

## O ESTATUTO DA FAMÍLIA SEGUNDO AS TEORIAS DA JUSTIÇA

Murilo Aparecido Lorençoni LIMA<sup>1</sup>  
José Artur Teixeira GONÇALVES<sup>2</sup>

**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. 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 a sua maneira, suas concepções de Justiça.

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

### 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 da Justiça, delimitando suas peculiaridades na visão de alguns filósofos.

As abordagens utilitárias de Jeremy Bentham e John Stuart Mill foram de preocupação desse artigo, isso devido à maneira como eles definiram o justo e o injusto, levando em conta para tanto a valoração do bem comum. Tais pressupostos

---

<sup>1</sup> Discente do 4º ano do curso de Direito no Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente, Bolsista do Programa Santander de Bolsas Ibero-Americanas, membro do Grupo de Estudos de Direito Internacional e Direitos Humanos, Estagiário na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. E-mail: murilolorenconi@gmail.com.

<sup>2</sup> Docente do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisa –NEPE, Coordenador na Extensão e Assuntos Comunitários - CEAC, orientador do trabalho. E-mail: nepe.coordenador@toledoprudente.edu.br

exerceram, e ainda exercem poderosa influência nos legisladores, e até mesmo nos cidadãos ordinários, restando, portanto, justificada a opção por 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.

A maneira como uma lei pode repercutir na vida daqueles que a ela são subordinados é tremenda, motivo pelo qual é necessário uma análise cautelosa sobre suas propostas, mesmo que essas ainda sejam um projeto de lei.

Este estudo representou parte de uma investigação maior acerca da Justiça, sendo uma parcela do Trabalho de Conclusão de Curso intitulado Teorias da Justiça e seus Reflexos Práticos. Ambos os trabalhos mencionados são de mesma autoria.

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.

Referida explanação a cerca 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 pela primeira, e considerou as ponderações de John Stuart Mill. A quinta parcela do trabalho abordou as estruturas utilitárias, levando em conta para tanto a noção de sermos donos de nós mesmos. A sexta etapa contou com as teorias de Immanuel Kant, e foi intitulada de: Justiça em Immanuel Kant – o motivo importa. A sétima fração, debateu a importância da situação inicial de equidade proposta por John Rawls, por sua vez, a oitava parte foi uma análise prática, onde todas as teorias de Justiça foram aplicadas em um caso concreto no ordenamento brasileiro. Por fim, a nona parte tratou da conclusão.

## **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.

## **3 O UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM**

O utilitarismo foi o escudo e a espada usados 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.

Michael J. Sandel (2009, p. 48) ensina acertadamente sobre o tema:

Maximizar a ‘utilidade’ é um princípio não apenas para o cidadão comum, mas também para os legisladores. 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: “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” (1979, p.3). Portanto, serão, de forma incessante, observados esses vetores durante a valoração da justiça no conceito utilitarista.

Exemplificando a ótica utilitarista, Michael J. Sandel 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. Dessa maneira, 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.

No referido caso, conveniente é a análise de Michael J. Sandel (2009, p. 51)

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 a algumas objeções, sendo as principais delas a desconsideração dos Direitos Humanos e a utilização dos valores como moeda comum.

### **3.1 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 exemplo, 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, referido autor ainda leciona (2009, p. 52):

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 funciona 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, 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, 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, iria economizar um montante de 147 milhões de dólares por ano (Apud Michael J. 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 conseqüências para a saúde pública e para o bem-estar social.

Ainda no que tange a visão utilitarista sobre o tema, supracitado autor leciona:

Entretanto, um utilitarista não negaria a relevância dessas conseqüências 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.

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.

#### **4 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.

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.

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.

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 pelo qual 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, acertadamente, traz outro exemplo para ilustrar as ideias de John Stuart Mill. Em sua obra Justiça do ano de 2009, Sandel 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 sentido que Mill propõe maximizar a utilidade em 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 mostra-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 fator 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 viram a ser uma imposição para a sociedade, diminuindo o senso de liberdade, o que eventualmente seria causador de dor, e, afastador da felicidade (utilidade).

Mill também sustentava a posição de que “a sociedade que força seus membros a abraçar costumes e convenções está sujeita a cair em um conformismo ridículo, privando-se da energia e da vitalidade que promovem o avanço social” (Ibidem).

Embora explicativos, os argumentos de Mill podem esbarrar em obstáculos, como exemplificativamente, 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 como cita Michael J. Sandel (Ibidem) a sociedade que o faz por meios despóticos. Seguindo a lógica utilitária, com a felicidade maximizada, poderíamos concluir que tais sociedades 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, apud Michael J. Sandel (2009, 66):

Mill admite que seguir convenções pode levar uma pessoa a um caminho na vida satisfatório, que a manterá longe de perigos. “Entretanto, qual será seu valor comparativo como ser humano?” pergunta ele. “É realmente

importante considerar o que os homens fazem, mas também que tipo de homens são para fazer o que fazem”

Nesse sentido 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.

