais razoável afirmar que só a instituição concretizada na prática e efectiva e imparcialmente administrada pode ser justa ou injusta”.

As instituições determinam, em certo momento e em certo espaço, que as suas regras sejam executadas, ou seja, desçam do plano abstrato e repousem no plano material. Dessa maneira, elas definem que em dado momento as regras por elas determinadas serão obedecidas e executadas, de acordo com o entendimento público de que assim deve ser. Para exemplificar essa questão, toma-se como exemplo, a instituição Congresso Nacional. Referida instituição possui em seu plano abstrato uma família de normas, ou seja, os regimentos internos e disposições na lei processual. Esses grupos de lei determinam, em abstrato, como se deve proceder em vários casos, como por exemplo, desde o procedimento que deve ser seguido para a votação de uma lei, a maneira pela qual deve-se prosseguir para suscitar uma questão processual, ou até mesmo dispõe sobre como devem ocorrer as sessões parlamentares. Portanto, seguindo essa lógica de pensar, uma instituição existe no momento em que determinado grupo de pessoas (deputados por exemplo) procedem suas ações de forma adequada e além disso, procedem de acordo com a

forma exigida para tais ações, e feito isso, reconhecem, de uma forma bilateral, ou seja, recíproca, que seus atos estão de acordo com aquilo a que se devem conformar.

Quando Rawls afirma que as instituições, e por conseqüente, as estruturas básicas da sociedade são sistemas públicos de regras, ele quer dizer que, os membros que integram essas instituições possuem o mesmo conhecimento acerca dessas regras, as quais estão sujeitos, como se de fato, essas regras fossem produto de um acordo. É como dizer que o membro dessa instituição, antes mesmo de o ser, não só leu o contrato social, como o assinou, e se submeteu a cumprir o que ele dispõe. Nesse ínterim, é certo que o sujeito membro de uma instituição, não apenas sabe o que as regras vigentes exigem dele, mas também sabe, o que elas exigem do outro, e esse outro em questão, possui o mesmo conhecimento, e assim suscetivelmente. Idealizadamente, trata-se de um sistema razoável de conhecimento das normas de uma instituição.

Esclarecida essa dinâmica, é certo afirmar que os princípios da justiça são aplicados às instituições de natureza eminentemente pública. E isso se assenta no fato de que, quando há uma instituição, onde as normas que a determinam em seu plano abstrato, são conhecidas somente por aqueles que dela fazem parte, chega-se a um consenso de que somente os sujeitos pertencentes a ela podem emitir regras que se apliquem a si próprios, desde que, sejam efetivamente aceitas por seus membros e não prejudique terceiros. Como exemplo, pode-se pensar em instituições particulares, como Rotary Clube ou Maçonaria.

Portanto, a publicidade das regras de uma instituição, assegura não somente os limites recíprocos das condutas de cada membro, bem como os fazem saber quais são as condutas permitidas e as não permitidas. Nas palavras de Rawls (1993, p.64), dizer que há publicidade das regras de uma instituição, é dizer que “há uma base comum para determinar a expectativas mútuas”.

Para além disso, em uma sociedade bem estruturada, onde as concepções de justiça são partilhadas por todos os membros, partilha-se também as noções do que seria um ato justo e um ato não justo.

Ainda no que tange ao tema das instituições, Rawls traz uma importante diferenciação, qual seja, a diferenciação entre uma regra isolada, uma instituição e a estrutura básica do sistema social visto como um todo. Tal

diferenciação se sustenta no fato de que, embora uma ou mais regras isoladas de organização possam ser injustas, a instituição como um todo não o é. No mesmo sentido, uma instituição pode apresentar-se revestida de um véu de injustiça, mas isso, não implica em dizer que todo o sistema social também use essa vestimenta.

No que tange ao tema em tela, John Rawls (1993, p.65) argumenta que:

É não só possível que certas regras e instituições isoladamente consideradas não sejam, em si mesmas, suficientemente importantes, como pode ainda acontecer que, dentro da estrutura de uma instituição ou sistema social, uma injustiça aparente seja a compensação da outra. O todo será menos injusto do que seria se contivesse apenas um dos elementos injustos. Além do mais é ainda concebível que um sistema social possa ser injusto sem que nenhuma das suas instituições, tomadas isoladamente, o seja: a injustiça será a consequência da forma como elas se combinam num sistema único. Uma instituição pode encorajar e aparentemente, justificar expectativas que sejam negadas ou ignoradas por outra. Estas distinções são óbvias e limitam-se a refletir o facto de que, ao avaliar instituições, as podemos enquadrar em contexto mais ou menos amplos.

Tomando como verdade o fato da sociedade possuir uma certa estrutura básica, tem-se por derradeiro a isso, a sensação de que suas regras satisfazem uma concepção concreta de justiça. Nesse diapasão, por mais que não se aceite ou não se coadune com as virtudes pregadas por esses princípios, é indubitável que os mesmos fazem parte dos princípios da justiça, uma vez que, como já dito, trata-se de uma sociedade bem ordenada. E, fazendo parte dos princípios da justiça, assumem para si, o papel da justiça.

Afirmar que eles assumem o papel da justiça é o mesmo que afirmar que eles puxam para si a tarefa de determinar a distribuição de direitos e deveres fundamentais, bem como a divisão dos benefícios da cooperação em sociedade.

Partindo do pressuposto que essa percepção justa é aceita por uma determinada sociedade, pressupõe-se também, para fins de criar um plano ideal, que as instituições dessa sociedade são bem administradas, o que quer dizer que, são administradas de uma forma justa e imparcial pelos juízes e funcionários da mesma. Sustentar isso, é sustentar que, nas palavras de Rawls (1993, p.66): “ os casos semelhantes são tratados de modo semelhante, identificando as normas existentes as similitudes e diferenças relevantes”. Nesse sentido, estaríamos dizendo que a regra definida pela instituição é devidamente aplicada e interpretada

pelas autoridades. Essa administração imparcial e coerente, de acordo com a instituição, e independentemente de quaisquer que sejam seus princípios substantivos que Rawls denomina de Justiça Formal. De uma maneira simplória, e meramente para fins didáticos, poder-se-ia resumir justiça social como a interpretação correta e adequada das normas da instituição, levando em conta seus princípios substanciais.

Se a justiça for concebida em padrões de igualdade, a justiça formal vai pregar que as leis e instituições se apliquem de forma equivalente a todos os membros que pertençam às classes por ela definida, ou seja, de forma igual. Sendo assim, entende-se que a justiça formal poderia ser resumida em uma conformação, obediência, ao sistema.

Seguindo essa lógica, é evidente e latente que, embora as instituições possam ser materializadas em sua plenitude, igualdade e imparcialidade, isso, por si só, não as tornam justas. A título de exemplo, as sociedades por castas, ou ainda, o fato delas cumprirem os princípios da justiça elencadas em suas instituições, não faz com que esses princípios, por si só, sejam justos. Porém, nas palavras de Rawls (1993, p.66): “Embora tal seja improvável, não é contraditório supor que a sociedade injusta ou baseada em castas, ou que tutele as formas mais arbitrárias de discriminação, seja coerente e imparcialmente administrada”.

Superado a conceituação de instituição, bem como a de justiça formal, é válido ressaltar que, atualmente, existe uma inclinação, embora não sem ressalvas, no sentido de que justiça formal e justiça substantiva são necessariamente interligadas. Afirmar isso, é entender que as instituições manifestamente injustas, ou seja, substancialmente injustas, nunca poderão ser, ou raramente serão, administradas de forma coerente e imparcial, logo, de forma justa.

Avançando em um corolário lógico, passa-se a analisar os dois princípios fundamentais da justiça no tocante às instituições, bem como, se de fato, a relação entre justiça formal e substantiva existe.

6.5 Os Dois Princípios de Justiça

Conforme já citado, na denominação provisória da teoria de John Rawls, ele traz os dois principais princípios de justiça aplicados às instituições.

Nesse sentido temos que, para John Rawls (1997, p.64):

Primeiro, cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas, igual que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para outros.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo: a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e b) vinculadas a posição e cargos acessíveis a todos.

Ao abordar o primeiro princípio, tem-se que o mesmo trata das liberdades das liberdades básicas. É mister dizer, que nesse sentido, o autor sente a necessidade de assegurar as liberdades básicas, isso pois ele se baseia em um sistema social democrático. E para isso, ele advoga no sentido de que as regras que regem essas liberdades básicas, devem aplicar-se, indistintamente, a todos.

O que Rawls quer demonstrar com o referido princípio é que, quando se trata das liberdades básicas, como igualdade política na liberdade de expressão e reunião, liberdade de consciência, de pensamento, e tantas outras liberdades que integram os direitos do indivíduo devem ser aplicados de forma equânime a todos, e mais, não apenas seja dessa forma aplicada, mas que permita a “mais abrangente liberdade compatível com uma liberdade para todos” ainda nas palavras de John Rawls (1997, p.68) “o único motivo para circunscrever as liberdades básicas e torná-las menos abrangentes é que, caso contrário, elas interferem umas com as outras ”

As teorias de John Rawls e Kant tendem a estar próximas, isso porque ambas estão pautadas na liberdade. De forma paralela, até mesmo as ideias libertárias de Robert Nozick podem ser postas em uma linha semelhante com as de Rawls.

Já ao segundo princípio abordado pelo autor, tem-se que ele recai no campo da distribuição das rendas e riquezas. Pode relacionar-se intimamente esse princípio com o princípio da diferença, sendo assim, o que Rawls realmente quer dizer é que o segundo princípio tratado “não exige que essas distribuições sejam

iguais, mas que as desigualdades sociais e econômicas sejam organizadas de maneira que todos se beneficiem” (PILON, 2002, p. 82).

Por outro lado, através do princípio da reparação, Rawls vem sustentar que as desigualdades devem, por seu turno, ser de algum modo equilibradas.

Usando das próprias palavras de John Rawls (2000, p.49) em sua obra *O Liberalismo*:

O que o princípio requer é que, por maiores que sejam as desigualdades existentes e por maior que seja a disposição das pessoas para trabalhar de modo a barganhar o mais que puderem, as desigualdades existentes devem ser ajustadas de modo a contribuir de forma mais efetiva possível para o benefício dos menos privilegiados.

O autor ainda considera que algumas desigualdades são inerentes, e mesmo assim, devem ainda ser reparadas. A título de exemplo, as desigualdades econômicas, sociais e assim por diante. Até mesmo as desigualdades intelectuais de inteligência, devem, na opinião de Rawls, serem sanadas, isso porque essas desigualdades são imerecidas.

Rawls explica que o simples fato da pessoa nascer em uma classe ou em outra, ou nascer mais inteligente ou ainda menos inteligente, isso por si só não configura como injustiça, o que de fato, vai gerar a situação de justiça e injustiça é a maneira como as instituições lidam com esses desequilíbrios.

Depois de percorrer a estrada de conceituação provisório proposta por Rawls em sua obra *Uma Teoria da Justiça*, o caminho do justo traçado por esse pensador desemboca na conceituação final, a qual podemos encontrar na obra intitulada de *O Liberalismo Político*. Nas palavras de John Rawls (2000, p.47-48):

[...] a) Todos as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todas os demais, e nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido;

b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativas de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.

Pode-se concluir das conceituações de Rawls que esses princípios apresentam três ideias basilares e que devem ser consideradas para entender a sua

concepção de justiça: 1) expressam direitos e garantias fundamentais como liberdade e oportunidades básicas; 2) além disso, atribuem prioridade especial a tais direitos e por fim 3) oferecem condições de efetivação dos direitos de liberdade e oportunidade.

