XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO II

FERNANDO DE BRITO ALVES

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488
Filosofia do direito II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Fernando De Brito Alves, José Alcebiades De Oliveira Junior, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-190-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia do Direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO II

Apresentação

Os trabalhos apresentados no GT Filosofia do Direito II, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, em Brasília, e que ora compõem este livro, manifestam com vigor o avanço das discussões de Filosofia do Direito na comunidade acadêmica do Direito em nosso país, bem como expressam o avanço da metodologia jurídica em pesquisa jusfilosófica, conceitual, histórica e doutrinária, bem como atualizada e condizente com o grande número de autores que trabalham o Direito do ponto de vista filosófico hoje no mundo. É notável, portanto, neste sentido, o fato de que nunca estudamos e pesquisamos tanto no campo da Filosofia e da

Filosofia do Direito como estamos fazendo hoje em nosso país. Agrupar esses trabalhos sob o teto de alguns rótulos mais genéricos poderia ser feito, mas neste momento optamos por um comentário de tom mais mais orgânico e relativo aos trabalhados apresentados por ocasião do evento.

Assim, diante da diversidade temática e não fugindo à tarefa, chegamos às seguintes observações e a consequente estruturação desta obra:

1 - Vários autores importantes da filosofia geral foram incorporados pelos pesquisadores às suas análises da problemática jurídica e portanto de Filosofia do Direito, dentre os quais são exemplos Foucault, Arendt e Gadamer, assim como vários autores de Filosofia do Direito em sentido estrito, dentre os quais Pachukanis, Kelsen, Rawls, Possner e Alexy, e que tornaram possível o incremento de um importante debate de Teoria do Direito sobre diferentes ângulos e com certeza um bom livro para o deleite de seu leitores. Utilizando-nos de expressões de Norberto Bobbio, filósofos com interesse jurídico, e juristas com interesse filosófico.

2 - De outra parte, e procurando detalhar algumas das importantes discussões conduzidas pelos pesquisadores deste Grupo, quanto a Michel Foucault pode-se

dizer que o leitor encontrará aqui uma interessante discussão sobre as questões de poder, disciplina e biopoder, bem como poderá encontrar um paralelo das discussão do poder em Foucault em face das propostas de Hannah Arendt. Também, de maneira interessante o leitor encontrará neste grupo uma interessante digressão das teorias de Hans Gadamer e sua

proposta hermenêutica como uma forma de enfrentamento ao atual pan-principiologismo brasileiro, com comentários interessantes sobre o círculo hermenêutico e as pré-compreensões.

3 - No campo das análises mais estritas de filosofia jurídica o leitor encontrará, primeiramente, um debate entre as teorias liberais e próprias ao mundo capitalista, versus teorias ditas mais engajadas e socialistas, tal como é demonstrado com o debate entre Pachukanis e Kelsen, autores já muito conhecidos na academia, sobretudo Kelsen, num trabalho que visa associar forma e conteúdo no Direito. Em sequência, o leitor encontrará dois textos sobre John Rawls, reconhecidamente o autor mais importante no resgate das relações entre o Direito e os valores e a moral, após décadas de tentativas de isolacionismo do fenômeno Jurídico com essas ligações valorativas, e que principalmente haviam sido levadas adiante também por Hans Kelsen, dentre outros. Completam as reflexões de uma abordagem mais em sentido estrito de uma filosofia jurídica, importantes discussões levadas adiante a partir de Richard Possner sobre as relações entre o Direito e os seus custos, custos e benefícios em um estudo sobre as problemáticas do Tribunal do Juri. Finalmente, o leitor encontrar neste livro uma importante discussão sobre "princípios", formas de expressão do fenômeno jurídico que se notabilizaram no Direito brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, em uma análise de sua importância para discussões sobre os Direitos Fundamentais, como é exemplo o Direito à moradia.

Enfim, acreditamos que o leitor possui em mãos uma obra bastante rica em suas discussões de Filosofia do Direito, a qual recomendamos com prazer a todos os interessados pelo mundo acadêmico. Nossos cumprimentos aos autores que a integram, e nossa mensagem de otimismo para que continuem pesquisando.

Fernando De Brito Alves - Universidade Estadual do Norte do Parana

José Alcebiades De Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Matheus Felipe De Castro - Universidade Federal de Santa Catarina

JUSTIÇA COMO EQUIDADE E A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA: UMA ANÁLISE ACERCA DAS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DE JOHN RAWLS PARA O RECONHECIMENTO DA PLURALIDADE FAMILIAR

JUSTICE AS FAIRNESS AND THE CONTEMPORANY FAMILY: AN ANALYSIS ABOUT JOHN RAWLS' THEORY CONTRIBUTIONS TO THE RECOGNITION OF FAMILY'S PLURALITY

Beatriz Ferreira de Almeida [1]
Maria Dos Remédios Fontes Silva [2]

Resumo

O artigo propõe uma análise acerca do reconhecimento de formas atípicas de família, a partir de contribuições extraídas da teoria da justiça como equidade de John Rawls. Apresenta a concepção de Rawls acerca da família, desenvolvida após as contribuições de Susan Okin. Expõe a evolução do conceito de família nas sociedades ocidentais até chegar à noção contemporânea de entidade familiar. Reflete acerca das contribuições que podem ser extraídas para o campo jurídico-dogmático. Conclui pela interpretação ampla do texto constitucional e pela necessidade de criação normativa de instituições que garantam direitos básicos a essas formas de família.

Palavras-chave: Justiça como equidade, Família contemporânea, Uniões homoafetivas, Uniões poligâmicas

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the problem about the recognition of atypical forms of Family, from the John Rawls' theory of justice as fairness. It presentes Rawls' concept of Family, developed after Susan Okin contributions. Shows the evolution of family's concept in western societies to its contemporany notion. Interprets the issue from the political focus of Rawls' theory, reflecting about the conclusions that can be extracted to the legal-dogmatic field. Concludes that the Constitution should be interpreted broadly; also that there is a need for institutions that can ensure basic rights for these forms of Family.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Justice as fairness, Contemporany family, Homossexual and polygamous unions

---

[1] Advogada. Especialista em Residência Judicial pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Aluna do curso de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

[2] Doutora em Direitos humanos pela Université Catholique de LYON – França. Pós-Doutora pela Université Lumière LYON II – França. Coordenadora da PPgD-UFRN. Professora Titular do Curso de Direito da UFRN.

1 INTRODUÇÃO

Muitas das questões jurídicas da atualidade podem ser discutidas a partir de teorias filosóficas-políticas, capazes de fornecer um novo olhar sobre o cotidiano social. Para o presente estudo, a teoria da justiça como equidade foi a escolhida com vistas a uma análise de uma problemática das mais relevantes: o reconhecimento de formas de família para além daquelas previstas expressamente no texto constitucional, como é o caso das uniões homoafetivas e as poligâmicas.

