

A justiça como equidade de John Rawls e o reconhecimento pelo STF brasileiro da união homoafetiva como união estável

Justice as fairness of John Rawls and the recognition by the Supreme Court of Brazil of the homo-affective union as a stable union

Leonardo Diniz do Couto
Doutorando pelo PPGF/UFRJ
Bolsista CAPES

Resumo: O objetivo deste texto é duplo. Primeiro, pretendo explicitar o quanto e como a decisão do STF brasileiro que reconhece a união homoafetiva como uma união que pode ser considerada estável pode ajudar a compreender alguns dos conceitos fundamentais da justiça como equidade de John Rawls. Segundo, pretendo mostrar que esta mesma decisão pode ser usada como um exemplo que reforça a teoria citada.

Palavras-chave: STF brasileiro; União homoafetiva; justiça; igualdade; John Rawls.

Abstract: The starting point of this work is the Brazilian Supreme Court decision that recognized the homo-affective union as entitled to be recognized as stable union. The aims of this paper are the following. Firstly, I intend to explain how and how much this Supreme Court decision in Brazil can help to understand some of the fundamental concepts of justice as fairness of John Rawls. Secondly, I intend to show that this same decision can be used as an example that reinforces the theory cited.

Keywords: Brazilian Supreme Court; homo-affective union; justice; equality; John Rawls.

Introdução

Recentemente no Brasil a união estável entre pessoas do mesmo sexo, chamada de união homoafetiva, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como uma união sobre a qual também incide o artigo 1723 do Código Civil¹. Isso, em primeiro lugar, significa que, a partir de então, tal união pode ser reconhecida como entidade familiar ou como união estável “configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (artigo 1723 do Código Civil Brasileiro), e, em segundo, significa que os companheiros nestas uniões adquiriram o direito de ser reconhecidos tal como os companheiros nas uniões já consideradas estáveis anteriormente.

Sendo mais preciso, o resultado prático advindo dessa decisão do STF é que os companheiros em uniões homoafetivas, por poderem ser tratados como nas uniões de pessoas de sexos diferentes, ganham respaldo para, por exemplo, reivindicar por pensão alimentícia, em caso de separação, pensão por morte do companheiro, ser dependente em plano de saúde, imposto de renda e por aí vai. No entanto, como o legislativo ainda não regulamentou nada neste sentido, não se sabe quais serão as consequências e os desdobramentos desta decisão a ser confirmada e explicitada ainda em nossa constituição e códigos².

Feita esta breve descrição da decisão do nosso Supremo Tribunal, passemos ao objetivo deste texto que é duplo e que está diretamente ligado a esta decisão. Primeiro, pretende-se aqui explicitar o quanto e como este fato pode ajudar a compreender com mais clareza alguns dos conceitos fundamentais da justiça como equidade de John Rawls, tal como apresentada, sobretudo, em *Political liberalism* e *Justice as Fairness*. Segundo, mostrar que tal decisão pode ser usada como um exemplo que reforça a teoria da justiça rawlsiana na medida em que parece pôr em evidência que num debate público há certos valores políticos implícitos e que, por isso, na

¹ Os ministros do STF muito falaram a respeito disso em seus votos. O ministro Gilmar Mendes, por exemplo, reclamando do legislativo diz que neste caso, “há um tipo de inércia legislativa”. Cf. <http://www.youtube.com/watch?v=SQ5iLsdMY14&feature=related>. Acessado em: 23/06/2011, às 22:20.

argumentação realizada em seu âmbito não cabe mais qualquer razão, mas somente aquela que é considerada pública.

I. A Justiça como Equidade

A justiça como equidade, a concepção de justiça para instituições ou para a estrutura básica da sociedade, apresentada por John Rawls, está nos últimos anos, sem dúvida, no centro dos debates da filosofia política, quando estes versam sobre a sociedade liberal. Seja para criticar ou endossar suas teses, fundamental é ter clareza sobre os seus conceitos fundamentais. Nesta seção, é este exatamente o objetivo. Passemos aos detalhes.