Finalmente, ultrapassada esta etapa de conceituação acerca dos princípios da justiça, da maneira como justiça e instituição estão relacionados. John Rawls chega a uma questão primordial em suas considerações, sendo ela: Como os indivíduos escolheriam os princípios que determinam a base da sociedade, sem contudo, optarem por princípios que serviriam de benefício próprio? A resposta, é a chave da grande contribuição filosófica de John Rawls, qual seja: a Situação inicial de Equidade, o Véu da Ignorância.

6.6 A Situação Inicial de Equidade.

Excluindo o mérito moral, tal pensador parte de uma ocasião de igualdade entre os indivíduos.

Partindo da ideia de um contrato social, a peça chave para a compreensão do pensamento de John Rawls é a denominada situação inicial de equidade.

Porém, quando fala-se em contrato social na concepção de John Rawls, pode-se até mesmo associar-se com um estado de natureza apresentado pelos contratualistas clássicos, mas, essa ideia jamais deve ser confundida com o contrato social defendido por Locke, Rousseau e Kant. John Rawls usa tão somente a sua concepção de contrato social sob o véu da ignorância para simular quais seriam os princípios de justiça que cidadãos em uma mesma situação escolheriam para gerir suas vidas, ou seja, para fazerem parte das instituições. Dessa maneira, as ideias de Rawls não devem ser entendidas de maneira a fundamentar um novo modelo de estado, pois, se fossem, estariam a se confundir com as ideias dos demais contratualistas supracitados.

Em suma, Rawls defende a existência de um contrato social, porém, o faz de uma maneira diferente dos demais pensadores clássicos.

Nesse sentido, se faz pertinente analisar as palavras do próprio autor no que tange ao seu contrato social.

Segundo John Rawls (2000, p. 19):

Afirmar que a posição original é o *status quo* inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos. Esses fatos delimitam o conceito de “justiça como equidade”. Está claro, portanto, que eu quero afirmar que uma concepção da justiça é mais razoável do que outra, ou mais justificável no que diz respeito à “justiça como equidade”, quando pessoas racionais na situação inicial escolhem seus princípios para o papel da justiça preferindo-os aos de outra concepção.

A sociedade atual é regida por princípios e normas que integram um contrato social, o qual o homem, de certa forma, aderiu quando decidiu viver em sociedade.

Para celebrar esse contrato social de uma maneira justa, e sem que prevaleçam os interesses de uns sobre os dos demais, o homem deveria estar coberto pelo véu da ignorância, ou seja, deveria estar dentro da caverna de Platão. Explicando: Para que referido contrato social, seja de veras justo e igualitário para todos, os homens que o celebraram, deveriam ignorar suas condições pessoais, e só então escolher os princípios que norteariam referido acordo (SANDEL, 2009, p 188-190).

Para ficar mais claro, é como se na hora da celebração do contrato social, o indivíduo desconhecesse sua cor, sua classe social, sua religião, sua capacidade intelectual, sua opção sexual e etc. Nesse corolário, todos estariam em uma situação igualitária. Todos seriam igualmente frágeis, exatamente por desconhecerem a si mesmos.

Somente dessa maneira, o homem poderia então, escolher princípios que sejam verdadeiramente justos, e não princípios que sejam justos para ele, ou que beneficiem a condição dele.

Tomando como hipótese, a votação sobre o sistema de cotas em referido pacto. Se os eleitores soubessem suas características, aqueles que fossem beneficiados com tal ação afirmativa, tenderiam a escolhê-la como uma medida que seria a manifestação da igualdade de armas na sociedade. Em derradeiro, aqueles que não gozariam de tal benesse, tentariam refugá-la, isso porque, em suas concepções, e de acordo com os seus princípios, seria uma clara e nítida situação de desigualdade, o que, poderia ser uma afronta a balança da Justiça.

Nessa mesma situação acima explanada, se os sufragistas fossem vestidos com o véu da ignorância, ou ainda trancafiados na caverna da insciência, com certeza, pesariam mais suas decisões, exatamente por desconhecerem o que seria mais benéfico para eles, uma vez, que eles poderiam ser qualquer um da coletividade. Isso exigiria um exercício de empatia.

Essa ocasião faz com que o homem se desprenda das correntes da intolerância, tendo de usar a empatia, e sobrepesar a situação como um todo: “Não posso ser contra as cotas, porque posso precisar delas”, “Não posso eleger um princípio contra as minorias étnicas ou sexuais, porque posso fazer parte delas”

Rawls (2000, p.152) afirma que as condições pessoais do ser, podem influenciar claramente em suas escolhas:

Se for permitido um conhecimento das particularidades, o resultado será influenciado por contingências arbitrárias. (...) Para que a posição original gere acordos justos as partes devem estar situadas de forma equitativa e devem ser tratadas de fora igual como pessoas éticas.

A maneira de pensar de John Rawls rechaça os pilares utilitários, isso porque qualquer indivíduo ficaria receoso em considerar o sofrimento da minoria em detrimento da felicidade da massa, afinal, quando se está coberto com o véu da ignorância, não se sabe a qual dos grupos se pertence, e, em decorrência da própria natureza humana, ninguém voluntariamente optaria pelo próprio sofrimento em virtude da felicidade geral.

Essa proposta mental da situação inicial, também refuta as teorias libertarias isso porque embora o cidadão possa tender para escolhas que privilegiem o indivíduo singularmente, concedendo-lhe melhores condições, para a sombra de estar na raia oposta, assombrada pelo desamparo e pelo não paternalismo estatal, afinal, um Estado Liberal não deve preocupar-se com o cunho moral.

6.6.1 Despindo-se do Véu da Ignorância

Partindo das concepções de John Rawls, quais seriam então, os princípios adequados a serem eleitos pelos indivíduos enquanto vestidos com o véu do desconhecimento?

A resposta elenca dois preceitos supremos: a Igualdade Social e Econômica, e a Liberdade, tanto no âmbito religioso como na maneira de pensar e se expressar.

Michael J. Sandel (2009 p. 189) tece comentários sobre o tema em pauta:

Dois princípios de justiça poderiam emergir do contrato hipotético. O primeiro oferece as mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos (...) esse princípio sobrepõe-se as considerações sobre utilidade social e bem-estar geral. O segundo princípio refere-se a equidade social e econômica. Embora não requeira uma distribuição igualitária de renda e riqueza, ele permite apenas as desigualdades sociais e econômicas que beneficiam os membros menos favorecidos de uma sociedade.

O ordenamento jurídico brasileiro, elenca referidos princípios na Carta Magna, em seu Art. 5º, incisos I, II, III, IV, VI e IX:

Art. 5º - Todos são **iguais** perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres **são iguais em direitos e obrigações**, nos termos desta Constituição;

II - **ninguém será obrigado** a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - **é livre a manifestação do pensamento**, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - **é inviolável a liberdade de consciência e de crença**, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - **é livre a expressão da atividade intelectual**, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença

Da mesma maneira, a Declaração Universal de Direitos Humanos celebra em seu teor o Direito de Igualdade. Nesse sentido, a Carta garante que todos nascem livres e iguais em dignidade, e para além disso, essa igualdade e

dignidade deve ser garantida em todas as esferas, e essa garantia se faz através da lei. Sendo assim, dispõe em a Declaração Universal de Direitos Humanos em seus arts. I e VIII:

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

[...]

Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação

Por essa ótica, depois de tirado o véu da ignorância, o qual revelaria aos olhos o mundo dos fatos, portanto dotado de diferenças, existiria lugar para tais heterogeneidades? Elas se coadunariam com a Justiça? A discrepância salarial, ou até mesmo, a diferença imposta pelo sistema de cotas em universidades e em concursos, seriam medidas justas? Ou, por celebrarem o tratamento diferenciado das pessoas, seriam manifestação da injustiça?

A resposta a tais indagações está intimamente ligada ao princípio da diferença que rege que somente serão aceitáveis diferenças econômicas e sociais que tenham como escopo o benefício dos membros menos favorecidos da sociedade.

Rawls (2008, p.121) tece comentários sobre referido instituto:

O Princípio da diferença representa, na verdade, um acordo para considerar a distribuição das aptidões naturais um bem comum e para compartilhar quaisquer benefícios que ela possa propiciar. Os mais favorecidos pela natureza não importam quem sejam, só devem usufruir de sua boa sorte de maneira que melhorem a situação dos menos favorecidos. Aqueles que se encontram naturalmente em posição vantajosa não devem ser beneficiados simplesmente por ser mais dotados, mas apenas para cobrir custos com treinamento e educação e usar seus dotes deste modo a ajudar também os menos afortunados [...] Mas isso não significa que essas diferenças devam ser eliminadas. Há outra maneira de lidar com elas.

Exemplificando tal sistemática, seria aceitável um profissional ter um ordenado muito elevado em comparação a outro, desde que esse profissional, contribuía para melhorar a situação da coletividade menos abastada.

Se o advogado, auferi mais do que os outros trabalhadores, mas toda a população, inclusive a parcela com menos poder aquisitivo, tem acesso a ele, e esse montante maior de remuneração afeta de maneira positiva na qualidade do serviço prestado, isso seria aceitável, e para isso, seria invocado o princípio da diferença.

Agora esse mesmo advogado disponibiliza um serviço que não está ao acesso de todos, isso não se coadunaria com o princípio da diferença.

7 O CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO COMPARADO

Finda a abordagem teórica do tema, e superada todas as concepções de justiça interessantes para a hermenêutica desse trabalho, necessário faz-se analisar a questão prática proposta, qual seja, o conceito de Família. Para tanto, preliminarmente, é pertinente traçar um paralelo comparativo sobre como o mesmo tema é visto em diferentes países, com diferentes sistemas de governo.

7.1 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, muitas vezes, a relação familiar é reconhecida como condição *sine qua non* para que se possa garantir a obtenção de um benefício estatal. Muito embora o panorama comece a mudar, muitos dos estados estadunidenses continuam a definir família em uma acepção mais restrita, geralmente, relacionado à questão do matrimônio heterossexual (RENDWANSKI, 2012, p.53).

Segundo John de Witt Gregory (2001, p.13), em decorrência da ponderação dessa concepção, alguns estados americanos já permitem que sejam pré-estabelecidos acordos que disponham sobre direitos de propriedade, ou ainda sobre mútua assistência, mesmo que a famílias de fato não tenha nenhuma conotação de direito, por assim dizer, não seja formada através do matrimônio.

No tocante à caracterização da família americana na atualidade, coaduna-se com os ensinamentos da Professora Marjorie Schultz (1982, p. 204-207) o entendimento de que uma pequena parcela das famílias americanas podem ser consideradas de acordo com os ideias de família nuclear, isso porque, essa figura ideal vem abrindo espaço para entidade formadas por arranjos familiares que buscam maior autonomia, que consagram a privacidade, e celebram diferentes níveis de intimidade, de modo que muitas situações diversas podem ser comprovadas na prática, como por exemplo: pais solteiros e parceiros homossexuais que coabitam a mesma casa e dividem as tarefas.

Para Gregory (2001, p.7-8), a família pode ter uma conotação mais estrita, ou ainda, um aspecto mais amplo.

Em uma conceituação mais *stricto sensu* poderia se enquadrar como família o grupo unido por sangue ou por matrimônio, como seria o caso das famílias advindas do casamento. Já em uma conotação mais abrangente, a família pode apresentar-se com uma roupagem não tradicional, sendo considerada um grupo de pessoas que habitam a mesma residência, a conotação ampla ainda celebra o aspecto moral da família, que muito além de conceber, é aquela que cria e contribui para a construção psicológica do indivíduo.