Trata-se de um tema constantemente alvo da atenção midiática e do reiterado estudo dogmático-jurídico, mas que muito pode aproveitar do pensamento político de Rawls. A partir da teoria da justiça como equidade, será apresentada a visão de Rawls do que seria uma sociedade democrática bem ordenada e os princípios que regeriam sua estrutura básica, isto é, as principais instituições e a forma como interagem na formação de um sistema de cooperação social.

Um dos elementos dessa estrutura é a família, razão pela qual a sua análise não passou despercebida na obra de Rawls, que, sobretudo após as contribuições de Susan Okin, tratou, ainda que não tão profundamente, sobre a aplicação dos princípios de justiça externa e internamente às relações familiares. Nessa senda, as ideias iniciais de Rawls quanto à família e o seu conceito serão apresentadas, servindo de norte para uma leitura com o conjunto de sua teoria da justiça como equidade.

Mostrar-se-á, em seguida, a evolução da família nas sociedades ocidentais, sobretudo a forma como a sua compreensão foi – e continua sendo – afetada por fatores externos, como o desenvolvimento dos Estados ou os conceitos morais e religiosos dominantes. Como reflexo desse processo evolutivo, a família chega aos seus contornos atuais, com uma realidade fática cada vez mais plural: a busca pela felicidade particular que não se amolda a um modelo único de entidade familiar. Apresentar-se-á, pois, a forma como a busca pelo reconhecimento e a proteção do Estado dessas formas “diferentes” de família é enfrentada no plano jurídico, com enfoque no cenário nacional.

Por último, a problemática política e jurídica acerca dessa busca por reconhecimento será refletida a partir dos conceitos antes delineados da teoria da justiça como equidade de Rawls, cujas contribuições ultrapassam apenas o ambiente político, vindo também a servir como norte para os obstáculos jurídicos à inclusão de uniões homoafetivas e poligâmicas, sobretudo a partir da aplicação dos princípios de justiça.

2 JOHN RAWLS E SUA TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

A teoria de justiça de Rawls foi apresentada pela primeira vez por meio da obra denominada “Uma teoria da justiça”. O autor se posicionou como um contraponto à filosofia utilitarista, uma alternativa para a concepção de justiça social (RAWLS, 2008). Tornou-se, a partir de então, referência para o campo da filosofia, sobretudo pela atualidade perene com a qual são revestidas suas ideias.

Em um primeiro momento, a justiça como equidade rawlsiana aparentava ter pretensões de ser uma visão liberal abrangente, porém as críticas e questionamentos direcionadas a sua teoria fizeram-no revisitá-la, tendo o autor apresentado em “Liberalismo Político” uma concepção política da justiça como equidade, desvinculada de qualquer doutrina filosófica (WELTER, 2001).

A partir de então, a teoria de justiça de foi paulatinamente aprofundada, permitindo-se Rawls refletir acerca de sua aplicabilidade sobre diversos temas como o da democracia, instituições econômicas e até mesmo a família, sobre a qual se debruça o presente artigo. Muitos de seus ensaios e palestras que abordam tais frentes foram reunidos no livro “Justiça como equidade: uma reformulação” (2003), razão pela qual optou-se por utilizá-lo como referência para traçar pontos gerais da teoria da justiça de Rawls.

Sua teoria tem como fim traçar o arcabouço dos princípios que devem reger uma sociedade bem ordenada, regulada por uma concepção pública de justiça. A conclusão a que chegou Rawls do que seria uma sociedade justa, de cooperação social, é resultado de uma ficção, que o autor chamou de posição original.

Na posição original, certos indivíduos figuram como partes que irão firmar o contrato social[1]. Eles estariam cobertos pelo chamado véu da ignorância. Desconheceriam as circunstâncias da posição que iriam ocupar futuramente naquela sociedade. Não fariam ideia de qual o seu sexo, crença, a cor da sua pele, a sua origem familiar, a profissão exercida, etc.

Pressupõe Rawls se tratarem esses indivíduos de seres racionais, uma metáfora do que seriam “os representantes racionais de cidadãos livres e iguais” (RAWLS, 2003, p. 115). Sua racionalidade é entendida sob o viés da relação entre meios e fins: o ser racional é capaz de buscar os meios mais eficientes para atingir os fins últimos que pretende alcançar, a alternativa

[1] Pode-se perceber nesse ponto a influência contratualista por trás da teoria de Rawls. A expressão “contrato” utilizada pelo autor, segundo Werle, “traz em si as ideias de aceitabilidade razoável e de publicidade dos princípios de justiça”. Para ele, Rawls, em justiça como equidade, “retoma a tradição do contrato social, tal como expressa em Locke, Rousseau e Kant”, ainda que de maneira parcial. (WERLE, 2010).

mais propícia para tanto e, ainda, aquela que possibilite o alcance do maior número possível desses fins.

A sua racionalidade é somada à representação dos demais cidadãos. As partes, na posição original, atuam, pois, como representantes da sociedade, de modo a garantir "os interesses fundamentais daqueles que representam" (RAWLS, 2003, p. 118). Seu agir não deve ser considerado puramente egoísta, porém não deve desconsiderar a preocupação com suas liberdades e oportunidades para poderem realizar seu bem pessoal. Justamente por isso o véu da ignorância é essencial no modelo rawlsiano de justiça, eis que o desconhecimento quanto às circunstâncias essenciais de sua vida política levaria os indivíduos na posição original a optar por princípios de justiça que garantam a maior equanimidade possível.

A escolha dos princípios feita pelos indivíduos imaginados por Rawls não se dá de maneira aleatória. Na posição original, é lhes dada uma lista de bens primários que Rawls considera essenciais para a vida em sociedade. Não se tratam de ideais de doutrinas morais abrangentes, de concepção de um bem individual, mas sim de "coisas que as pessoas precisam enquanto cidadãos, e não como seres humanos alheios a qualquer concepção normativa" (RAWLS, 2003, p. 124).

Apresentada essa lista, as partes sob a condição do véu da ignorância irão fazer sua opção por meio de um raciocínio comparativo entre duas alternativas por vez. É interessante notar que a comparação que imaginou Rawls ser feita pelos indivíduos se daria entre os ideais liberal e utilitarista, representados pelos seguintes cenários: 1) uma sociedade como sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos livre e iguais; 2) uma sociedade como sistema social organizado com o intuito de produzir o bem máximo considerando-se todos os seus membros, sendo que esse bem é um bem completo especificado por uma doutrina abrangente (RAWLS, 2003).

Para a concepção número um, acima citada, há um desdobramento entre os princípios de igualdade e de reciprocidade (este que comporta o princípio da diferença). Os dois são analisados em contraposição ao ideal utilitarista de utilidade média. A utilidade média significa que "as instituições da estrutura básica devem ser ordenadas de forma a maximizar o bem-estar médio dos membros da sociedade, a começar do presente e projetando-se para o futuro previsível" (RAWLS, 2003, p. 136).

A regra "maximin" é um conceito importante nesse primeiro momento de escolha, não por ser ela uma forma de raciocínio indispensável às conclusões a que pretende chegar Rawls na primeira comparação feita; mas sim porque é uma linha heurística que direciona a escolha pelos princípios da liberdade/igualdade. "Maximin" significa que "devemos identificar o pior

resultado de cada alternativa disponível e então adotar a alternativa cujo pior resultado é o melhor do que os piores resultados de todas as outras alternativas" (RAWLS, 2003, p. 127).