## **5 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. No Brasil em especial, a grande maioria da população sofre com entraves financeiros, em decorrência de uma minoria que detêm maior poder econômico.

Tendo por base a ótica utilitária estudada até o presente momento, a maneira que maximizaria a felicidade de todos, seria uma distribuição da riqueza equânime entre os membros da sociedade. 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.

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.

Tal estudioso, 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, e tais ideais arquitetam-se em três grandes pilares. 1) Não preocupar-se com Legislações Morais, 2) Repúdio a Redistribuição de Renda e 3) Não proteger o homem de si mesmo.

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.

## **6 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.

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

Kant era um opositor a corrente utilitarista, bem como a 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. Da mesma maneira 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.

A grande repudia de Kant ao utilitarismo esta no fato, de que para ele, (2 Apud Michael J. Sandel , 2009, p.56.) “fazer um homem feliz, é muito diferente de fazer dele um homem bom”, ele atribui a moralidade, e conseqüentemente a justiça, a um instituto chamado por ele de “pura razão prática”.

Para ele 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.

### **6.1 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 conseqüências que dela advêm. 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.

Exemplificativamente, 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:

a) Um empresário, dotado de toda a boa fé e portando uma empatia, sensibiliza-se com a causa defendida por uma 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, era fazer a coisa certa, era esse seu dever. Ele assim agiu simplesmente por que era o que deveria ser feito naquele momento. Ele não apenas fez a coisa certa, mas ele fez coisa certa pelo motivo certo.

b) 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 maneira, 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 inclinou-se a motivos de benefício próprio. Seu ato não é considerado moral, e não pode então ter um caráter justo.

Nesse sentido, a filosofia moral de Kant preocupa-se mais com o motivo da ação, e não com o reflexo prático da mesma.

## **7 JOHN RAWLS – A SITUAÇÃO INICIAL DE EQUIDADE**

Nascido em 1921, O Professor de Filosofia Política na Universidade de Harvard, John Rawls, foi o autor da celebrada obra “Uma teoria da Justiça”.

A indagação sobre como elucidar questões relacionadas a 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.

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.

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.

Segundo John Rawls (2000, p. 19):

Afirmo 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 fato 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.

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, enquete sobre o Estatuto da Família (explana melhor abaixo) em referido pacto. Se os eleitores soubessem suas características, aqueles que fossem beneficiados com tal projeto de lei, tenderiam a escolhê-lo como uma medida que seria a manifestação da igualdade de armas na sociedade. Em derradeiro, aqueles que não gozariam de tal benesse, tentariam fugir dela, 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, um desequilíbrio nos pratos de Themis.

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 desprenda-se das correntes da intolerância, tendo de usar a empatia, e sobrepesar a situação como um todo: “Não posso ser contra as cotas, porquê posso precisar delas”, “Não posso eleger um principio contra as minorias étnicas ou sexuais, porquê posso fazer parte delas”

Rawls (1993, p. 24) afirma que as condições pessoais do ser, podem influenciar claramente em suas escolhas:

Se o conhecimento de particularidades é permitido, o desfecho é prejudicado por contingências arbitrárias (...) Se a posição original é chegar a acordos justos, as partes devem estar situadas de forma justa e ser tratadas igualmente como pessoas morais.

A maneira de pensar de John Rawls rechaça os pilares utilitários, isso porque qualquer individuo ficaria receoso em considerar o sofrimento da minoria em detrimento da felicidade da massa, afinal, quando se esta 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 individuo 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.

## **7.1 Quais princípios escolher? – O princípio da diferença.**

Partindo das concepções de John Rawls, quais seriam então, os princípios adequados a serem eleitos pelos indivíduos?

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 acertados 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.

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 dispõe:

**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, o critério de exclusão do Estatuto da Família ao definir núcleo familiar seriam medidas justas? Ou, por celebrarem o tratamento diferenciado das pessoas, seriam manifestação da injustiça?

A resposta a tais indagações esta 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.

Ralws (1993, p. 17) 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 maneiras 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. A estrutura básica da sociedade pode ser elaborada de forma que essas contingências trabalhem para o bem dos menos afortunados.

Exemplificando tal sistemática, seria aceitável um profissional ter um ordenado muito elevado em comparação a outra, 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

## 8 ESTATUTO DA FAMÍLIA E AS TEORIAS DA JUSTIÇA

No Brasil, o Projeto de Lei 6583/13 cria o Estatuto da Família, referida proposta foi alvo de ferverna discussão no que tange a sua equidade. Tal projeto pretende dar um conceito ao que seria família.