7.2 Espanha

O panorama constitucional espanhol revela que, muito embora a constituição não conceitue família, não é furtado ao cidadão espanhol à proteção estatal nos âmbitos sociais e econômicos (RENDWANSKI, 2012, p.55).. Nesse diapasão, o art. 39 da Constituição espanhola garante que: “os poderes públicos assegurarão a proteção social, econômica e jurídica à família”¹

O matrimônio apresenta-se como a única forma de família regulada pela Constituição Espanhola, sendo assim, isso torna-se o pano de fundo para os juristas espanhóis discutirem acerca da hermenêutica que deve ser feita em torno desse vocábulo, sendo ela mais ampla ou mais restritiva (RENDWANSKI, 2012, p.55-56).

Como demonstra Luisa Velloso Jiménez (1983, p. 181-208), ao passo que uma parte da doutrina entende que família advém do matrimônio, outra parte defende que, o texto constitucional anterior ao da atual Constituição espanhola não apresenta indícios necessários para a presunção legal de apenas merecer tutela estatal as famílias advindas do matrimônio.

Vale ressaltar que o Tribunal Constitucional espanhol, segundo Gabriel Garcia Cantero (2004, p. 7-17 e p. 17) já se posicionou no sentido de que família tem uma conotação mais ampla, porém, o fez somente de maneira formal, uma vez que no plano material recusou-se a equiparar a união de fato ao status de matrimônio. Além do mais, a *Sala de lo Civil del Tribunal Supremo* elaborou uma orientação no sentido de não dever ser aplicada aos coabitantes o regime econômico do matrimônio.

¹Artículo 39: Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

Importante destacar, nas lições da magistrada Catalina Moragues Vidal (2008, p. 116-117), o aspecto inovador trazido pela Lei nº 13, de 1º de Julho de 2005, isso porque, referido dispositivo legal alterou o Código Civil vigente no sentido de promover uma reforma, celebrado o princípio da igualdade, e garantido que o matrimônio possui os mesmos efeitos e requisitos independentemente de serem os contraentes do mesmo sexo ou de sexo diferente. Tal reforma no Código Civil promove por si só um alargamento do conceito de família.

Nesse sentido, nas palavras de Catalina Moragues Vidas Vidal (2008, p 116)²:

O reconhecimento do direito ao matrimônio de pessoas do mesmo sexo é parte do mandamento constitucional que proíbe qualquer discriminação em razão de opção sexual e se fundamenta no sentido de o direito de eleger o companheiro/companheira de vida, é claramente, uma decisão que afeta não somente a liberdade individual, mas a privacidade e intimidade e o livre desenvolvimento da privacidade.

Com base nesse entendimento, é nítido uma tendência a caminhar rumo à flexibilização do instituo nos parâmetros legais espanhóis.

7.3 Itália

A Lei maior italiana fundamenta a família no laço matrimonial, é isso o que se extrai do art. 29 de referido dispositivo, ou seja, a família é a sociedade natural fundada no matrimônio³. Embora referida Carta Magna date de 1948, permanece, avidamente, a concepção de família fundada no laço familiar (RENDWANSKI, 2012, p.57-58).

Francesco Donato Busnelli (2002, p. 520) entende que, a determinação de família dada pelo texto constitucional deve ser vinculante não somente para a *Corte Costituzionale* mas também, para o jurista positivo.

² *En mi opinión, el reconocimiento del derecho al matrimonio de personas del mismo sexo se enmarca en el mandato constitucional que proscribe cualquier discriminación por razón de opción sexual, y se fundamenta en que el derecho a elegir compañero/a de vida, es claramente una decisión que afecta no sólo a la libertad individual sino a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.*

³ *29 La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*

Isso não implica, porém, em afirmar que não existam outras modalidades de relações afetivas, implica tão somente em dizer que embora existam de fato, não merecem o status de família, seguindo a lógica Constitucional.

Nesse diapasão, Nicolò Lipari (2005, p. 721) considerada que o ordenamento de muitos membros da União Europeia, reconhecem para além do matrimônio tradicional outras modalidades de sociedades afetivas, nesse corolário, não é nenhum absurdo entender que em um futuro próximo a Itália também irá figurar nesse rol, até mesmo como uma forma de atender aos ditames do Direito Comunitário da União Europeia e não promover a diferença entre sujeitos de nacionalidades distintas.

Para finalizar, há voz na doutrina, como é o caso de Pietro Perlingeri (1991, p. 474), que defende que a família é mais do que os laços sanguíneos, sendo assim, configura-se como família uma união espiritual e uma comunhão de vida, isso porque o referido instituto tem por escopo os deveres de educação e promoção dos seus membros. Tal pensamento pode ser extraído da interpretação conjunta dos arts. 2º e 29º da Lei Maior italiana⁴.

7.4 Suíça

Segundo dados do Serviço Federal da Segurança Social (2013, p. 01) suíço (*Office fédéral des assurances sociales*) a definição de família tem uma acepção mais aberta de família⁵, sendo um:

"grupo social de um determinado gênero, principalmente com base na relação entre pais e filhos e é reconhecido como tal pela sociedade". Esta definição não faz qualquer referência ao casamento ou à paternidade biológica, não assume qualquer lar comum, evita quaisquer juízos de valor e leva em consideração a diversidade de tipos de família. Ela não limita a família como sendo um grupo social com filhos menores ou financeiramente

⁴ **Articolo 2** *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

⁵ *La définition de la famille employée ici est ouverte : il s'agit d'un « groupe social d'un genre particulier, fondé avant tout sur les relations entre parents et enfants et reconnu comme tel par la société » (Rapport sur les familles 2004, p. 89). Cette définition ne fait référence ni au mariage ni à la parentalité biologique, ne suppose pas de ménage commun, évite tout jugement de valeur et prend en considération la diversité des types de familles. Elle ne limite pas la famille à un groupe social avec des enfants mineurs ou financièrement à charge, mais reconnaît que les formes effectives de vie en famille sont liées à l'ensemble du cycle de vie.*

dependentes , mas reconhece que as formas efetivas de vida familiar estão relacionados a todo o ciclo de vida.

Nesse diapasão, a Suíça celebra um conceito mais amplo de entidade familiar, estando em consonância com preceitos fundamentais elencados na Declaração de Direitos do Homem, como por exemplo, a Igualdade e a Dignidade da Pessoa Humana.

Além do mais, não estabelece qualquer requisito para a consagração da família, superando preceitos e dogmas religiosos que circundam o tema, pelo contrário, reconhece e contempla que família é parte do ciclo da vida, e assegura a suas mais variadas formas.

7.5 Brasil

O Brasil, como os outros países elencados, também confere proteção à família, tanto em sua Carta Magna quanto em sua legislação infraconstitucional. Na verdade, o art. 226 da Constituição de 1988 coaduna-se com os ditames da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual preconiza em seu art. 16.3 que a família, sendo o núcleo natural e fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Nesse sentido, tanto no plano internacional quanto no plano nacional, há, uma indubitável preocupação com a proteção familiar, isto porque, nos dizeres de Guilherme Calmon Nogueira (2001, p.46):

É certo que inúmeros problemas vêm afetando seriamente a segurança familiar [...], mas não há de se perder de vista que sempre a família será a célula básica da sociedade, cabendo aos Estados-Nações, promoverem medidas concretas e efetivas no sentido de assegurar a real proteção da família como entidade e organismo fundamental para a própria sobrevivência da espécie humana.

Nesse sentido, com o advento da nova Lei Maior brasileira, qual seja a carta de 1988, o conceito de família deixou de ser singular, e passou a ser plural, englobando modalidades que outrora estiveram fora da proteção estatal, isso quer dizer que para além das famílias formadas pelo casamento, o Brasil passou a aceitar as famílias formadas por comunidade entre qualquer dos pais, bem como aquelas advindas da união estável entre homem e mulher.

Diante de tal situação, a doutrina passou a debater se o texto constitucional seria taxativo ao elencar o conceito de família, ou ainda ao estabelecer a proteção do Estado para tais famílias, ou se seria, meramente exemplificativo.

Antonio Jorge Pereira Júnior figura como aqueles que entendem que o art. 226 é *numerus clausus*, nesse sentido, referido autor entende que família são as pessoas que se enquadram na disposição constitucional, e, conseqüentemente a isso, somente elas deverão receber a proteção do Estado. Nesse sentido, nas palavras de Antonio Jorge Pereira Junior (2009, p. 2375)

[...] o casamento, a união estável e a família monoparental são bases da sociedade, na medida em que tais estruturas associativas têm o efeito potencial de criar e recriar, naturalmente, o tecido social completo: compõem a tessitura construtiva e são fontes de perpetuação da sociedade civil.

Em sentido oposto, os defensores da interpretação ampla do conceito de família advogam que, a Assembleia Constituinte, ao reformular a redação do art. 226, celebrou a inclusão. Isso porque, seu predecessor, o art. 175 da Constituição de 1967 elencava que família era constituída pelo casamento. Ora, se a nova ordem Constitucional suprimiu tal expressão, o fez para celebrar uma amplitude do conceito de família. Nesse sentido, Luiz Neto Lôbo (1999, p. 44) ensina que:

O fato de, em seu parágrafo, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “ a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.

A importância em conceituar-se família está no fato de que, a partir desse conceito, determinara-se quem pode ou não pode estar sujeitos às regras de regência familiar estabelecidas pela Constituição.

De encontro a isso, lecionada Alexandre de Moraes (2004, p.706) as regras de regências das relações familiares são aquelas que dizem respeito à: 1) cabeça do casal, no sentido de determinar os direitos e deveres pertinentes à sociedade conjugal; 2) dissolução do casamento, no sentido de determinar os procedimentos para referido rito; 3) planejamento familiar, no cerne da dignidade da

pessoa humana, que estabelece a livre deliberação do casal em referido assunto, cabendo ao Estado proporcionar recursos educativos e científicos que garantam tal prerrogativa; e por fim, 4) adoção e 5) filiação.

8. DAS TEORIAS DE JUSTIÇA FRENTE AO CONCEITO DE FAMÍLIA E AO ESTATUTO DA FAMÍLIA

Depois de discorrer sobre todos os aspectos relevantes das teorias de justiças aqui apresentadas, este trabalho chega em seu ponto primordial, qual seja, tecer uma análise do conceito de família e do Estatuto da Família, tendo em voga para tanto, o manto das teorias supracitadas.

A criação do Estatuto da Família tem causado rebuliço social, motivo pelo qual se mostra pertinente o exercício de reflexão aqui proposto. Porém, para que o mesmo seja feito com mais propriedade, é interessante tratar dos aspectos sociais do conceito de família, sua evolução no decorrer do tempo e a maneira como se apresenta nos dias de hoje, bem como suas diversas modalidades.

8.1 Aspectos Gerais e Sociais

Como elemento integrante da sociedade, a família está presente desde os tempos mais remotos da humanidade, e tal qual a mesma, vem sofrendo remodelações e ganhando novas roupagens, essa questão fica latente pelo fato de não se aceitar mais como modelo único de família o modelo formado exclusivamente por pai, mãe e prole.

São acertadas as palavras de Saturnino (2010, p.55) no sentido de que “ser humano é um ser gregário por natureza. Muito antes de existir sociedade, muito antes de existir o Direito, famílias já existiam”. Esse entendimento vai de encontro com as ideias defendidas por Aristóteles em sua Obra Política, isso porque, no Capítulo I do Livro Primeiro Aristóteles define o Homem como um Animal Político.

Na esfera social atual há espaço para várias conjunturas de família, isso porque as pessoas, seguindo suas tendências, filosofias e estilos de vida, decidem por si próprias com quem se casar, como se casar, e o porquê de se casar. Esse fato é mais uma situação que advoga pelo dinamismo em todos os ramos da sociedade, incluindo a família, a qual deixa seu estado *a quo*, qual seja o do pátrio poder, onde o pai chegava até mesmo a escolher o casamento das filhas, e atinge seu novo status, mais revestido pela autodeterminação, afeto, companheirismo e

comodidade. Nesse sentido, esclarece Maria Berenice Dias (2009, p. 27) nesse sentido:

A própria organização da sociedade dá-se em torno da estrutura familiar, e não em torno de grupos outros ou de indivíduos em si mesmos. A sociedade, em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta. Essa foi a forma encontrada para impor limites ao homem, ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto.