Em meio a um cenário de incertezas, como é o caso da posição original, a regra do "maximin" sobressai. Os indivíduos que desconhecem as suas futuras condições em meio à sociedade, tendem a analisar as possibilidades a partir da pior situação possível, de modo que ela esteja também acima dos níveis toleráveis. Um exemplo serve para ilustrar o explicado: se uma pessoa não sabe que crença professará, a racionalidade impõe que ela escolherá um princípio que, na pior das hipóteses, assegure a sua liberdade de crer; um Estado que não proíba nenhum tipo de fé.

O "maximin" faz prevalecer, então, na primeira comparação, a opção pelos princípios da liberdade e igualdade em detrimento da utilidade média, uma vez que esta última apenas se preocupa com o bem-estar médio social e, por consequência, não traz preocupação com as "extremidades" existentes em uma sociedade, como é o caso das minorias. Ao contrário, uma sociedade que tem como princípio basilar a liberdade e igualdade dos seus integrantes permite a garantia de um mínimo a todos em níveis toleráveis, aceitáveis pelas partes cobertas sob o véu da ignorância.

A segunda comparação essencial feita pelas partes se dá entre o princípio da diferença e, novamente, o da utilidade média. Ela já parte do pressuposto de que os indivíduos fizeram a opção pelo princípio da igualdade/liberdade e, agora, devem selecionar aquele que irá regular as desigualdades sociais e econômica da sociedade futura.

Desigualdades são inevitáveis em qualquer sociedade, eis que alguns indivíduos são dotados de talentos naturais, posições sociais iniciais privilegiadas, sorte boa ou má em suas escolhas. A abordagem quanto a essas diferenças é importante em termos da justiça como equidade, pois se preocupa quanto à garantia de um mínimo que assegure a harmonia entre as pessoas.

Nesse contexto, Rawls defende que a aplicação do princípio da diferença é a resposta mais razoável para a promoção do equilíbrio social. Esse princípio se baseia em três pilares de sustentação: a publicidade, a reciprocidade e a estabilidade. A publicidade está ligada à ideia de uma sociedade sem ideologia, com liberdade de pensamento e liberdade de consciência, em que os indivíduos são capazes de investigar e refletir racionalmente. Ela fornecerá os subsídios para a reciprocidade. Postos na posição original, os cidadãos livres e iguais não teriam razão para escolher outra alternativa senão aquela em que os bens sociais (talento, origem familiar, boa sorte) sejam usufruídos mediante um compromisso de beneficiar a todos, inclusive os menos favorecidos. Há, implicitamente, a noção de partilha.

Por fim, somente com a criação de instituições que assegurem os meios de reciprocidade entre os indivíduos é que poderá ser considerada estável a sociedade equânime. O último pilar antes mencionado – a estabilidade – é uma das preocupações de Rawls, eis que é possível se presumir que, se aquelas pessoas em melhores condições assumissem uma posição dominante na estrutura da sociedade, favorecer-se-ia a violação dos termos de cooperação ou renegociação dos termos do contrato social, desta vez sem o véu da ignorância da posição original e, portanto, com maiores possibilidades de as partes "dominantes" ganharem em seus pleitos.

A publicidade, a reciprocidade e a estabilidade, somadas, compõem o princípio da diferença que, segundo Rawls, é capaz de regular as desigualdades econômicas e sociais de maneira mais adequada do que a utilidade média, garantindo o mínimo razoável para todos os indivíduos de maneira segura. O que seria, então, esse mínimo? O conceito apresentado por Rawls é baseado no estado de bem-estar capitalista, é aquele que "cubra das necessidades essenciais para uma vida humana decente" (2003, p. 182).

Pode-se, então, resumir a linha de raciocínio seguida por Rawls na criação da ficção da posição original: o desconhecimento quanto às circunstâncias de sua vida em sociedade, os indivíduos fariam a escolha por dois princípios de justiça – o da liberdade/igualdade e o da diferença.

São eles que irão reger a estrutura básica de uma sociedade justa e equânime, sendo esta estrutura básica entendida como "a maneira como as principais instituições políticas e sociais da sociedade interagem formando um sistema de cooperação social, e a maneira como distribuem direitos e deveres básicos e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social no transcurso do tempo" (RAWLS, 2003, p. 13). Para Rawls, então, os princípios de justiça se aplicam ao espaço público da sociedade, regendo a vida dos indivíduos enquanto cidadãos e garantido instituições livres e a convivência entre doutrinas morais abrangentes (até mesmo as conflitantes).

Nota-se que há uma preocupação de Rawls em manter a separação entre os espaços público e privado. Está relacionada também à separação feita pelo autor entre os planos da sociedade e da comunidade. Quando se fala em comunidade, está a tratar de um agrupamento de pessoas ligadas por interesses particulares. Em uma sociedade, porém, o objetivo da ligação entre as pessoas é o bem comum.

Nessa linha, em uma sociedade o consenso é um elemento imprescindível, uma vez que a mesma comporta a coexistência entre noções distintas de "bem". Os cidadãos, apesar de buscarem a mesma concepção política de justiça, podem fazê-lo por razões distintas, porquanto

têm opiniões religiosas, filosóficas e morais variadas. Essas doutrinas morais abrangentes, no entanto, não são conflitantes com o ideal de politicamente "justo" e, a partir desse ideal comum, é que se pode chegar a um consenso entre os indivíduos (consenso sobreposto).

Mais importante para o presente estudo é ressaltar que o ideal de justiça rawlsiano está fundado em uma teoria aplicável ao espaço público de uma sociedade plúrima, sobretudo quando se estar a tratar de noções particulares de bem ou do que seria uma vida boa. Este é um aspecto imprescindível quando se estar a tratar da instituição da família, por ser ela uma formação humana na intersecção entre os espaços públicos e privados e, mais ainda, conectada com as mais diversas concepções morais.

2.1 A CRÍTICA FEITA POR SUSAN OKIN

Anteriormente, quando se apresentou a linha evolutiva da obra de Rawls, falou-se no surgimento de questionamentos e críticas no espaço acadêmico. Uma delas foi feita por Susan Okin, estudiosa do feminismo, que travou com Rawls um diálogo acerca das repercussões de sua teoria sob institutos como a família e as relações de gênero que a integram.

A discussão iniciada por Okin voltou-se à separação entre as esferas do público e privado a sua consequência nefasta na desigualdade das relações entre os gêneros feminino e masculino, com a opressão feminina ocultada pela ideia de relações "privadas" e, portanto, alheias à proteção estatal, condenadas à invisibilidade. Segundo a autora, a teoria de justiça de Rawls endossa a crítica feminista quando a separação entre a dicotomia público-privado é afastada, permitindo a aplicação dos princípios de justiça também às relações intrafamiliares, sobretudo às relações de gênero dentro da família.