Ao se falar na compreensão da justiça de Rawls, logo de início é importante não perdermos de vista que o seu âmbito da teorização é a sua sociedade, qual seja, a sociedade democrática liberal. É dela que este autor parte, de seus entendimentos compartilhados, de seus valores, de suas crenças gerais, de suas intuições etc., enfim, daquilo que ele chama de sua cultura pública, cultura esta na qual convicções como a tolerância religiosa e o repúdio à escravidão, por exemplo, já estão profundamente arraigadas e das quais não pretendemos abrir mão. Para lembrar as palavras de Rawls,

nosso ponto de partida é [...] a noção da própria cultura pública como fundo comum de ideias e princípios básicos implicitamente reconhecidos. Esperamos formular essas ideias de forma clara o bastante para articulá-las em uma concepção política de justiça condizentes com nossas convicções mais profundamente arraigadas. (RAWLS, 2000, p. 50)

Neste sentido, podemos dizer que o autor ao pensar uma teoria de justiça para a estrutura básica da sociedade não pressupõe sociedades abstratas e não tem como foco a estruturação de princípios universais. Antes disso, a sua intenção é que tais princípios estruturem justamente as intuições que na sociedade liberal encontram-se

amplamente difundidas³. Assim sendo, o pano de fundo deste autor é a tradição liberal. A sua concepção de justiça, chamada por ele como política, nesta medida, é uma forma de arbitrar entre as exigências conflitantes de seus valores políticos mais importantes, a saber, a liberdade, a igualdade e a fraternidade⁴.

Partindo, portanto, dos valores da sociedade liberal, Rawls sugere, para expressar o conteúdo de sua concepção política de justiça (*political conception of justice*), dois princípios, ordenados de uma forma que ele chama de “léxica” ou “serial”⁵ – “é uma ordem que nos exige a satisfação do primeiro princípio da ordenação para que possamos passar para o segundo; do segundo para passar ao terceiro, e assim por diante” (RAWLS, 2008, p.52). Tais princípios são:

- a. Cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e
- b. as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (RAWLS, 2003, p. 60; 2000, p. 345).

O autor assevera que podemos chegar a estes princípios, que, deverão regular as instituições básicas da sociedade, através de dois argumentos independentes, embora complementares. O primeiro é o intuitivo, encontrado na ideia que está “implícita na cultura política pública de uma sociedade democrática” (RAWLS, 2000, p.

³ Destas, como diz Álvaro de Vita (p. xx. In: RAWLS, 2008) a primeira e essencial, na ordem de sua argumentação normativa, “é uma noção de igualdade humana fundamental”.

⁴ Por esta razão, não se mostra sem sentido abordar aqui uma questão discutida especificamente na sociedade brasileira. Sobretudo quando tal questão envolve de modo tão claro ao menos dois desses valores citados, a saber, a liberdade e a igualdade, como parece o caso tratado pelo nosso STF.

⁵ Esta ordenação evidencia a atenção especial dispensada por este autor, e da tradição liberal, à liberdade, posto que sendo os princípios assim ordenados uma liberdade só pode ser limitada por outra liberdade.

58). Deste modo, o autor parte do que ele chama de “uma ideia organizadora fundamental”, a ideia “da sociedade concebida como um sistema equitativo de cooperação social entre pessoas livres e iguais, vistas como membros plenamente cooperativos da sociedade ao longo de toda a vida” (RAWLS, 2000, p. 51). Ao lado desta ideia, de acordo com ele, há duas outras igualmente intuitivas e fundamentais. A ideia de sociedade bem-ordenada (*well-ordered society*), que é estável e que pressupõe uma concepção política de justiça que a regula, concepção esta independente e, por isso, não conflitante com as diversas doutrinas abrangentes (*comprehensive doctrines*)⁶ religiosas, morais e filosóficas professadas publicamente pelos indivíduos. E a ideia de que todos os cidadãos são livres e iguais⁷.