Ainda tecendo considerações concernentes ao pátrio poder, o mesmo sofreu consideráveis alterações, vindo a se transformar no hoje chamado poder familiar. Essas mudanças ocorreram devido ao crescente papel da mulher na sociedade, dessa maneira, ambos os cônjuges na atual conjuntura possuem status de igualdade. No escorço de Arnaldo Rizzardo (2007, p.63), tal igualdade no seio familiar ainda pode ser estendida aos filhos: “chegou-se em um momento histórico de igualdade praticamente total entre os membros da família, onde a autoridade dos pais é uma consequência do diálogo e entendimento, e não de atos ditatoriais ou de comando cego”.

O dinamismo social, o enfraquecimento dos dogmas canônicos, a difusão dos direitos humanos, o ganho de espaço representativo da mulher e o surgimento de movimentos sociais que defendem partes oprimidas da sociedade promoveram transformações profundas, as quais chegaram até mesmo ao conceito de família.

As palavras de Daniela Rodrigues (2011, p. 15-16) trazem um panorama sobre a estruturação do conceito de família, abordando acepções amplas e restritas acerca do instituto:

O primeiro conceito de família se faz em sentido amplíssimo, considerando-se família a reunião de pessoas ligadas em razão de uma relação de dependência, ainda que não haja vínculo de parentesco entre todas elas. Em segunda acepção, a família é composta apenas por aqueles que guardam entre si vínculos de parentesco, seja consanguíneo, civil ou afim. Em terceira acepção, restrita, a família se compõe das pessoas ligadas entre si em razão do casamento e pela filiação, ou seja, cônjuges e filhos.

A questão sobre as mudanças sociais que influenciaram na definição de família pode ser tratada até mesmo em órbita constitucional. Isso porque as alterações promovidas pela atual Carta Magna de 1988 no que tange ao Direito de

Família, ressaltam o lugar de destaque ocupado pela família no Brasil. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 35) elucida a questão:

[...] as alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente a guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a ele inerentes; do reconhecimento do direito e alimentos inclusive aos companheiros e da observância das circunstâncias socioeconômicas em que se encontrarem os interessados; da obrigação imposta a ambos os cônjuges, separados judicialmente, de contribuírem, na proporção de seus recursos, para a manutenção dos filhos etc.

Ainda tratando do assunto em bojo constitucional, a Constituição de 1988 trouxe plasmado em seu texto grandes reflexos das alterações vivenciadas no mundo dos fatos, isto porque reconhece como entendida família a união estável entre homem e mulher, bem como dispôs sobre a família monoparental, ou seja, aquela formada por um dos pais e seus descendentes.

Como supracitado, a Constituição Federal exteriorizou a sua preocupação com o reconhecimento da união estável, tanto que prevê em seu art. 226, § 3º e § 4º que: “[...] para o efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”

Todas essas transformações, tanto no âmbito social quanto as trazidas pela nova Constituição Federal, são um reflexo de que a família existe a tempo suficiente para ser uma das bases da humanidade, e que, no escoar das areais do tempo, não só a legislação modificou as formas de família que foram recepcionadas ao amparo legal, mas também, a própria sociedade evoluiu, transformou-se e reconheceu tantas outras modalidades de família, algumas das quais, não estão sob o abrigo da lei.

8.2 Modalidades de Família

Como foi mencionado no item anterior, uma sociedade cada vez mais heterogênea tem sido palco para a apresentação de vários arranjos familiares. Nesse sentido, Fábio Ulhoa (2011, p. 20) leciona sobre os vários tipos de famílias da sociedade contemporânea:

Centrada apenas no ambiente urbano, podem-se divisar os mais variados tipos: há os núcleos compostos pelo esposo, esposa e seus filhos biológicos; o viúvo ou viúva e seus filhos, biológicos ou adotivos; pai ou mãe divorciados e seus filhos, biológicos ou adotivos; esposo, esposa e os filhos deles de casamentos anteriores; esposo, esposa e o filho biológico de um deles havido fora do casamento; esposo, esposa e filho adotivo; casais não casados, com seus filhos; pessoas do mesmo sexo, com ou sem filhos, biológicos ou adotivos, de um deles ou de cada um deles; a homossexual e o filho da companheira falecida; avó e neto; irmãs solteiras que vivem juntas etc.

Embora o texto constitucional cubra a família com o véu protetivo do Estado, essa proteção apenas se estende a três categorias distintas de famílias, sendo elas previstas taxativamente no art. 226, § 1º e § 2º da Lei Maior e nos arts. 1.511 e seguintes do Código Civil; Também há previsão no § 3º do dispositivo constitucional supracitado para a família formada através da união estável, modalidade esta que também é disciplinada pela legislação esparsa e pelo Código Civil, e por último, a família monoparental, consagrada no § 4º do art. 226 da Constituição Federal.

Aos olhos da Lei brasileira, essas são as hipóteses de família. Muito embora o ordenamento não possa, de maneira alguma, deixar de socorrer as demais concepções de família que existem na sociedade, até porque a família, no cenário atual, é não somente o berço da cidadania, mas é também a propagadora dos princípios escolhidos por uma sociedade, ou ao menos, por aquele grupo singular.

A família matrimonial, ou tradicional tem por base de sua gênese um homem e uma mulher unidos por vínculos de casamento, civil ou religioso e existe independente da concepção de filhos ou não, pois, nada mais é senão consequência lógica do casamento como um ato formal.

Em derradeiro a isso, a Carta Magna não deixa à margem da lei a família informal, qual seja, aquela formada através da união estável entre homem e mulher, a nomenclatura justifica-se pois não há o ato formal do casamento.

A justificação para o reconhecimento da união estável pauta-se no fato de que o casamento nunca existiu isoladamente na conjuntura social brasileira, essa afirmação, bem como as origens das uniões estáveis, remonta a época das chamadas famílias ilegítimas. Madaleno (2011, p. 1017) leciona que “o casamento jamais reinou isolado na sociedade brasileira como única espécie de família, porque sempre esteve secundado pela chamada família ilegítima”

Posto este pano de fundo, entende-se como união estável, nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 28-29) aquela pautada em uma “[...] relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não adulterina e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem vínculo do casamento civil”.

Noutro giro, anteriormente já foi mencionada a família monoparental, a qual também é tutelada pela Constituição Federal.

Entende-se por família monoparental aquela formada por qualquer um dos pais, desde que acompanhada dos filhos, ou de um deles, e possuam a prerrogativa de uma entidade familiar (RENDWANSKI, 2012, p.61).

Outra figura que estampa o quadro brasileiro é a chamada pela doutrina de Família Mosaico, ou seja, aquela que é formada tendo como ponto de partida relações anteriores mas são refeitas, reconstruídas através de nova união estável ou ainda novo matrimônio.

Sobre as famílias mosaicos leciona Madaleno (2011, p.11):

A partir do casamento podem surgir e é comum que surjam diferentes ciclos familiares experimentados depois da separação, ficando a prole com a mulher em uma nova conformação familiar, dessa feita uma entidade monoparental. Seguindo sua trajetória de vida e, sobrevivendo ou não o divórcio, ela se casa novamente ou estabelece uma união estável e passa a constituir uma nova família, que não tem identificação na codificação civil, e passou a ser chamada de família reconstituída, mosaica ou pluriparental.

A família mosaico, a qual substitui valores antigos e é pautada no afeto, embora latente na realidade social, presente na doutrina, não foi, entretanto, reconhecida pela legislação, ficando a margem do conceito de família.

Cabe também espaço para tratar da questão da família formada a partir da convivência entre os parentes, isso porque eles possuem como elemento basilar a presença da característica da afetividade, e nesse sentido, muito embora não haja a figura da mãe ou do pai constitui-se pela convivência, auxílio mútuo e sentimento de afeto entre os parentes. Uma exemplificação desse conceito de família é uma entidade formada por um determinado sujeito, o qual habita a casa juntamente com sua tia, e sua sobrinha filha de sua irmã falecida.

No atual prisma social, a família tratada a pouco, chamada de anaparental, não é reconhecida como entidade familiar, embora isso seja uma afronta aos Direitos Humanos, um ultraje ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana e bem como ao da Igualdade. O fato de a lei não lhes atribuir valor familiar interfere em muitas questões, desde o acesso aos direitos inerentes aos familiares (dependência em plano de saúde por exemplo) até mesmo na questão sucessória (RENDWANSKI, 2012, p.61-63).

A família anaparental, pela construção doutrinária, tão família quanto qualquer outra modalidade, tem como alicerce o elo afetivo, isso é latente pela inexistência da figura paternal ou ainda materna, mas, é mais latente ainda pela existência do vínculo de solidariedade, decorrente do grau de parentesco ou até mesmo dos não parentes, que vivem em um aglomerado com fins de ajuda mútua e sem conotação sexual entre os membros dessa estrutura com unidade de propósitos.

Ainda pairando no campo das muitas modalidades de família que recheiam a sociedade brasileira, muito pertinente e corriqueira é a figura da família eudemonista, a qual, nas palavras de Paulo Lobô (2008, p. 138) “identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca”.

Nesse diapasão, eudemonista é considerada a família unida por laços de afeto, como por exemplo os conviventes de uma república, que possuem o status de irmãos, embora sejam meros conviventes (RENDWANSKI, 2012, p.32-33)..

O afeto como base dessas famílias não tradicionais, mas que ainda assim figuram no conceito de família, é a base para a concretização de um direito previsto na Carta Política de 1988, qual seja a felicidade.

De encontro a esse entendimento de afeto como pilar da instituição familiar, bem como de via para a perseguição da felicidade e da concretização da dignidade da pessoa humana, sobreveio em 2011, uma decisão polêmica e inovadora da Corte Suprema do Brasil, a qual equiparou a união homoafetiva à união estável, conseqüentemente, dando-lhe a roupagem de família.

Por união homoafetiva deve-se entender aquela formada por parceiros do mesmo sexo, ou seja, dois homens ou duas mulheres, os quais convivem juntos como se casados fossem.

Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, celebrou a isonomia entre as uniões estáveis e as uniões homoafetivas.

Ao se analisar o conceito de família em seu núcleo regido, da maneira como o Supremo Tribunal o fez na hora de decidir sobre a união homoafetiva, percebe-se que uma família é bem mais do que a celebração de uma festa social, ou de um rito matrimonial religioso, uma família é a mais pura e simples externização das qualidades básicas do ser humano, ou seja, da mútua ajuda, da solidariedade e do afeto, podendo advir de toda aglomeração social que celebre esses vetores. Por fim, em uma atuação inédita e polêmica, efetivou os direitos constitucionais que deveriam ser garantidos a todos e deu um passo em encontro da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade de Direitos, bem como da Liberdade, festejando a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

8.3 O Telos da Família e a Decisão do Supremo Tribunal Federal

Em 2011 os ministros do Supremo Tribunal Federal, dada ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, reconheceram, por unanimidade, em um julgamento histórico, a união estável para casais do mesmo sexo.

O grande pano de fundo que circundava a questão era devido à interpretação do art. 226 da Carta Magna Federal, isso porque, tal dispositivo consagra a proteção estatal para as uniões provenientes de união estável, equiparando tais sociedades à entidade familiar.