Para Okin, a família é a escola primeira dos indivíduos quanto à justiça. No entanto, na prática, é o *locus* em que se inicia e perpetua a opressão feminina, representada pela divisão do trabalho, sendo a mulher a responsável pela criação dos filhos, à manutenção do lar, enquanto o homem se apresenta como o "chefe" de família, aquele que provê e, por isso, ocupa uma posição superior nas relações familiares.

Em "Uma teoria da justiça", Rawls apresenta a família monogâmica como um dos principais pilares da sociedade bem ordenada, eis que nela se dá o desenvolvimento moral dos cidadãos, a partir do exercício da autoridade dos pais, sem distinção de gênero (BIROLI, 2010). Há, no entanto, um recuo em seu pensamento em "Justiça como equidade", quando vem a explorar aquelas instituições que considerou componentes de uma estrutura básica justa.

Embora reitere a sua função essencial na constituição da sociedade, sobretudo em razão do seu papel reprodutor e, portanto, perpetuador dos indivíduos, Rawls esclarece que:

> (..) nenhuma forma particular de família (monogâmica, heterossexual ou outra) é exigida por uma concepção política de justiça desde que seu arranjo permita a realização efetiva dessas tarefas e não entre em conflito com outros valores políticos. (RAWLS, 2003, p. 231).

Como resposta aos apontamentos de Okin, Rawls esclareceu que os princípios de justiça devem ser aplicados aos membros integrantes das entidades familiares enquanto cidadãos, garantindo-lhes igualdade de tratamento e oportunidade. Os mesmos princípios, contudo, não poderiam necessariamente serem obrigatórios nas relações internas das famílias, porquanto não seria possível se conceber tal exigência, por exemplo, no tratamento entre pais e filhos: não obstante os pais devam seguir certas noções de equidade no seu agir, não podem ser compelidos a agir democraticamente em seu múnus parental.

O ponto mais expressivo para a análise ora proposta da interlocução estabelecida entre Rawls e Okin, porém, foi a provocação de o esclarecimento feito pelo primeiro autor quanto ao seu entendimento do conceito de família, reflexo, sobretudo da incidência dos princípios de justiça sob um instituto tão importante da sociedade. Deixa-se de lado, então, a discussão acerca das relações de gênero ou a opressão do sexo feminino pelo masculino, para focar em um ponto central: a coexistência na sociedade entre os mais diversos arranjos familiares.

Bem se vê que Rawls não chegou a exaurir o tema, eis que a parte IV do livro "Justiça como equidade: uma reformulação" é uma das mais inacabadas do livro que, segundo anuncia Erin Kelly, responsável por sua organização, aquele autor não conseguiu trabalhar no manuscrito em seu estágio final[2]. O próprio Rawls deixa claro que "Os objetivos dos comentários que seguem sobre a família são modestos: apenas indicam porque os princípios se aplicam à família, mas não indicam de forma detalhada o que esses princípios exigem" (2003, p. 230).

Há escrito, então, apenas um traçado inicial do que seria a aplicação da teoria da justiça de Rawls à questão da pluralidade familiar, em especial à inclusão de arranjos familiares polêmicos, como é o caso das uniões homoafetivas e das uniões poligâmicas, no arcabouço jurídico estatal.

---

[2] Consta na introdução à obra *Justiça como equidade:* "Por motivos de doença, Rawls não pôde trabalhar o manuscrito em seu estágio final, conforme planejara. Ainda assim, a maior parte do manuscrito estava quase completa. As partes IV e V são as mais inacabadas, e com mais tempo, Rawls certamente teria podido termina-las e integrá-las melhor às três primeiras". (RAWLS, 2003, Introdução, XIII).

2.2 COMPREENDENDO A FAMÍLIA A PARTIR DA TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

A família desempenha um papel de destaque na teoria política de Rawls. É um dos componentes da estrutura básica da sociedade, estando os seus membros tanto integrados em uma instituição de natureza pública, quanto em uma associação de natureza particular (QUEIROZ, 2008). Encontra-se, pois, no encontro da dicotomia entre o espaço público e o privado, podendo ser enxergada por ambos os vieses.

Em seu lado privado, a família é comparada por Rawls a outras associações, como é o caso das igrejas, universidades, associações profissionais ou científicas, empresas ou sindicatos. O autor quer demonstrar que, internamente, às relações entre membros de uma entidade familiar não se pode exigir a aplicação direta dos princípios de justiça. Não há a exigência, por exemplo, de que haja eleições daqueles que irão "administrar" determinado núcleo familiar, tampouco deverão os pais respeitar o princípio da diferença no tratamento de seus filhos. Os princípios de justiça têm a sua incidência sobre as famílias apenas de maneira indireta. Significa dizer que, ao se aplicarem sobre a família como instituição, aqueles princípios asseguram aos seus membros, enquanto cidadãos, "direitos e liberdades básicos e oportunidades equitativas" (RAWLS, 2003, p. 233).

Daí se vê estar presente também o lado público da família por ser ela também instituição social. Desempenha, na visão de Rawls, funções essenciais: a) ser base da produção e reprodução ordenadas da sociedade e de sua cultura de uma geração para outra; b) providenciar de maneira razoável e eficaz a criação e o cuidado dos filhos, garantido seu desenvolvimento moral e sua educação para a cultura mais ampla.

A função reprodutiva, é, pois, para Rawls, uma função central na família, no mister de perpetuar a sociedade. Da mesma forma, tem importância na medida em que é no seio familiar em que se tem parte significativa da formação dos futuros cidadãos que irão compor essa sociedade. Apesar de ressaltar tais funções, Rawls segue suas considerações acerca da família afirmando que nenhuma forma particular de família – monogâmica, heterossexual ou outra – é exigida por uma concepção política de justiça, desde que obedeça aos deveres de uma vida familiar ordenada e de educação dos filhos.

Parece contraditório fixar o dever reprodutivo como um dos objetivos primordiais de uma entidade familiar e, ao mesmo tempo, defender que a concepção política de justiça admite uniões como a de pessoas entre o mesmo sexo, já que esses arranjos são biologicamente inaptos para a geração de filhos entre um casal.

Aqui, parece fazer falta a completude da obra “Justiça como equidade: uma reformulação”, para que o autor pudesse abordar o tema com mais profundidade. Deixa a oportunidade, por outro lado, para que uma leitura do conjunto da teoria rawlsiana de justiça em busca de respostas acerca do pensamento do autor sobre o tema da família e suas mais diversas formações.

Mais uma vez, há que ser recordada a natureza política de sua teoria, que serviu ao estudo de uma democracia constitucional moderna e dos princípios que irão reger a sua estrutura básica (RAWLS, 1985). Esses princípios são escolhidos de maneira equitativa – a posição original – e, consequentemente, são equitativos (WELTER, 2001).

Na posição original, o desconhecimento dos indivíduos acerca da sociedade em que estarão inseridos e das condições que lhes pertencerão é a garantia dessa equanimidade e imparcialidade na escolha. Pressupõe-se, então, que o cenário de incerteza em que são colocados lhes levaria a optar pelos seguintes princípios: 1. Cada pessoa tem direito a um igual esquema plenamente adequado de direitos e liberdades básicas iguais, sendo esse esquema compatível com um esquema similar para todos. 2. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, elas devem estar ligadas a cargos e posições abertos a todos em condições de justa igualdade e oportunidade; segundo, elas devem beneficiar maiormente os membros menos favorecidos da sociedade (RAWLS, 1985).