O segundo argumento de Rawls é construído a partir de um artifício de reflexão. Trata-se do acordo hipotético e a-histórico da situação ou posição original (*original position*). Ou seja, aquele no qual os representantes dos cidadãos, simetricamente situados e sob o véu da ignorância (*veil of ignorance*), ou seja, sem saber nada de específico de seus representados e de si, o que evitaria qualquer possibilidade de barganha ou favorecimento de um sobre o outro, escolhem os princípios de justiça que regularão a estrutura básica da sociedade. Este segundo passo, diz Rawls, é importante por poder nos oferecer um ponto de vista “não distorcido por [...] características e circunstâncias particulares, um ponto a partir do qual um acordo equitativo entre pessoas consideradas livres e iguais possa ser estabelecido” (RAWLS, 2000, p.66). Em outras palavras, esse segundo passo é importante por se constituir como um meio de reflexão, ou um artifício de representação, que pode nos ajudar a elaborar o que nós, aqui e agora, pensamos.

⁶ Trata-se das doutrinas que se aplicam a todos os temas e abarcam todos os valores. Cf. RAWLS, 2003, p. 19.

⁷ No Brasil, como em qualquer outro país liberal, podemos encontrar a expressão destas ideias intuitivas na Constituição Federal, com as suas várias garantias a todos indistintamente. Aqui temos ainda, por exemplo, as constituições estaduais, os nossos códigos e os nossos vários estatutos – do idoso, da igualdade racial, das pessoas com deficiência, dentre outros –, sem falar nas instituições propriamente ditas, nas práticas dos tribunais e por aí vai, que, além de pressuporem o direito à igualdade de todos os cidadãos, apesar de suas diferenças, atribuem-nos deveres, compreendendo-os como parte de um todo no qual cada um tem suas responsabilidades para com a sociedade.

Desta maneira, chegamos, você que lê este texto e eu, seguindo Rawls, aos dois princípios de justiça ao recorrermos à posição original, sem, no entanto, perdermos de vista a ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos livres e iguais, ideia esta implícita na cultura pública de nossa sociedade. Ao chegarmos, desta forma, aos dois princípios, diz Rawls, chegamos no que ele chama de equilíbrio reflexivo (*reflective equilibrium*), isto é, chegamos na “descrição da situação inicial que tanto expressa condições razoáveis como gera princípios que combinam com nossos juízos ponderados devidamente apurados e ajustados”. (RAWLS, 2008 p. 24-25)⁸.

Este equilíbrio, segundo Rawls, é a base da justificação política pública, dado que ele possibilita alcançar acordos razoáveis acerca da concepção de justiça. A despeito do desacordo entre as doutrinas abrangentes, isto é, religiosas, morais e filosóficas razoáveis⁹, tal equilíbrio reflexivo propiciaria, assim, o que o autor chama de consenso sobreposto (*overlapping consensus*), aquele que tem como meta “reduzir os desacordos, pelo menos no tocante às controvérsias mais irreconciliáveis, e em particular no que se refere àquelas relativas aos elementos constitucionais essenciais” (RAWLS, 2003, p.39). Trata-se, assim, do consenso que manteria justamente a unidade e a estabilidade sociais, na medida em que estabeleceria os termos que justificariam publicamente a melhor concepção política pública de justiça¹⁰, para Rawls, a justiça como equidade, especificada pelos dois princípios expostos acima.

⁸ Vale ressaltar que o equilíbrio reflexivo, além de ser um estado dos cidadãos numa sociedade bem-ordenada – regida efetivamente por uma concepção pública de justiça – que teriam alcançado um equilíbrio reflexivo pleno (Cf. 2003, p. 43), é também um teste para nós, cidadãos de sociedades como a brasileira, permitindo-nos avaliar nossas várias convicções políticas arraigadas.

⁹ Por razoável, Rawls (2003, p. 9) entende “pessoas [...] dispostas a propor, ou a reconhecer quando outros os propõem, os princípios necessários para especificar o que pode ser considerado por todos como termos equitativos de cooperação. Pessoas razoáveis também entendem que devem honrar esses princípios, mesmo à custa de seus próprios interesses se as circunstâncias o exigirem, desde que os outros também devam honrá-los”.