A grande polêmica, entretanto, era no cerne dos relacionamentos homoafetivos, ou seja, aqueles compostos por dois homens ou duas mulheres. Tal

divergência apresentava-se devido a redação do art. 1723 do Código Civil Brasileiro, o qual, *in verbis*, dispõe que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Tal assunto pairava em um campo delicado, pois sobre ele recaia a névoa dos preceitos morais e dos ditames religiosos. Superado essa questão, a Suprema Corte do Brasil, por unanimidade, reconheceu a união homoafetiva como união estável, celebrando uma interpretação sistemática da Constituição Federal bem como o Estado Laico. Dessa maneira, é pertinente analisar o voto do Ministro Relator da decisão, bem como os seus argumentos.

Em seu voto, o ministro Ayres Britto sustentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF/88 proíbe qualquer diferenciação em decorrência de sexo, raça, cor e que, sendo assim, nenhum cidadão pode ser diminuído ou ainda tratado de forma diferente em decorrência de sua opção sexual. Nas palavras de Ayres Brito (2011, p. 10) "*O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica*", salientou o Ministro que qualquer discriminação, incluindo o não reconhecimento da união estável homoafetiva, toma um caminho totalmente oposto ao ditado pelo inciso IV do artigo 3º da CF.

Ainda no que tange ao voto do Ministro, afastando o forte caráter moral ou religioso que circunda o assunto, o mesmo invoca a cobertura da dignidade da pessoa humana, bem como um dos direitos humanos usado para embasar muitos dos pensadores apresentados nessa obra, qual seja, a liberdade.

Nas palavras do Ministro Ayres Britto (2011, p.18):

Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte.

Em um exercício de interpretação, entende-se que o Ministro não defende o valor moral ou religioso da escolha, mas sim a liberdade de fazê-la, aproximando-se das concepções libertárias de justiça. Entretanto, sustentar o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas tão somente no direito à liberdade que é garantido a todos os cidadãos, ou ainda na autonomia da vontade, seria demasiado fraco para justificar tal reconhecimento, isso porque, conformando-

se com a conotação neutra ao que tange à discussão moral ou religiosa, tal voto teria que reconhecer não tão somente a união entre pessoas do mesmo sexo, isso porque, se esse fosse o argumento decisivo e definitivo usado de base para o veredito, o Estado não teria nenhum argumento para denegar reconhecimento à uniões formadas por mais de duas pessoas, ou ainda não poderia se esquivar de reconhecer à poligamia consentida, isso porque, todas elas também derivariam da autonomia da vontade e do direito à liberdade.

Isto posto, para além da questão da liberdade, o Ministro Ayres Britto usou como fundamento para o seu voto a noção de *telos* apresentada por Aristóteles, ou seja, ele não tão somente reconheceu a liberdade do ser humano para se agregar com quem bem entender, ele estabeleceu o objetivo dessa agregação, e o fez da seguinte maneira:

A parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico)(BRITO, 2011, p. 30)

Extrai-se dessa argumentação que a união entre as pessoas na sociedade contemporânea é mais do que um simples contrato de convivência, as pessoas que se condicionam a essa situação esperam mais do que um mútuo respeito, esperam que esse respeito seja reconhecido pela sociedade, e dessa maneira, esperam reafirmar que essa união coaduna-se com o propósito da união estável ou do casamento. Como analisado no voto do Ministro Relator, os propósitos da união estável entre as pessoas, ou seja, o seu *telos* é a própria união de desígnios entre seus membros, é a família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico)

Nesse cenário, a união estável seria mais do que a união livre entre duas pessoas, seria, no corolário do pensamento do Ministro Relator, uma relação tríplice entre os dois sujeitos e o Estado.

Para além de uma união livre entre seres humanos, esse arranjo contaria com uma terceira entidade, qual seja o Estado. Configurando-se como uma relação tricotômica.

Dessa maneira, para Ayres Britto (2011, p. 31):

Vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.

Concomitante a esse entendimento, qual seria, então, o *telos* do casamento, ou ainda, da União Estável, que se apresenta como uma modalidade informal do mesmo?

Maria Berenice Dias (2015, p. 34) esboça comentários, no sentido de determinar os interesses pelos quais as pessoas juntam-se em unidades familiares:

A família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, houve a despersonalização das relações familiares na busca pelo atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor.

Como mencionado pela autora supracitada, a família vem apresentando mais do que um simples propósito genético, ou um vínculo pré-estabelecido por um contrato ou rito religioso, a família tem afincando seus alicerces no afeto, solidariedade, confiança, lealdade, amor, e tanto outros sentimentos que são, de certa maneira, uma exteriorização da virtude do ser humano.

Muitos dos opositores do reconhecimento do casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo, advogariam ferrenhamente no sentido de que o *telos* do casamento ou da união estável seria a reprodução, em outras palavras, a procriação da espécie. Coaduna-se a esse raciocínio o entendimento de que, por não poderem procriar, pessoas do mesmo sexo não poderiam casar-se ou se unir estavelmente aos olhos da lei.

Essa vertente de pensamento tem em seu cerne uma carga religiosa inegável. E para contrapor-se a isso, Margaret Marshel, presidente da Suprema Corte de Massachusetts durante o julgamento do caso *Hillary Goodridge Vs Department Of Public Health*, ocorrido em 2003, confronta diretamente esse ponto

de vista, trazendo para sustentar a sua linha de raciocínio o propósito do casamento. Neste sentido, nas palavras da excelentíssima Margaret Marshel (2003, p 309)⁶:

Nós estamos cientes de que nossa decisão marca uma mudança na história das nossas leis de casamento. Muitas pessoas têm sólidas convicções religiosas, morais e éticas de que o casamento deveria limitar-se à união de um homem e uma mulher e de que a conduta homossexual é imoral. Muitas têm convicções religiosas, morais e éticas igualmente sólidas de que pessoas do mesmo sexo tem o direito a se casar e de que casais homossexuais deveriam receber o mesmo tratamento dado a casais heterossexuais. Nenhuma dessas opiniões responde à questão que temos diante de nós. Nossa obrigação é definir a liberdade de todos, e não impor nosso próprio código moral.

Marshel não nega a complexidade da questão em tela, ela apenas concede uma interpretação diferente para o objetivo do casamento. No decorrer da decisão da Juíza Presidente a essência que marca o vínculo do casamento não é a procriação, muito para além disso, é um comprometimento de amor entre dois sujeitos.

Celebrando essa vertente de pensamento, o Ministro Ayres Britto (2011, p. 33) elenca que:

Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada.

O Ministro ainda continua traçando as linhas que enquadram o seu pensamento sobre o que consistiriam e qual seria o *telos* de família. Para tanto se vale do ambiente construído por uma atmosfera afetiva que envolve a família, a qual é berço para florescer muitas das concepções de ética e caráter de um ser humano.

⁶ We are mindful that our decision marks a change in the history of our marriage law. Many people hold deep-seated religious, moral, and ethical convictions that marriage should be limited to the union of one man and one woman, and that homosexual conduct is immoral. Many hold equally strong religious, moral, and ethical convictions that same-sex couples are entitled to be married, and that homosexual persons should be treated no differently than their heterosexual neighbors. Neither view answers the question before us. Our concern is with the Massachusetts Constitution as a charter of governance for every person properly within its reach. "Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code." *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472, 2480 (2003) (*Lawrence*), quoting *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 850 (1992).

Tal relação baseada nos pilares da reciprocidade e liberdade de escolha é acolhida pelos mais nobres sentimentos da raça humana, como o senso de parceria e empatia.

Dessa maneira, salienta o Ministro que:

Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se veem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolve numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão em parceriadamente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. (BRITO, 2011, p. 32)

Da decisão do Ministro Ayres Brito, bem como da Presidente da Suprema Corte Margaret Marshell pode-se entender que o *telos* do casamento ou da união estável não pode ser concebido como a procriação, isso porque, o ordenamento não exige esse *animus* como elemento para garantir a proteção jurídica a esse instituto. Se assim fosse, casais que são estéreis, ou que decidem não ter filhos, ou ainda aqueles que optaram pela adoção, não poderiam, de maneira alguma, celebrar o casamento, isso devido ao fato de não se enquadrarem no *telos* concebido pelos preceitos religiosos. O fato da ausência de previsão legal, bem como o Estado Laico afastam o propósito do matrimônio que recai sobre o manto religioso, isso porque, como bem afirmado, a fertilidade não é uma condição *sine qua non* do casamento civil.

Embora o repúdio aos argumentos que defendem o propósito de reprodução do casamento afaste a roupagem religiosa que recaía sobre a questão, ambas as decisões pautaram-se em ditames morais para solucionar o caso. Isso mostra, que em determinados casos, a noção de Direito está, de certa forma, relacionada à noção de Vida Boa, ou seja, às vezes, a justiça preocupa-se em cultivar determinadas virtudes como forma de alcançar sua primazia.

No caso em testilha, pode-se elencar como virtudes defendidas pela decisão a própria dignidade da pessoa humana, que deve ser cultivada e entranhada na sociedade de modo a criar um cenário onde seja possível coabitar as diferenças em suas mais abrangentes acepções, bem como o respeito mútuo e a liberdade.

No cerne dos Direitos Humanos, a Declaração Universal de Direitos Humanos dispõe sobre a faculdade de contrair matrimônio e fundar família, bem

como sobre os iguais direitos entre homens e mulheres na hora dessa escolha. Tais ideias estão plasmadas no art. XVI de referido diploma:

Artigo XVI

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

A própria declaração, em sua redação, tomou o cuidado de usar o vocábulo nubentes. Deixando a margem da interpretação a quem cabe ser nubente.

Seguindo a lógica da própria Declaração, que em seu artigo I estabelece que todos são iguais em Dignidade e Direitos, seria de bom tom, entender que nubentes podem ser todos os sujeitos de direitos, quais sejam os cidadãos livres e aptos a se autodeterminarem.

Reconhecer isso implica aceitar que todos possuem paridade de direitos, e mais, que não podem ser privados de tais direitos. Sob pena de receberem um tratamento diferente dos demais, e, configurando uma segunda classe de família, que não está no patamar da primeira (ora dita tradicional) e exatamente por figurar nesse polo, não possui igualdade material com os demais membros da sociedade, configurando nítido descompasso das ideias de igualdade e dignidade, o que é, indubitavelmente vedado por todos os ordenamentos que celebram os Direitos Humanos.

Esse entendimento coaduna-se com o que afirma o Ministro Ayres Britto (2011, p.44): 'Pois inexiste essa figura da subfamília, família de segunda classe ou família "mais ou menos"'.

Os caminhos utilizados pelos nobres julgadores citados na busca da coisa certa a se fazer mostra que, a família é o berço dos Direitos Humanos, pois nela se celebra a maioria das garantias da Carta Universal de Direitos do Homem, na família edificam-se os alicerces do caráter e molda-se o ser. Resumidamente, ambas decisões celebraram a ideia de Michal J. Sandel (2014, 323) de que: "Justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas".

Sendo assim, diante de todo o exposto, a decisão do Supremo Tribunal Federal celebrou a igualdade em suas mais diversas acepções, desde o plano formal até, finalmente, repousar no plano material.

8.4 Do Estatuto Da Família e do Conceito de Família

É sabido que a família é umas das instituições basilares da sociedade contemporânea, e como tal, o Direito visa tutelar as normas relativas a tal instituto, e o faz, predominantemente, através do Código Civil. Noutro giro, tem-se conhecimento de que o Código Civil não é a única fonte de direito no que tange a esse assunto. Nesse sentido, as disposições sobre família podem ser encontradas também na legislação esparsa, a Lei de Guarda Compartilhada, Lei de Alimentos Gravídicos e muitas outras são exemplos clássicos dessa afirmação.

Nesse cenário, em 2013 foi posto em foco o tão comentado Projeto de Lei 6583/2013, o Estatuto das Famílias.

O plano, em seu art. 2º, apresenta a seguinte redação sobre o conceito de família:

Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O projeto está em fase de deliberações, e, concomitante a isso, foi aberto uma enquete para saber a reflexão social de tal conceituação. A Enquete viabilizava o posicionamento contrário ao conceito, ou a favor do mesmo.