O próprio Rawls afirma a prevalência do primeiro princípio (igualdade/liberdade) sobre o segundo (diferença) (RAWLS, 1985). Aquele, de todo modo, é o pertinente a discussão ora travada, eis que o princípio da diferença está conectado aos aspectos econômicos da sociedade. A condição de livres e iguais dos cidadãos é, nessa senda, um ponto central da teoria de Rawls, que deve ser aplicado a todas as instituições da estrutura básica social.

Retornando às entidades familiares, deve se ter em consideração que a família é indicada pelo autor como um dos componentes dessa estrutura básica, o que permite concluir que os princípios de justiça, em especial o da igualdade e da liberdade, devem incidir sob o seu aspecto público.

A incidência dos princípios da igualdade e da liberdade sobre a instituição família e sobre os cidadãos que a compõe é determinante para a percepção de pluralidade familiar. Para melhor compreensão, é ilustrativo imaginar novamente os indivíduos na posição original: se, ao firmar o contrato social, as partes desconhecessem sua formação religiosa, sua orientação sexual ou qualquer outra condição que determinasse suas preferências ou posição ocupada na sociedade, muito provavelmente sua escolha quanto à ordenação social seria aquela que permitisse o máximo de liberdade nas formações familiares.

Essa linha de raciocínio esclarece a posição adotada por Rawls quando este afirma que a concepção política de justiça é alheia a escolha de uma determinada forma de família, pois os princípios de justiça são alheios a concepções de bem viver ou de vida boa, que estão muito mais ligados à noção de uma doutrina moral abrangente. Bem assim, a imposição da família heterossexual-monogâmica, em nossa sociedade, está intimamente ligada à posição dominante ocupada por valores morais cristãos na maioria dos Estados ocidentais, que, no entanto, não deveriam se ocupar do espaço público, pois este deve se preocupar com aquilo que é justo, e não aquilo que é considerado bom por certo grupo de indivíduos.

De certo que a conclusão da liberdade e igualdade de constituição das famílias encontra limites; e são esses limites que Rawls se preocupa em apresentar quando diz que, a despeito de não existir uma forma específica de família para a sua concepção política de justiça, a família deve cumprir com suas funções primordiais, como a de reprodução e a de cuidado dos filhos.

Acerca da função reprodutiva da família, não se pode negar ser ela um objetivo de relevo em termos de perpetuação da sociedade no tempo, apesar de não poder ser considerado um requisito essencial para a caracterização do que seria uma entidade familiar. Não parece ter sido a intenção de Rawls ter limitado o conceito de família dessa forma: só é família aquela capaz de reproduzir. Se assim o fosse, não teria o próprio autor expressamente considerado os arranjos formados por pessoas do mesmo sexo.

Em verdade, o que parece ser a maior preocupação de Rawls é a família enquanto espaço de desenvolvimento dos indivíduos enquanto cidadãos livres e iguais. Esta é uma leitura da obra de Rawls que se coaduna com o postulado da dignidade da pessoa humana, capaz de enxergar no âmbito familiar um “locus” de desenvolvimento humano por meio do afeto e da solidariedade.

Por óbvio, não foi sempre assim. A concepção do que seria família foi objeto de diversas transformações ao longo dos séculos, sobretudo pela sua ligação íntima entre os valores morais dominantes nas sociedades, como abaixo se esmiuçará.

3 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA OCIDENTAL: A CAMINHO DA PLURALIDADE

É interessante notar a importância do papel desenvolvido pela família em qualquer sociedade. Talvez por isso traçar os seus limites ou encaixá-la em uma definição precisa seja tarefa das mais árduas, até mesmo para pensadores do jaez de Rawls. Observar a forma como

as sociedades a conceberam é representativo do seu estágio de desenvolvimento, eis que a ideia de família está condicionada à realidade e às limitações do tempo.

Veja-se, por exemplo, a família anterior à romanista. A família "primitiva" é tratada pela doutrina como uma família comunal, isto é, despida de restrições de parentesco ou da submissão à figura masculina. Em verdade, nesses arranjos familiares, a mulher despontava como figura de autoridade central, porquanto era a responsável por administrar os afazeres domésticos e cuidar dos filhos (FACHIN, 2003).

Em Roma, surge a primeira forma de família constituída sobre condições não naturais, mas com caráter econômico, que ressalta a mudança da compropriedade espontânea primitiva para a propriedade individual. A família romana era acentuadamente patriarcal, formada em torno da figura masculina ("pater famílias"), ao qual serviam a mulher e os filhos.

O surgimento do cristianismo e a consequente expansão dos valores cristãos no contexto ocidental construíram as linhas que regeriam o conceito de família pelos próximos séculos. Isso porque, com base nos dogmas religiosos, apenas a família matrimonial, originada da celebração do casamento, passou a obter o reconhecimento social e do Estado.

Nesse contexto, o Estado e a religião estavam conectados de forma íntima, formando os pilares do poder que controlavam as relações sociais. Foi apenas com a progressiva separação entre os dois que se observou também a rachadura entre a tutela estatal das entidades familiares e os dogmas religiosos que a perpassam.

Outro aspecto histórico que trouxe profundas mudanças ao núcleo familiar foi o processo de migração em massa das pessoas para a cidade (desruralização), que se iniciou com a Revolução Industrial do século XIX. O abandono da população da vida no campo retirou a família a sua função de núcleo econômico. O modo de produção industrial, típico das cidades, no entanto, retirou, consoante ensina Lôbo, a necessidade de uma família numerosa e transferiu para a seguridade social a proteção dos pais contra a improdutividade da velhice (2011).

Juntamente com a Revolução Industrial, despontou o Estado liberal, fundado nos ideais iluministas da liberdade e igualdade dos indivíduos. A família, no entanto, sob a égide do Estado liberal, permaneceu presa aos dogmas que a limitavam, não sofrendo influência das novas concepções liberais, sobretudo no que tange à liberdade e igualdade (LÔBO, 2011).

O principal marco nas mudanças sofridas pelo entendimento acerca do que é família se deu, em verdade, após o Século XX, com o surgimento do Estado Social de Direito. Caracterizou-se este por uma maior intervenção nas relações privadas, no intuito de dar proteção àquelas parcelas da sociedade mais necessitadas. Tal proteção atingiu de forma significativa o direito das famílias, na tentativa de equilibrar os poderes domésticos.