¹⁰ Sobre esta concepção política, que pode, conforme o autor, ser objeto de um consenso sobreposto, pode-se dizer brevemente que, além de ter o seu conteúdo expresso por ideias implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática, ela se direciona e aplica à estrutura básica da sociedade, isto é, “trata-se de uma concepção moral elaborada para um tipo específico de objetivo, qual seja, para instituições

Seguindo esse caminho, podemos dizer, apoiados na teoria de Rawls, que os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada, que partilham de um consenso sobreposto, estão capacitados a participar do “fórum político público”¹¹, onde se governam a si mesmos. De acordo com o autor, este fórum funcionaria a partir do que ele entende por razão pública, aquela que define o tipo de justificativas apresentadas no debate político público pelos e para os cidadãos, já que explicita, conforme diz este autor (2001, p. 174-175), “no nível mais profundo os valores morais e políticos que devem determinar a relação de um governo democrático constitucional com os seus cidadãos e a relação destes entre si” – o meio através do qual os cidadãos podem discutir, discordar, entender-se ou desentender-se de uma maneira justa quando tratam de questões políticas.

É importante observar que a razão pública, diz Rawls (2001, p. 176), “não se aplica a todas as discussões políticas de questões fundamentais”. Ela não se aplica às discussões travadas na sociedade civil, às discussões dos cidadãos em geral. Como expõe este autor, os cidadãos em geral discutem no âmbito da “cultura de fundo”, “a cultura da sociedade civil” (RAWLS, 2001, p. 177), na qual imperam, seguindo as suas observações, as muitas formas de razão não-pública¹², resultantes das várias visões religiosas, morais e filosóficas professadas socialmente. A razão pública, desta maneira, tal como afirma o autor, embora esteja vinculada a objetivos e projetos diversos, está apenas no contexto da justiça política.

Outro ponto importante a ser ressaltado é que a razão pública – e seus valores – é restrita exclusivamente ao campo do

políticas, sociais e econômicas” (RAWLS, 2000, p.54) e, além disso, se apresenta como “um módulo, uma parte constitutiva essencial que se encaixa em várias doutrinas abrangentes razoáveis subsistentes na sociedade regulada por ela, podendo conquistar o apoio daquelas doutrinas” (RAWLS, 2000, p. 55).

¹¹ A respeito do fórum político público, diz Rawls (2001, p.176): “[ele] pode ser dividido em três partes: o discurso dos juízes nas suas discussões, e especialmente dos juízes de um tribunal supremo; o discurso dos funcionários de governo, especialmente executivos e legisladores principais, e finalmente o discurso de candidatos a cargo público e de seus chefes de campanha, especialmente no discurso público, nas plataformas de campanha e declarações políticas”.

¹² Conforme Rawls, nesta imperam, inclusive, aquelas razões que resultam, tal como caracteriza o autor, da cultura política não-pública, a cultura que intermedeia a cultura política pública e a cultura de fundo, que abrange os meios de comunicação, tais como jornais, tv, rádio, dentre outros. Cf. RAWLS, 2001, p. 177 n13.

político, o que significa que seus princípios se aplicam unicamente à estrutura básica da sociedade e, por isso, podem ser apresentados independentemente das doutrinas abrangentes e podem também ser elaborados a partir de ideias fundamentais, implícitas na cultura política pública. Tendo como objetivo dar conta das questões que se relacionam com elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica, e, em última instância, preservar para todos os cidadãos liberdades básicas iguais, apesar de suas diferenças, a razão pública demonstra assumir o papel fundamental de assegurar a imparcialidade dentro do construto de Rawls. Ela demonstra, portanto, assumir o papel de estabelecer o meio através do qual pode-se fazer a compatibilização das doutrinas abrangentes, religiosas ou não.