Segundo dados do *website* da câmara, em outubro de 2014, cerca de 423 mil pessoas deram sua opinião na enquete. Os resultados obtidos foram: 51% dos brasileiros são a favor da redação do artigo, contra 48% que são contra.

Já em setembro de 2015, quase um ano depois, a mesma enquete foi finalizada, contabilizando mais de 10 milhões de acessos e figurando como uma das enquetes recorde de participação popular. O panorama final da enquete mostra-se oposto ao da sua criação, sendo, de acordo com o *site* da Câmara dos Deputados 51,62% dos participantes contra o conceito apresentado pelo Projeto de Lei ao passo que 48,09% eram favoráveis e 0,29% não possuíam opinião formada.

Caso seja aprovado, da leitura do já mencionado art. 2º do referido Estatuto, podem-se extrair dois requisitos cumulativos para a configuração de família: a) união entre pessoas de sexos opostos, b) existência de casamento, união estável ou comunidade formada por pais ou descendentes.

Essas imposições podem causar algumas situações de desigualdade, inclusive de injustiça quando transplantada para o mundo dos fatos.

Nesse diapasão, algumas entidades que de fato existem na sociedade brasileira atual, diante dos parâmetros impostos pelo Estatuto da Família em votação, seriam marginalizadas, e ficariam ao desamparo da lei.

Seguindo essa lógica, pode-se elencar situações práticas, como por exemplo: as famílias mosaicos, anaparentais, homossexuais e ainda a família eudemonista, esses seriam excluídos do conceito de núcleo familiar proposto, e conseqüentemente, estariam de fora de eventuais benefícios que o governo possa disponibilizar para aqueles que entendem englobar no conceito de família.

Para elucidar a questão, um homem solteiro, que em decorrência da morte de seu irmão passa a cuidar da filha menor de idade do *de cuius*, até porque a menina não possui mais ninguém de quem possa socorrer-se, por mais que convivam na mesma casa, que haja a dependência financeira da garota perante o tio, ou ainda, que ele seja responsável por sua formação ética, e ambos nutram reciprocamente sentimentos de mútuo afeto, em que pese todo esse pano de fundo, tal situação não estaria coberta pelo primeiro requisito exigido pelo Estatuto da Família, pois o então tio não se juntou com uma mulher, e muito menos estaria repousando sobre a sombra do segundo requisito da lei, qual seja, estar em união estável, casamento, ou ainda em comunidade.

Nessa mesma linha, a união homoafetiva, que já foi reconhecida pela Corte Suprema do Brasil (ADI 4227) seria da mesma maneira, marginalizada, configurando evidente retrocesso nos direitos dos cidadãos. Seria um ultraje ao direito de liberdade, que em seu sentido mais amplo, contempla a liberdade sexual.

A Carta Magna Nacional contempla em seu art. 5º, o Direito de Igualdade entre as pessoas, o qual é seriamente afrontado com a atual redação do art. 2º do Estatuto da Família.

Nessa orientação, tanto o sujeito do exemplo anterior, quanto os membros das modalidades de famílias já explanadas nesse trabalho, que fogem ao

conceito tradicional, estariam desamparadas frente aos Direitos Constitucionais direcionados à entidade familiar, bem como os deveres que a mesma impõe. Os efeitos práticos que tal redação de família proposta pelo Estatuto pode causar são imensuráveis, e podem atingir inúmeras esferas da vida social.

Nesse diapasão, a Constituição Federal atribui alguns direitos e deveres para determinados entes, sendo a família um deles, nesse caso, essas entidades podem cobrar os direitos plasmados no âmbito constitucional, bem como podem ser compelidas a realizarem suas obrigações.

Oportuno, nesse transcorrer lógico, a leitura do art. 225 da Constituição Federal de 1988:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O Direito à Educação, o qual é uma incumbência do Estado em parceria com a Família proporcionar ao menor, poderia sofrer mitigações quando em vivências práticas, a título de elucidação, se membros de uma união estável homoafetiva deixam de matricular as crianças que eventualmente estariam sob sua guarda na escola regular, ou ainda administra mal a educação dessas crianças, caberia ao Estado, mediante o Ministério Público, em vista da defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente cobrar de quem para resolver essa situação? Uma vez que, de acordo com a atual redação do projeto de lei, esse aglomerado de pessoas não seria considerado como entidade familiar, logo, tecnicamente, não teria a obrigação de submeter-se ao art. 225 da Carta Magna.

Nesse mesmo corolário, pode-se citar as disposições do art. 227 da já mencionada Carta Magna:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

Isto posto, é claro e evidente que a Constituição Federal não faz nenhuma diferenciação entre a família formalmente constituída através do

casamento e enquadrada nos preceitos tradicionais do termo e aquela constituída a luz da realidade fática, que embora seja um fruto do dinamismo social, não deixa de ser, tão família quanto a anterior.

Nas palavras do Ministro Ayres Britto (2011, p.36): “nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica”

Diante de todo o exposto, e levando em conta uma interpretação sistemática do texto Constitucional, é inevitável a conclusão de que o vocábulo família deve, sob pena de infringir toda a complexidade do ordenamento Constitucional, bem como a Declaração Universal de Direitos do Homem, ser interpretado, como fez, acertadamente o STF na ocasião analisada nesse estudo, em um sentido amplo, para fins de se buscar o verdadeiro *telos* da instituição familiar.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, nas palavras do Ministro Ayres Britto (2011, p. 38):

Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistigavelmente preconceituoso.

Sendo assim, o *telos* atual da família brasileira se coaduna com a própria evolução e estado em que se encontra seus indivíduos.

8.5 Da Interpretação Segundo as Teorias de Justiça

Superada toda a fase de introdução aos pensamentos dos vários filósofos ponderados nesse estudo, bem como da apresentação do panorama geral do conceito de família atual e do projeto de lei que institui o estatuto da família, mostra-se oportuno, através de um exercício de hermenêutica, esboçar quais as possíveis interpretações dos referidos filósofos quando deparados com a questão da família no mundo dos fatos.

Caso Aristóteles se deparasse com o conceito de família apresentado pela redação do art. 2º do Estatuto da Família, ou ainda, com a disposição do art. 1.723 do Código Civil que equipara a união estável heterossexual a entidade

familiar, poderíamos supor que ele levantaria questões acerca do *telos* do instituto da família, para então, chegar a conclusão se o referido projeto de lei é revestido do véu da justiça ou não.

Por amor ao debate, podemos propor, algumas questões que podem se levantar no que tange ao motivo, exemplificativamente: Qual o propósito (*telos*) de criar-se tal estatuto? Como resposta, o argumento mais latente seria a proteção da família. Consequentemente a isso, seria necessário indagar-se o porquê de se criar um regramento que visa proteger a família, e, no corpo desse próprio regramento, constar um mecanismo que exclui concepções de famílias latentes no bojo social, reconhecidas inclusive pela Corte Suprema do Brasil e dos Estados Unidos.

Aparentemente, ao adotar-se essa teoria de justiça, o referido projeto de lei não pode, e nem deve ser considerado um ato de justiça.

Partindo da própria análise do vocábulo *dikaion* (que se refere tanto ao conceito de igual quanto ao de legal), chega-se que a justiça em Aristóteles repousa em dois pilares, sendo um a lei, e o outro a igualdade.

Dessa maneira, o referido projeto de lei, o qual deveria ser o veículo que conduz à igualdade não a celebra, pelo contrário, a afasta, pois segrega grupos minoritários na sociedade.

O justo seria o fruto daquilo que a Lei determina para chegar-se a boa vida, obviamente, as pessoas prejudicadas pelo Estatuto das Famílias, não estariam aptas a celebrar a boa vida, e, em uma hermenêutica a longo prazo, a própria sociedade, estaria de certa maneira, esquivando-se da possibilidade de abraçar novas visões de mundo, de conviver com opiniões diferentes, e dessa maneira, cultivar a tolerância e o respeito, que, abrangem o conceito de boa vida, uma vez que uma sociedade mais flexível à diferença nada mais é do que uma sociedade que celebra a essência da democracia.

Noutro giro, tendo como partida uma formulação de ideias diferentes da de Aristóteles, na hipótese de o caso chegar até o véu utilitário de Jeremy Bentham o panorama seria diferente.

Supondo que Bentham analisasse o projeto no ano de 2014, quando os resultados das enquetes mostravam que embora uma minoria da população (48%) seria afetada com a aprovação do Projeto de Lei, a maioria, estaria satisfeita, e

dessa maneira, a felicidade geral seria maximizada. Sendo, em contrapartida, aos olhos utilitaristas uma proposta que não fere a Justiça.

Visando sanar os desejos dos senhores soberanos da dor e do prazer, Bentham facilmente cederia a ideia de apoiar a aprovação do projeto. Referida fonte de prazer e de dor seria catalogada como uma sanção política, uma vez que advém do poder do Estado de administrar a vida das pessoas. Ou ainda, utilizando a hermenêutica de outra maneira, poderia até mesmo ser considerada uma sanção religiosa, uma vez que o projeto possui grandes alicerces no campo da religião, o que faria que, caso aprovado, aumentasse o prazer (felicidade) daqueles que gozam de fortes concepções religiosas e tradicionais de família ao passo que geraria à dor aos que não partilham das mesmas filosofias.

Primeiramente, a filosofia utilitária levaria a questão para o campo da valoração, para o escopo de determinar se o ato, qual seja aprovar ou não o referido estatuto, seria gerador de prazer ou de dor, ou seja, se seria bom ou ruim, para tanto, recorreria aos critérios elencados para realizar tal procedimento.

No que tange a intensidade do referido estatuto, pode-se sustentar que é deveras forte, uma vez que reflete na estrutura básica da família e de uma peça fundamental da sociedade, a duração seria longa, isso porque as leis, uma vez aprovadas, demoram até serem novamente alteradas. A proximidade no tempo, seria, relativa, uma vez que o projeto se iniciou em 2013 e se arrasta até 2015. Já a certeza sobre o assunto, é controvertida porque embora o Estatuto celebre vários direitos e várias conquistas no campo do Direito da Família, a própria enquete no *website* da câmara mostra quão controvertida é a questão de conceituar-se família.

Se para tanto fosse analisado o valor de cada prazer distinto produzido pelo ato na primeira instância, qual seja, votação da enquete, o que se teria seria um cenário onde 51% da população estaria com sua utilidade maximizada. Em segundo lugar, ao analisar-se o prazer que se manifesta como produzido pelo ato após o primeiro prazer (enquete) teríamos a impressão que ele só teria a aumentar, uma vez que além de concordar com a redação do artigo 2º, os 51% da população também estaria mais feliz, isso porque estariam beneficiando-se da proteção do dispositivo normativo bem como das demais garantias do estatuto, isso seria, legitimar a fecundidade do primeiro prazer, dando, portanto, um caráter bom ao ato

Superada essa primeira análise acerca do caráter bom ou mal do referido instituto, seria necessária uma abordagem da extensão da dor e do prazer causados pela redação do art. 2º do Projeto de Lei em tela.

Ainda tendo como pano de fundo o ano de 2014, considerando a porcentagem apresentado pelos dados da enquete, a aprovação conduziria a uma maximização da utilidade na hora de proceder-se ao balanço proposto por Bentham, uma vez que é a vontade e a opinião da maioria, e nesse diapasão, é sabido que o utilitarismo calcula a dor e o prazer em perspectivas numéricas.