O plano 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 votação ainda, e, concomitante a isso, foi aberto uma enquete para saber a reflexão social de tal conceituação. A Enquete viabilizava o posicionamento contrario ao conceito, ou a favor do mesmo.

Segundo dados do *web site* da câmara, 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.

Da leitura de referido dispositivo, podem-se extrair dois requisitos 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. Esse é um exemplo fático, de um caso em que a não cautela na elaboração ou estruturação de um conceito, pode materializar-se como óbice a justiça.

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, elencam-se situações práticas, como por exemplo: se em determinado ponto da vida, um individuo solteiro, resolva adotar

uma criança, esse seria excluído do conceito de núcleo familiar proposto, e conseqüentemente, estaria de fora de eventuais benefícios que o governo disponibiliza para aqueles que entendem englobar no conceito de família. O sujeito do exemplo acima, não estaria coberto pelo primeiro requisito, pois 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.

Em sentido com essa situação, dispõe a Declaração Universal de Direitos Humanos:

#### **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 senso, entender que nubentes podem ser todos os sujeitos de direitos, quais sejam os cidadãos.

Reconhecer isso implica aceitar que todos possuem os mesmo direitos, e mais, que não podem ser privados de tais direitos. Sob pena de receberem um tratamento diferente dos demais, ferindo assim, a Declaração Universal de Direitos Humanos.

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.

Diante de tamanha repercussão no seio social, faz-se oportuno analisar o caso com base nas teorias explanadas.

Tendo como ponto de partida uma posição utilitária, Jeremy Bentham sustentaria que, embora uma minoria da população (48%) seria afetada com a aprovação do Projeto de Lei, a maioria, seria satisfeita, e dessa maneira, a felicidade geral seria maximizada. Sendo, portanto, aos olhos utilitaristas, uma proposta que não fere a Justiça.

De outra banda, John Stuart Mill, elencaria que, embora minoritária, a opinião dos 48% dos brasileiros não deveria ser descartada, para a felicidade dos 51%. Isso porque, em 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, enfocando 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, onde há um espaço maior para hospedar a Justiça.

Immanuel Kant advogaria em razão do motivo, indagaria o motivo de criar-se tal estatuto, com tal redação. Caso a redação tenha como objetivo segregar as minorias que não seriam abrangidas pelo conceito de família, então, esse motivo não estaria coberto pelo dever de agir da maneira certa, e seria portanto, relacionado com os motivos de inclinação, uma vez que estaria exclusivamente atendendo aos interesses das pessoas que participaram da celebração do estatuto, e não ao bem coletivo.

Os libertários sustentariam que o Estado deve preocupar-se exclusivamente com o cumprimento dos contratos e com a fiscalização da violência. Sendo assim, questões de cunho moral, como essa proposta, não seria do interesse do Estado.

John Rawls 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.

Em suma, para respeitar a igualdade, a liberdade, e para poder ser coberto pelo véu da equidade, a redação mais acertada, que acarretaria um cunho moral mais elevado seria a seguinte: *Para os fins desta Lei, define-se entidade*

*familiar como o núcleo social formado a partir da união entre dois 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.

## **9 CONCLUSÃO**

O escopo imediato deste artigo foi analisar os aspectos inerentes a algumas teorias da Justiça.

Teceu-se apertados comentários sobre os precedentes históricos do referido tema, citando de maneira rápida alguns autores que nele dedicaram seus esforços.

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.

Referida análise dedicou-se a dialogar as idéias dos chamados libertários, fazendo apertados comentários sobre o pensamento de Robert Nozick bem como de John Rawls.

E por fim, mencionada pesquisa preocupou-se em harmonizar o campo das idéias com o mundo dos fatos, através da interpretação e análise de alguns casos práticos propostos pelo Professor Michael J. Sandel.

## **REFERÊNCIAS**

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito os Conceitos Fundamentais e a Tradição Jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BENTHAM, Jeremy. **Os pensadores: Jeremy Bentham John Stuart Mill**. São Paulo: Editora Abril, 1979.

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

BRASIL. Projeto de Lei 6.583/2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em:  
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>  
Acesso em 10 set. 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS.  
**Declaração universal dos direitos humanos**: 1948-1998. Brasília: Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações da Câmara dos Deputados, 1998.

CONCEITO de núcleo familiar no Estatuto da Família. Disponível em:  
<http://www2.camara.leg.br/agencia-app/votarEnquete/enquete/101CE64E-8EC3-436C-BB4A-457EBC94DF4E>. Acesso em: 10 set. 2014

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: 10 set. 2014

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

SANDEL, Michael J. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.