As discussões do Século XX, centralizadas, sobretudo, no desequilíbrio entre as relações de gênero e a necessidade de reafirmação dos direitos femininos refletiram no direito ligado às famílias, tanto que, o próprio legislador constituinte pátrio, ao redigir a Constituição Federal de 1988, demonstrou especial preocupação em introduzir, no Capítulo da Família, o parágrafo 5º, com o seguinte teor: "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

Porém, o atual debate acerca das entidades familiares, muito embora não tenha deixado de lado a questão da igualdade de sexos, tem se voltado para o reconhecimento de outras formas de arranjos familiares, em especial as uniões homoafetivas e, em menor escala (quantitativa, não qualitativa), as uniões simultâneas ou poligâmicas. Na tentativa de entender essa "demanda social", por assim dizer, arrisca-se elencar dentre as suas causas o aumento das liberdades individuais e, ao mesmo tempo, do processo de globalização pelo qual passou o mundo, tornando as sociedades cada vez mais multiculturais e de complexidade crescente.

A forma como as pessoas desejam se unir e constituir família, por sua vez, deixa de seguir um único modelo, ganhando cada vez mais um colorido diferente, que irá variar de acordo com opções individuais de busca pela felicidade. Como consequência, vê-se o crescimento de uma necessidade de inclusão social de formas de convivência "marginais", que não atendem ao padrão monogâmico-heterossexual que predomina na sociedade ocidental como um todo, não sendo diferente no Brasil. Essa é uma discussão que tem contornos jurídicos e filosóficos, em uma intersecção expressiva.

3.2 O ATUAL ESTÁGIO DO DEBATE JURÍDICO NACIONAL ACERCA DO RECONHECIMENTO DE FORMAS "ATÍPICAS" DE ENTIDADES FAMILIARES

O reconhecimento jurídico de uniões homoafetivas, ou de outras formas de convivência humana, é uma demanda que pode ser observada ao redor do mundo. Opta-se, contudo, por dar maior enfoque à realidade nacional. Sob esse viés, pode-se dizer que o reconhecimento de outras formas familiares está centralizado na problemática da atual redação do art. 226 da Constituição Federal, que, apesar de ter, eu seu "caput" colocado a família sob a especial proteção do Estado, ao tratar do casamento e da união estável, utilizou-se da expressão o homem e a mulher[3], cuja literalidade é excludente, por exemplo, de arranjos familiares entre pessoas do mesmo sexo ou plúrimos.

[3] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado,

Em diversos aspectos, porém, a Constituição Federal foi inovadora, pois expandiu a proteção do estado à família, inovando ao reconhecer não apenas a entidade matrimonializada, mas também a união estável e a entidade monoparental (art. 226). O avanço indicou o rompimento com o dogma de que outros laços afetivos, que não os formados a partir do casamento, não fariam jus à proteção do Estado enquanto família (FERRARINI, 2010)

Pode-se dizer, então, que, na Constituição de 1988 já se iniciou a tendência de reconhecimento da possibilidade de coexistência na sociedade de arranjos familiares plurais, isto é, não apenas limitados ao modelo matrimonial. Para parcela da doutrina mais resistente às mudanças, contudo, as novas modalidades familiares trazidas pela Constituição de 1988 se limitaram à união estável e à monoparentalidade, tendo o constituinte deliberadamente excluído do conceito de família qualquer outro tipo de formação encontrada no bojo da sociedade.

Compondo um debate hermenêutico, outra parte da doutrina passou a ler o rol constitucional de família como uma norma "aberta", exemplificativa, que permitiria a inclusão de diferentes perfis de relações familiares, ainda que não expressamente previstos na Carta Magna de 1988.

Segundo essa linha de pensamento, a interpretação das normas constitucionais não deveria se restringir simplesmente ao texto ali posto, abrangendo sob seu espectro normativo outras modalidades de arranjos afetivos, que não as famílias monoparentais.

Assim, partiu-se da ideia de que a norma prevista no artigo 226 da Constituição Federal consiste em norma de inclusão, e não de exclusão social, que visa expandir direitos subjetivos, e não os restringir. Sobressaindo como um dos defensores dessa posição, Lôbo afirma:

> No caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução "constituída pelo casamento" (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituiu 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 seus filhos". A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. (2012, p. 05).

Mais especificamente acerca das uniões entre pessoas do mesmo sexo, o pleito pelo seu reconhecimento como forma de família foi levado ao Supremo Tribunal Federal, por meio da

---

é reconhecida a união estável *entre o homem e a mulher* como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo *homem e pela mulher.*

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamento (ADPF) nº 132. Em seu julgamento, o STF optou por aplicar ao artigo 226, §3º da Constituição Federal uma interpretação conforme, de forma a incluir no conceito de união estável também aquelas uniões formadas por pessoas do mesmo sexo que preenchessem os requisitos legais para tanto, garantindo a elas o direito de serem tratadas como família e não apenas como sociedade de fato.

Como desdobramento da interpretação dada pelo STF ao artigo 226, §3º, da Constituição Federal e a consequente equiparação das uniões homoafetivas e as uniões estáveis, muitos casais passaram a requerer judicial e extrajudicialmente a aplicação da norma constitucional que estimula a conversão das uniões estáveis em casamento, razão pela qual foi editada pelo Conselho Nacional de Justiça a Resolução nº 175, que vedou "às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo".

Aparentemente, a celeuma havia sido resolvida por meio do efeito vinculante pertinente à decisão proferida pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade. No entanto, a questão está longe de ser pacificada no meio jurídico-científico e, mais ainda, no contexto político nacional. Não apenas sobrevêm vozes doutrinárias[4] que questionam a correção dogmática da interpretação feita pela Corte Suprema, como também há forte resistência no Poder Legislativo para a aprovação de texto de lei que a consagre[5].

As uniões simultâneas ou poligâmicas, por sua vez, são alvo de controvérsia ainda maior, com a reiterada negativa dos Tribunais, inclusive os Superiores, em reconhecê-las como entidade familiar. O fundamento para os inúmeros julgados nesse sentido se fundamenta no que se convencionou chamar de "princípio da monogamia", o qual, segundo argumentam, seria ordenador do direito das famílias nacional[6].

---

[4] Seguindo essa linha, Martins é um dos autores que critica a interpretação feita pelo STF, para quem o Tribunal não compreendeu corretamente o alcance dos direitos fundamentais da liberdade e da igualdade, confundindo-o com instituições como a da união estável. Além disso, questiona a técnica da "interpretação conforme a constituição" realizada pelo STF na oportunidade. (MARTINS, 2014).

[5] Em 24 de setembro de 2015, Comissão especial do Congresso Nacional aprovou o projeto de lei referente ao Estatuto da Família, com redação novamente excludente quanto às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O que revela que a decisão do STF não encontra eco na maioria dos representantes populares e é indicativo de uma resistência de parcela expressiva da sociedade em incorporá-la. (ALEGRETTI, 2015).