Permanecendo no campo utilitário, de outra banda, John Stuart Mill, elencaria que, embora minoria, a opinião dos 48% dos brasileiros não deveria ser descartada, para a felicidade dos 51%. Isso porque, a longo prazo, essa atitude geraria uma diminuição da utilidade geral. Com o decorrer do tempo, a sociedade poderia perceber que é importante lidar com a opinião das minorias, e até mesmo respeitá-las e garantir seus direitos, mas não com o foco nos cidadãos, e sim, almejando a felicidade coletiva, onde uma sociedade que respeita e convive com a diferença, é deveras, mais estruturada e estabilizada, sendo assim, com uma utilidade maior.

Tal pensamento é confirmado quando se analisa a enquete em seu termo final, ou seja, em 2015, uma vez que o panorama inverte-se, e o resultado final mostra que, embora há um ano atrás, a sociedade fosse majoritariamente a favor da aprovação do projeto de lei, com o passar do tempo, ela pode ter percebido que dar espaço as diferenças é um caminho a aumentar a sua própria felicidade, respeito e união, colaborando para a ideia de Mill de tentar conciliar as lógicas utilitárias com os direitos humanos e individuais.

Representando os libertários, Robert Nozick provavelmente sustentaria que não cabe ao Estado dispor sobre as Famílias, uma vez que cabe, tão somente ao Estado, preocupar-se em coibir a violência e garantir que os contratos sejam celebrados, isso porque, o liberalismo é um advogado do Estado Mínimo, o que sugere a não preocupação com as legislações morais (um dos grandes escopos subjetivos da redação do art. 2º do Estatuto da Família), a repúdia à distribuição de rendas e, por fim, a não proteção do homem de si mesmo. Tendo por base esse último propósito do Estado Mínimo, as convicções religiosas que sustentam o caráter pecador de uma família homoafetiva não se justificaria, uma vez que, sendo ou não

pecado, ou infração moral e religiosa, não cabe ao Estado proteger o homem livre e consciente que escolheu trilhar este caminho.

No que diz respeito ao Estado não interferir em questões familiares, mais especificamente no que tange aos casamentos, o jornalista e comentarista americano Michael Kinsley defende que o casamento deve ser privatizado⁷.

Para ele, a solução para findar tais conflitos seria o fim da participação estatal, ou ainda, acabar com o monopólio governamental do casamento, ou seja, privatizar o mesmo. O que ele sustenta é que as igrejas e outras instituições religiosas podem continuar a oferecer celebrações matrimoniais. Nesse sentido, até mesmo os podem entrar em ação caso eles queiram, e, ainda nessa lógica, as instituições privadas escolheriam as formas de casamento que querem oferecer. Isso possibilitaria aos cônjuges celebrarem de sua própria maneira e escolherem quem bem entenderem.

Immanuel Kant por seu turno, tenderia a sustentar que o ser humano é um fim em si mesmo, conseqüentemente, não deve ser usado como meio para garantir a felicidade dos outros. Nessa órbita, totalmente afastada estaria a teoria utilitária de Bentham, e também, muito embora Mill poderia, eventualmente, sustentar uma opinião diversa da de seu predecessor no que tange ao Estatuto, para Kant, também não haveria espaço para alicerçar sua opinião, uma vez que a faz pelo motivo errado, ou seja, ao visar o bem comum, Mill não deixa de utilizar uma parte, ainda que minoritária, da sociedade como meio para atingir determinado fim, qual seja, a felicidade da maioria.

Como já sustentado, para Kant, a coisa justa a se fazer é justa por sua própria natureza, e não pelas conseqüências que dela decorrem, é certa porque está revestida sobre o manto do dever, e não sobre os motivos de inclinação.

⁷ That solution is to end the institution of marriage. Or rather (he hastens to clarify, Dear) the solution is to end the institution of government-sanctioned marriage. Or, framed to appeal to conservatives: End the government monopoly on marriage. Wait, I've got it: Privatize marriage. These slogans all mean the same thing. Let churches and other religious institutions continue to offer marriage ceremonies. Let department stores and casinos get into the act if they want. Let each organization decide for itself what kinds of couples it wants to offer marriage to. Let couples celebrate their union in any way they choose and consider themselves married whenever they want. Let others be free to consider them not married, under rules these others may prefer. And, yes, if three people want to get married, or one person wants to marry herself, and someone else wants to conduct a ceremony and declare them married. (July 2 2003 11:25 AM)

Sendo assim, se o Estatuto visa a proteção efetiva da família, sem fins discriminatórios, ele está revestido pelo caráter do dever de se fazer a coisa certa. Porém, se fundando em preceitos religiosos que buscam a supremacia de determinadas filosofias em detrimento a outras, ele está fundado em motivos de inclinação de algumas partes envolvidas no processo, perdendo, portanto, sua afinidade com a justiça.

Tornando essa situação mais clara, tem-se como base as justificativas da Deputada Catarinense Geovana de Sá (2015, p. 01), que é favorável ao Estatuto da Família. Em uma entrevista, referida deputada defendeu os motivos pelo qual o Estatuto da Família seria uma medida de justiça:

Como eu disse, a família para mim é constituída por princípios bíblicos. Quanto a questão de adotar, eu não sou contra. Se a lei permitir a que haja homens e mulheres que criem sozinhos os seus filhos, desde que deem boa educação, eu não sou nada contra. Minha defesa é baseada em princípios cristãos.

Essa motivação, é um exemplo evidente e latente, de ação que não é dotada de valor moral algum na concepção de Kant, isso porque, a Deputada não votou pelo motivo do dever de fazer a coisa certa, e sim, cercada por motivos de inclinação, qual seja, os preceitos religiosos que a mesma toma como base para sua vida, por ter se inclinado a motivos de benefício próprio, sua ação não pode ser revestida com uma roupagem de justiça.

Ainda na concepção Kantiana, ao tratar o assunto sob o prisma do Princípio Universal do Direito, ou seja, aquele princípio que determina que a ação será justa quando ela em si não constitua um obstáculo à adequação da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada ser individual, poderíamos encontrar problemas.

Ora, caso o estatuto seja reprovado, as famílias ditas tradicionais não teriam a sua liberdade individual restringida, isso porque continuariam a existir e a serem beneficiadas com toda as garantias destinadas às famílias, bem como, as famílias formadas através de uniões homoafetivas, famílias mosaicos, a família anaparental e todas as diversas concepções de famílias também não seriam prejudicadas, isso porque, não seriam marginalizadas à sombra de um texto de lei, e dessa maneira, a reprovação do Estatuto não seria óbice para a liberdade de cada um (ou seja as concepções minoritárias de família) e nem seria um obstáculo para a

liberdade de todos (ou seja, as concepções tradicionais de família) coadunando-se assim com os preceitos de justiça.

Ainda na argumentação kantiana, as leis devem ser revestidas de um caráter universal, ou seja, elas devem possuir capacidade de serem aplicadas a todos os seres racionais indistintamente, de forma que não privem a liberdade, não é, todavia, o que se verifica com o chamado Estatuto da Família.

Nessa mesma seara jurídica, o referido projeto de lei não estaria a coadunar-se com os preceitos de liberdade externa dos indivíduos, pois, uma vez que seja aprovado, o estatuto entra em vigor como lei, e seria uma fonte de restrição da liberdade externa, como é própria de algumas leis, porém, tal fonte seria na verdade, nada mais do que uma legitimação da liberdade interna de um determinado grupo, que estaria camufladamente tentando impor seus preceitos morais aos demais, ferindo a prerrogativa de autodeterminação inerente a cada ser humano.

Para arrebatrar a lógica Kantiana, o assunto ainda deve ser analisado no cerne do imperativo hipotético e categórico.

Nesse diapasão, tomando-se como imperativo hipotético a noção de causa e efeito, ou seja, a ação fática será boa não por si, mas sim, apenas para alcançar um bem ou uma coisa, nesse caso, o Estatuto da Família estaria adequado a essa noção, pois ele em si não é justo, pois exclui deliberadamente, mas, ele como meio de atingir os interesses de que o elaborou, torna-se uma ação eficaz.

Noutro giro, se analisado sob a sombra do imperativo categórico, o qual deve ser entendido como uma fonte necessária de justiça, o referido projeto dificilmente encontraria apoio. Isso porque, o imperativo categórico defende que os seres humanos devem agir como se o produto de sua ação fosse fruto de uma lei universal, tomando como ponto de partida essa primeira acepção do imperativo em testilha, o Estatuto da família, como já analisado, não seria capaz de sustentar-se como lei universal.

Diante de todo exposto, dificilmente a teoria Kantiana conseguiria atribuir um valor moral para justificar a aprovação do Estatuto da Família com a redação do art. 2º permanecendo da maneira como se encontra.

Superado as opiniões de Kant bem como a visão utilitária e os pareceres libertários, a questão chega até a teoria proposta por John Rawls, o qual suscitaria a situação inicial de equidade, onde o legislador, ao criar esse projeto de

lei, estaria coberto pelo véu da ignorância, não conhecendo assim, a sua própria situação na sociedade, sem saber se seria de fato o lobo ou a ovelha.

Como já elencando, John Rawls tende a entender que o conceito de justiça está intimamente entranhado no cerne social. Para melhor supor a interpretação do Estatuto da Família na concepção desta teoria é mister entender a relação que o mesmo teria com as estruturas básicas da sociedade.

Para Rawls, a família seria uma das estruturas basilares da sociedade, sendo ainda responsável pela própria manutenção da sociedade. Nesse prisma, Rawls entende que os princípios de justiça devem aplicar-se às estruturas bases da sociedade, mas não devem interferir de forma eloquente no plano interno dessas estruturas, sendo a família uma delas.

Por serem objeto primeiro da justiça, as estruturas sociais possuem efeito diretamente ligados com a sociedade, e, caso o Projeto de Lei que cria o Estatuto da Família fosse aprovado, uma injustiça estaria nascendo no próprio seio de uma das estruturas bases fundamentais da coletividade.

Além do mais, a sociedade para além de apresentar estruturas básicas justas, deveria ser bem ordenada, e para isso deveria respeitar os três requisitos já elencados, no capítulo.6.2.

Seguindo esses critérios, o Estatuto da Família esbarra na primeira disposição de sociedade bem ordenada, uma vez que a própria divergência da enquete em seus vários momentos desde que foi aberta, deixa nítido que a sociedade não aceita os mesmos preceitos de justiça, há uma nítida diferenciação entre aqueles que consideram certa e aqueles que consideram errada a redação do art. 2º do Estatuto da Família. Nessa lógica, outro empecilho seria o segundo requisito de sociedade bem ordenada, isso porque, os preceitos de justiça elencados no Estatuto estariam indo no sentido diverso das sociedades basilares da sociedade, mais especificamente, indo contra uma das entidades basilares do todo social, qual seja, a própria família. E por fim, obviamente o terceiro requisito estaria nitidamente agredido, uma vez que a sociedade bem ordenada é aquela que seus membros possuem um senso de justiça necessário para coabitar com o pluralismo razoável. Nesse sentido, a própria redação do art. 2º do projeto de lei é um mecanismo que ceifa qualquer possibilidade de pluralismo razoável, pelo contrário, instaura uma visão unilateral de família.

A teoria de Rawls conduz à análise do caso a situação inicial de equidade. Dessa maneira, caso o Projeto de Lei nº 6583/2013 fosse votado sob o véu da ignorância ele certamente encontraria algumas dificuldades para ser aprovado. Isso porque, qualquer pessoa, temeria aprovar tal projeto estando sob a situação inicial de equidade, isso porque, quando saísse dela, poderia ser parte de um conceito de família que estaria marginalizado.

Em suma, para respeitar-se a igualdade, a liberdade, e para poder ser coberto pelo véu da equidade, a redação mais acertada, que acarretaria um cunho moral mais elevado ao art. 2º do Estatuto da Família seria a seguinte: *Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre seres humanos, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer vínculo sanguíneo ou social.*

A reforma da redação do art. 2º do estatuto da Família é uma obra necessária em uma sociedade que pretende coadunar seus valores com os da Justiça, e promover dessa maneira, a igualdade material, uma vez que celebrar a justiça seria muito mais do que distribuir para cada um aquilo que lhe convém, seria, garantir a cada um aquilo que lhe convém devido a sua condição de ser humano.

9 CONCLUSÕES

O escopo imediato desta monografia foi analisar os aspectos inerentes à algumas teorias da Justiça bem como seus reflexos práticos num caso específico, qual seja, o conceito de família.

Teceu-se apertados comentários sobre os precedentes históricos do referido tema, citando de maneira rápida alguns autores que nele dedicaram seus esforços. Relativa ênfase deu-se para as ideias apresentadas por Aristóteles, principalmente no que tange à noção de *telos*, ou seja, o motivo ou o propósito de determinado ato, isso porque, na concepção de tal pensador, o *telos* da ação é inerente ao seu caráter de justo ou injusto.

Em um plano fático mais atual, de maneira sucinta, analisou-se também o preceito de igualdade no conceito de justiça, usando-se para tanto as concepções do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa.

Mostrou-se oportuno a análise do pensamento utilitarista, tanto na sua gênese com Jeremy Bentham quanto na sucessão que John Stuart Mill deu aos estudos. Ao traçar as ideias de Bentham, conclui-se que o utilitarismo rechaça alguns princípios, sendo eles os princípios do asceticismos e o princípio da simpatia.

Essencial para compreender o pensamento utilitário foi a análise das fontes de dor e de prazer bem como a esquematização do cálculo de dor e prazer, começando em um único sujeito, e sendo refletido nos demais, e por fim, tirando-se a média, dessa maneira, chegar-se-ia à conclusão se determinado ato de fato aumentou ou não a utilidade.

Também foi de preocupação deste trabalho mostrar que o cálculo utilitário não pondera os Direitos Humanos e Individuais, isso não quer dizer que o utilitarismo não considere os indivíduos, mas sim, que ele somente os considera quando partes do todo, dessa maneira, relativiza todos os direitos a uma moeda de valor comum na hora de fazer a sua mediação na balança da Justiça.

Finalizando as observações utilitaristas, foi posto que John Stuart Mill tentou, em suas teorias acerca da justiça, dar nova roupagem ao utilitarismo, levando para tanto em conta os direitos individuais, porém, sem perder o foco de que o ato bom é aquele que visa aumentar a utilidade da sociedade como um todo.

Superada a questão utilitária, esse estudo, como contraponto, trouxe à baila as ideias de Robert Nozick, situando-o como uma das vozes libertárias, que sustentam a intervenção mínima do Estado, ponderando que este deveria apenas coibir a violência e garantir o cumprimento dos contratos, não cabendo ao aparato estatal preocupar-se em proteger o homem do próprio homem, um vez que o indivíduo seria dono de si mesmo.

Referida análise dedicou-se a dialogar as ideias de Immanuel Kant, traçando a sua linha de raciocínio a partir da ideia de que, para referido filósofo, o motivo importa. Nesse sentido, debateu-se o conceito de Justiça, sua relação com o Princípio Universal do Direito, e chegou-se à noção daquilo que se entende como Regra das Regras, instituto essencial para a elucidação da concepção de Justo na teoria kantiana.

Em seguida, a diferenciação entre liberdade interna, ou seja, aquela em que o indivíduo traça em seu interior, sendo livre para fazer da maneira que melhor lhe aprouver, e liberdade externa, sendo aquela que está relacionada fortemente com a noção de liberdade dos demais indivíduos.

As regras morais e as regras legais também foram consideradas nesse estudo, e pode-se delimitar que o ato é revestido de valor moral quanto atendido aos requisitos elencados, sendo, o principal deles, o sentimento de dever, de fazer simplesmente por ser a coisa certa a se fazer, sem motivos de inclinação. Ao passo que um ato será somente legal quando se coadunar com os ditames da lei, pouco importando a sua roupagem moral, contanto que esteja trajada com as vestes da lei.

De maneira a explicar melhor a questão do Moral e do Legal, foi de suma pertinência explicar sobre os imperativos apresentados por Kant, sendo eles o Categórico e o Hipotético. De modo apertado, para fins de conceituação, o imperativo categórico é aquele revestido de caráter moral e universal, ao passo que o hipotético é a simples conformidade com o texto da lei.

Interessante foi abordar as ideias de John Rawls, desde a sua concepção de situação inicial de equidade, até as consequências que advêm a partir do momento em que o homem deixa tal véu para trás e parte em direção à luz dos fatos.

Neste ínterim, entendeu-se que uma sociedade justa somente o é, se suas estruturas básicas também o forem, e que, para além disso, a sociedade deve ser bem ordenada para se coadunar com a ideia de justiça.

Para além do mais, elencou-se os dois possíveis princípios de justiça que o indivíduo escolheria quando saísse do manto da ignorância, nesse sentido, o respeito às liberdades individuais e as diferenças que venham para beneficiar foram destacadas.

Adentrando o mundo dos fatos, tal pesquisa trouxe um apertado panorama do cenário mundial ao conceituar família, nesse diapasão, evidenciou-se que embora em alguns países o texto legal não deixe brecha para a caracterização de novas vertentes familiares, é o que se passa na Itália, em outros países, essa concepção vem se alargando, como é o caso da Espanha, e tencionando-se a solidificar-se de uma maneira mais ampla, como é evidenciado na Suíça.

E por fim, foi do escopo principal desse trabalho emparelhar as ideias, teorias de justiça apresentadas com a realidade fática, usando para tanto uma reflexão sobre o conceito de família, e, mais especificamente, sobre o Projeto de Lei que cria o Estatuto da Família no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2007, 240p.

ARISTÓTELES, **Éthique à Nicomaque**. 2. éd. Paris: Librairie Philosophique Vrin, 1967.

ARISTÓTELES, **Retórica**. Wmf Martins Fontes, 2005, 320p.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito os Conceitos Fundamentais e a Tradição Jusnaturalista**. 2010, 183p.

BARBOSA, Joaquim. **Presidente do STF Diz que Conceitos de Justiça e Igualdade são Indissociáveis**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=224522>. Acesso em: 12 de Abril de 2014.

BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. 321p

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei PL 6583/2013**. Dispões sobre o Estatuto da Família. Brasília: Congresso Nacional, 2013. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B28CC55BA9FEBF4DFEE52E0AEC806B3.proposicoesWeb1?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

BRITTO, Ayres. **Íntegra do voto do ministro Ayres Britto sobre união homoafetiva**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178792> . Acesso em: 26 de outubro de 2015.

BUSNELLI, Francesco Donato. **La famiglia e l'arcipelago familiare**. Rivista di Diritto Civile, Padova, Anno XLVIII, n. 4, p. 491 - 508, luglio- agosto 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Enquete Sobre Estatuto da Família Bate Recorde de acessos ao Site da Câmara**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/462211-ENQUETE-SOBRE-ESTATUTO-DA-FAMILIA-BATE-RECORDE-DE-ACESSOS-AO-SITE-DA-CAMARA.html>. Acesso em: 23 de outubro de 2015

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Enquete sobre o Estatuto da Família Votação**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/agencia-app/votarEnquete/enquete/101CE64E-8EC3-436C-BB4A-457EBC94DF4E>. Acesso em 20 de outubro de 2015

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Resultados das Enquetes**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/enquetes/resultadoEnquete/enquete/101CE64E-8EC3-436C-BB4A-457EBC94DF4E;jsessionid=BD4442592DBACB2932F33CB85199381A.node1>. Acesso em: 09 de Outubro de 2015.

CANTERO, Gabriel García. **¿Qué familia para el siglo XXI?** Revista de derecho comparado: derecho de família, Santa Fe, nº 09, 2004, p. 7 -76.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Família. Sucessões. São Paulo: Saraiva 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 749p

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2001

GREGORY, John De Witt; SWISHER, Peter N.; WOLF, **Sheryl L. Understanding Family Law**. 2nd ed. Lexis Nexis, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2007.

ITÁLIA. Costituzione (1947). **Costituzione della Repubblica Italiana, de 22 de dezembro de 1947**. Disponível em:

http://www.governo.it/Governo/Costituzione/1_titolo2.html>. Acesso em: 05 de Abril de 2015

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1988.

KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, Immanuel, **Groundwork of the Metaphysics of Moals** (1785) New York, Harper Torchbooks, 1964

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980 (*Os Pensadores*).

KINSLEY. Michael. **Abolish Marriage**. Let’s really get the government out of our bedrooms. Disponível em:

http://www.slate.com/articles/news_and_politics/readme/2003/07/abolish_marriage.html acesso em 10/10/2015. Acesso em: 10 de outubro de 2015

LIPARI, Nicolò. **Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma de diritto di famiglia**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Anno LIX, n. 3, p. 715-728, set. 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidade familiares constitucionalizadas: Para além do numerus clausus**. Revista Brasileira de Direito de família. Porto Alegre. V. 1. N.1.1999

MARSHALL. Margaret. **Marshall, c.j. Hillary goodridge & others vs. Department of public health & another**. Disponível em <http://masscases.com/cases/sjc/440/440mass309.html>. Acesso em: 08 de Outubro de 2015

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MILL, John Stuart. **On liberty**, fourth edition, LONDON: ONGMANS, GREEN, READER AND dyer. 1869. p. 207

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas S.A.,2004

NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and Utopia**. New York, Basic Books, 1974

Office Fédéral Des Assurances Sociales OFAS - (SUISSE). **Qu'entend-on par politique familiale?** Disponível em: <http://www.bsv.admin.ch/themen/zulagen/00058/index.html?lang=fr>. Acesso em: 12 de Outubro de 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scietifiche Italiane, 1991.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Artigo 226: In: BONAVIDADES, Paulo. MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1998**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PILON, José Almir. **Liberdade e Justiça – Uma Introdução à Filosofia do Direito em Kant e Rawls**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RAWLS, John. **O Direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P.206

RAWLS, John. **O Liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1993. 449 p

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1. ed. Lisboa: Martins Fontes, 2000. 708 p

RENDWANSKI, Marina Rodrigues. **O Conceito Jurídico de Família a Partir da Pluralidade de Figuras Existentes no Ordenamento Brasileiro Atual**. 2012, p. 71. Monografia de Conclusão para obtenção de Bacharel de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2007

RODRIGUES, Daniela Rosário. **Direito Civil**. Família e Sucessões. São Paulo: Rideel, 2011.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 2009, 349p.

SATURNINO, Clarissa Saraiva. In: **Revista Consulex**. Ano IX, n. 102, v. 9. p. 55-59. Brasília: Consulex, set. 2010.

SÁ. Geovânia de. **Minha Defesa é Baseada em Princípios Cristãos diz Deputada Catarinense Favorável ao Estatuto Da Família**. Disponível em: <http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/politica/noticia/2015/09/minha-defesa-e-baseada-em-principios-cristaos-diz-deputada-catarinense-favoravel-ao-estatuto-da-familia-4856316.html>. Acesso em: 19 de outubro de 2015.

SCHULTZ, Marjorie. **Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy**. California Law Review, Berkeley, n. 70, 1982.

VELLOSO JIMÉNEZ, Luisa. **La Regulación de la Familia em la Constitución de 1978 y su Protección Internacional**. Anuário de La Facultad de Derecho de Extremadura, nº2, 1983. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=813971>. Acesso em: 17 de Outubro de 2014.

VIDAL, Catalina Moragues Vidas. **El Derecho de Familia em España**. In: ONGHENA, Yolanda. **Ser juez em Marruecos y em España**, 2008. Disponível em: http://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/monografias/monografias/ser_juez_en_marruecos_y_en_espana. Acesso em 11 de Outubro de 2015.