[6] Exemplificativamente: ADMINISTRATIVO. PENSÃO DE EX-SERVIDOR CIVIL. RATEIO ENTRE VIÚVA E SUPOSTA COMPANHEIRA. UNIÃO ESTÁVEL. ART. 226, § 3º, DA CF/88. CONCUBINATO IMPURO. AGRAVO RETIDO. RECURSO AUTÔNOMO E RECURSO ADESIVO DA UNIÃO FEDERAL. I - A Lei Maior fala de constituição de família e não de famílias, isto significando que a bigamia não é admitida ou incentivada, o que aconteceria em caso de reconhecimento de união estável com simples concubina. Se o marido mantém a família originada do matrimônio, legalmente constituída, com ela convivendo socialmente, jamais poderá ser reconhecida, nos termos da Constituição, uma união estável desse cidadão com outra mulher, ainda que com ela mantenha relacionamento amoroso duradouro. II - Os documentos apresentados pela autora até podem

Não obstante, a relevância social da matéria pode ser corroborada pelo reconhecimento da repercussão geral ao julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 656298[7] e do Recurso Extraordinário nº 66946-5/ES[8]. Ambos os recursos tratam sobre casos de uniões constituídas em simultaneidade a uma união estável ou a um casamento, em que um dos integrantes da união concomitante pretende ter reconhecidos, após a morte do outro, direitos previdenciários inerentes à relação familiar (pensão por morte). Por óbvio, que a apreciação do mérito da lide impõe a necessidade de o Tribunal apreciar a natureza dessas relações de natureza poligâmica.

Os recursos ainda não foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal, contudo, põem em cena, juntamente com o debate quanto ao reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, a abrangência do conceito contemporâneo de família. Sua pluralidade, pelo texto Constitucional, é indubitável. Porém, quais os limites desse conceito?

As demandas que levam ao Judiciário controvérsias como as apresentadas demonstram que a realidade social existente no Brasil diverge de um modelo apenas de constituição de família: heterossexual, monogâmico, matrimonial. Uniões entre pessoas do mesmo sexo, relações poligâmicas são exemplos de uma pluralidade de fato que encontra óbices de natureza jurídico-dogmática e política para o seu reconhecimento por irem de encontro a valores morais pregados pela parcela social dominante e impregnados no ordenamento jurídico como todo.

Neste cenário, a teoria de justiça de Rawls tem plena aplicabilidade. Apresenta-se como uma nova forma de compreender o dito fenômeno, no intuito de buscar uma solução justa para a sociedade em que vivemos.

---

comprovar um relacionamento duradouro, porém não estável nos termos da Constituição Federal, posto que simultâneo ao casamento de fato e de direito. III - Mesmo que a autora tenha comprovado coabitação com o de cujus, configurado estaria o relacionamento paralelo, eis que o de cujus vivia também com a esposa, hipótese de concubinato impuro, que não autoriza o direito ao pensionamento do servidor (...). (TRF2. Processo nº: 200751030033358 RJ 2007.51.03.003335-8. Relator: Desembargador Federal Reis Friede. Data de Julgamento: 02/05/2012).

[7] CONSTITUCIONAL. CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS DISCUTIDAS. Possuem repercussão geral as questões constitucionais alusivas à possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável homoafetiva e à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes. STF, Rel. Min. Ayres Britto. Repercussão geral reconhecida em março de 2012.

[8] PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCUBINATO IMPURO DE LONGA DURAÇÃO. EFEITOS PARA FINS DA PROTEÇÃO DO ESTADO À QUE ALUDE O ARTIGO 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. STF, Rel. Min. Luiz Fux. Repercussão Geral reconhecida em março de 2012.

3.3 CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DE JUSTIÇA DE RAWLS À COMPREENSÃO DA PLURALIDADE FAMILIAR

A teoria da justiça como equidade de Rawls é capaz de oferecer importantes contribuições para a problemática do reconhecimento, enquanto família, das mais diversas formas de convivência, independentemente da orientação sexual, dos limites de fidelidade, do número de integrantes, entre outros.

É bem verdade que a justiça concebida por Rawls é de natureza político-filosófica e, portanto, não se propõe a responder diretamente a questões de natureza jurídica, como a apresentada anteriormente. No entanto, há de se considerar que a política se encontra na nascente das normas, pois o modelo constitucional que concebemos encontra no Poder Legislativo o responsável pelo debate e aprovação das leis que irão reger a sociedade. Sendo assim, muitas das mudanças normativas dependem, necessariamente, de um amadurecimento político, para o qual aponta o pensamento rawlsiano.

Pensar o nosso contexto social a partir da teoria da justiça como equidade leva à reflexão quanto à forma e à medida que o Estado e, consequentemente, o seu conjunto normativo tem incorporado dos princípios de justiça: liberdade/igualdade e diferença. No caso da negativa quanto à proteção estatal de outras formas de família para além das uniões heterossexuais/monogâmicas, será que esta é uma postura condizente com tais princípios?

Certamente, a resposta para essa pergunta é não. Do ponto de vista político (sem levar em conta as discussões dogmático-jurídicas do problema), os argumentos que sustentam a não aceitabilidade, por exemplo, das uniões homoafetivas ou de natureza poligâmica carregam consigo noções de bem, e não de justiça. Estão fundados em concepções morais e religiosas, pertencentes à maioria da população dominante na sociedade.

Tornar essas concepções institucionais atendem ao princípio da utilidade média, na medida em que maximizam o bem-estar da maioria média dos indivíduos. Exclui, todavia, direitos de minorias, indo de encontro à regra do “maximin”, que, na teoria de Rawls, é orientadora da escolha das partes, na posição original, dos princípios de justiça que irão reger as relações sociais.

Somente com a aplicação do princípio da liberdade/igualdade, em que as pessoas são vistas por todos como cidadãos livres e iguais é que se tem assegurada a sua escolha de viver segundo os seus próprios valores, suas noções de boa vida particulares. Ao Estado, cabe a preocupação em assegurar essa liberdade e igualdade, na busca pelo bem-comum. Estão afastadas, portanto, do espaço público, quaisquer imposições baseadas unicamente em

doutrinas morais abrangentes, porquanto uma sociedade bem ordenada é aquela capaz de conviver em consenso acerca de sua pluralidade.

Essa é uma teoria política que muito aproveita ao mundo globalizado, que tende a uma dessecularização e busca a tolerância entre as mais diversas formas de vida. Significa uma política que se preocupa com o bem da sociedade, independentemente de quais valores morais o embasem.

Por essa razão é que a conclusão a que chegou Rawls de que a política deve se preocupar com as funções atinentes à família – enquanto "locus" de desenvolvimento de seus integrantes – e não com a sua formação específica – se hetero ou homossexual; se mono ou poligâmica – é de enorme valor para o debate ora tratado.

Trazendo tal conclusão para o campo jurídico, ela representa uma necessidade de mudança. Do ponto de vista interpretativo, significa a leitura do *caput* do art. 226, da Constituição Federal, segundo o qual "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", de forma ampla, que permita a inclusão de diversos institutos, para além da união estável heterossexual, o casamento ou a família monoparental. Não restringir o conceito de entidade familiar apenas aos "tipos" expressamente delineados em seus parágrafos, o que garante a liberdade do legislador infraconstitucional de ampliar tal rol.

Noutro pórtico, sob o plano da construção normativa, impõe a necessidade da atuação do Poder Legislativo na construção de um direito das famílias mais inclusivo, com a criação das instituições (institutos jurídicos, como é o caso do casamento ou da união estável) necessárias à garantia dos direitos mínimo a essas outras formas de família. Ao mesmo tempo, com a retirada de dispositivos legais que considerem como "ilícita" uniões homoafetivas ou poligâmicas, como é o caso do art. 1.727, do Código Civil, que considera como concubinato as relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar.

Há, portanto, uma necessidade de mudança que se inicia no debate político, perpassa a atuação do Poder Legislativo e, simultaneamente, deve se ver refletida no embasamento jurídico que incumbe aos operadores do Direito, em que se insere o Poder Judiciário, ao realizar a intepretação das normas constitucionais. Nesse mister, a incorporação de muitas das ideias de Rawls reforça essa necessidade, de se priorizar no espaço público os princípios de justiça, garantindo a igualdade e liberdade dos cidadãos, sem importar os valores morais, religiosos ou quaisquer outras formas de doutrinas morais abrangentes. Essa é uma medida que, sem dúvida, contribui para um Estado mais justo, mais tolerante e garante da dignidade de seus cidadãos.

4 CONCLUSÃO

Ao pensar no que seria uma sociedade bem ordenada, Rawls partiu de uma situação em tese, em que os indivíduos, atuando como partes e representantes dos cidadãos de uma futura sociedade, escolheriam os princípios a regê-la. Cobertos sobre o véu da ignorância, essas partes são colocadas em uma condição de completa incerteza, eis que não saberiam as circunstâncias de sua vida futura, qual sua orientação sexual, crença, origem familiar, profissão, dentre outras. Essa ficção é utilizada por Rawls para argumentar pela escolha do que chamou de princípios de justiça. Igualdade/liberdade e diferença: em primeiro plano, os cidadãos dessa sociedade devem ser vistos uns pelos outros como cidadãos livres e iguais; em segundo plano, as desigualdades sociais porventura existentes devem ser tratadas de maneira equânime, na tentativa de reduzi-las.

Esses são princípios que irão reger as principais instituições sociais, ou a estrutura básica da vida política. A ideia de Rawls é, nessa senda, apresentar uma proposta de filosofia política para as democracias modernas ocidentais, distante de qualquer tentativa de firmar uma teoria moral abrangente.

Acerca da família, Rawls se posicionou, em especial após as contribuições de Susan Okin, pela não imposição de uma forma específica de família, tendo os princípios de justiça aplicação sobre ela apenas de um ponto de vista indireto, de modo a garantir direitos básicos de seus componentes, enquanto cidadãos. Há, igualmente, uma preocupação do autor no exercício, pelas entidades familiares, de suas funções enquanto instituição integrante da estrutura básica: a de reprodução e desenvolvimento dos indivíduos.

Não obstante Rawls faça a separação entre a família enquanto instituição social e a necessidade de imposição de uma forma específica, essa não é a realidade que se observa na linha evolutiva do que se compreendeu por entidade familiar. Até atingir a contemporaneidade, o seu conceito sofreu diversas mudanças, até chegar ao estágio da contemporaneidade, em que a pluralidade fática e a busca pelo reconhecido de formas “atípicas” de famílias, como as uniões homoafetivas ou as poligâmicas, ganha cada vez mais importância.

No plano jurídico nacional, a inclusão dessas formas de união – a homoafetiva e a poligâmica – muito tem sido discutida. A controvérsia gira em torno da redação do texto constitucional e da ausência de instituições infraconstitucionais que expressamente a regulem. No caso específico das uniões entre pessoas do mesmo sexo, muito embora já tenha o STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, interpretado de forma inclusiva a norma do art. 226, §3º, da Constituição Federal, há resistência no Poder Legislativo em acatá-la.

A problemática, se pensada a partir da teoria de justiça rawlsiana, permite a reflexão política, com consequências diretas no plano jurídico. A aplicação do princípio da

liberdade/igualdade afasta a possibilidade de exclusão de formas de família apenas com base em valores morais ou religiosos. Essa é a lógica que, presume-se, tenha o autor seguido ao afirmar que a concepção política é alheia a uma forma específica de família, seja ela hetero ou homossexual; poli ou monogâmica.

O Estado não deve impor aos indivíduos um modelo de vida boa, sob pena de fazer prevalecer o "bem" sobre o "justo". Quaisquer limites impostos às formações familiares devem guardar a preocupação com a sua função enquanto "locus" de desenvolvimento dos cidadãos, que irão compor futuramente a sociedade.

Essa é uma conclusão de natureza política que, contudo, deve ser aproveitada sob o aspecto jurídico, na interpretação das normas constitucionais e, mais ainda, na defesa da necessidade de criação de instituições que assegurem a proteção de direitos básicos às mais diversas formas de família, para além do rol expressamente previsto pelo atual ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

ALEGRETTI, Laís; OLIVEIRA, Letícia de. **Comissão aprova definição de família como união entre homem e mulher**. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/09/comissao-aprova-definir-familia-como-uniao-entre-homem-e-mulher.html>. Acesso em: 25 set. 2015.

BIROLI, Flávia. Gênero e Família em uma sociedade justa: adesão e crítica à imparcialidade no debate contemporâneo sobre justiça. **Revista de Sociologia Política,** Curitiba, v. 18, n. 36, p.51-69, jun. 2010. Mensal. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782010000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 ago. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família:** elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos:** pedaços da realidade em busca de dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LÔBO, Paulo. **Famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas***:* para além do numerus clausus. Disponível em:

<http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=264>. Acesso em: 30 out. 2012.

MARTINS, Leonardo. Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela Justiça Constitucional**. Direito.unb: Revista de Direito da Universidade de Brasília,** Brasília, v. 01, n. 01, p.245-279, jun. 2014. Semestral. Disponível em: <http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/26/23>. Acesso em: 15 set. 2015.

OKIN, Susan. **Justice, Gender, and the Family**. New York: Basic Books, 1989.

QUEIROZ, Regina. Família, Justiça e Amor. **Revista Filosófica de Coimbra**, Coimbra, n. 34, p. 551-564, 2008. Disponível em: <http://www.uc.pt/fluc/dfci/publicacoes/familia_justica_e_amor>. Acesso em: 30 ago. 2015. p. 552.

RAWLS, John. **Justiça como equidade:** Uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Organizado por Erin Kelly.

_____, John. Justiça como equidade: uma concepção política não metafísica. **Philosophy And Public Affairs**, [s.i.], v. 14, n. 3, p.25-35, 1985. Tradução de Regis de Castro Andrade. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n25/a03n25.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____, John; SIMÕES, Jussara; VITA, Álvaro de. **Uma teoria da justiça**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WELTER, Nelsi Kistemasher. **John Rawls e o estabelecimento de princípios de justiça através de um procedimento equitativo**. 2001. 141 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Filosofia, Departamento de Filosofia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001. Disponível em: <http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000222772>. Acesso em: 30 ago. 2015.

WERLE, Denilson Luis. Vontade Geral, natureza humana e sociedade democrática justa. Rawls Leitor de Rousseau. **Dois Pontos,** Curitiba, v. 7, n. 4, p.31-52, set. 2010. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/doispontos/article/view/20168>. Acesso em: 10 set. 2015. p. 38-39.