Neste sentido, a razão pública não se aplica diretamente às instituições sociais, visto que se ancora em princípios políticos. Tal como comenta o autor “distinguimos entre o ponto de vista das pessoas como cidadãos e o seu ponto de vista como membros de famílias e de outras associações” (RAWLS, 2001, p. 209) e, conseqüentemente, entre os princípios que se aplicam em um caso e no outro. Quanto aos princípios de justiça, que são aplicados, obviamente, ao primeiro caso, completa o autor, “[eles] não nos informam como criar nossos filhos e não exigem que os tratemos em conformidade com princípios políticos” (RAWLS, 2001, p. 210). Tal distinção, no entanto, não significa que cada uma das associações não seja afetada pelo exercício da razão pública. Na medida em que elas não podem violar os direitos das pessoas enquanto cidadãos, garantidos pelo primeiro princípio de justiça, podemos observar que não há instituição isenta de justiça. Todas são restringidas pela justiça, já que constituem a estrutura básica.

A intenção de Rawls ao restringir desta forma o âmbito da razão pública é tornar possível o estabelecimento de uma base para alguma justificação pública, algum acordo. Ou melhor, a pretensão é tornar possível, ao menos, alguma redução de desacordos no que tange “às controvérsias mais irreconciliáveis, e em particular no que se refere àquelas relativas aos elementos constitucionais essenciais” (RAWLS, 2003, p. 39). A ideia básica do autor é possibilitar a sustentação do consenso sobreposto e, desta feita, da legitimidade política. Pois, ao se garantir que, frente ao fato da diversidade de doutrinas abrangentes e razoáveis, o poder político “é exercido [por

cidadãos livres e iguais constituídos em um corpo coletivo] de acordo com uma constituição (escrita ou não), cujos elementos essenciais todos os cidadãos, considerados como razoáveis e racionais, podem endossar à luz de sua razão humana comum” (RAWLS, 2003, p. 57), garante-se também a legitimidade de tal poder, a sua validade ou, em outras palavras, uma base para a sua aceitação por todos.

Um último comentário importante é que, como salienta Rawls, as questões discutidas e votadas no fórum político público podem ser sempre retomadas, rediscutidas e votadas novamente. Pois, segundo afirma o autor, “a argumentação não está fechada para sempre na razão pública” (RAWLS, 2001, p. 223), ela sempre pode ser retomada e reavaliada.

II. A decisão do STF e a razão pública

Ao voltarmos-nos ao nosso STF podemos notar que, pela caracterização dada acima, a ideia de razão pública apresentada por Rawls, na estruturação política brasileira, tem nele um de seus lugares de realização. Sendo assim, ao retomarmos a decisão deste tribunal citada acima sobre uniões homoafetivas, vemos que o seu debate, assim como todo debate a respeito de questões constitucionais básicas, deverá estar restrito a justificativas públicas, não cabendo qualquer argumento que apenas possa ser justificado a partir de uma doutrina abrangente, para usarmos um termo de rawlsiano.

No julgamento do caso aqui abordado pode-se constatar, olhando para os argumentos utilizados tanto pelos ministros como pelos *amici curae* (“amigos da corte”)¹³, que há uma preocupação geral por apresentar argumentos públicos, excluindo os de ordem privada. Todos recorrem a princípios constitucionais e à jurisprudência. Afinal, como diz o advogado Hugo José Sarubbi Cysneiros de Oliveira, representante da CNBB, em sua sustentação oral, “discurso metafísico por discurso metafísico, nós temos o que nós quisermos”. Assim, ele mesmo completa dizendo: “acredito que essas breves considerações [...] tentam concentrar o nosso discurso e

¹³ Pessoas ou instituições que intervêm em processos por terem profundo interesse em uma questão jurídica levada à discussão junto ao Poder Judiciário, isto é, por serem parte interessada na causa, podendo, deste modo, ampliar a discussão antes da decisão.

a nossa orientação na Constituição brasileira e não em argumentos metafísicos, filosóficos”.

Dado este contexto no qual parece prevalecer o entendimento de que a discussão deve se dar no âmbito da razão pública, apenas cabendo justificativas públicas, podemos retomar o teste do equilíbrio reflexivo de Rawls e fazer como ele sugere. Ou seja, podemos verificar se as ideias defendidas no julgamento são ideias intuitivas, aceitas em geral como justas e se, além disso, são ideias que podem ser objeto de um acordo numa posição original por contratantes racionais sob o véu da ignorância. Assim, poderemos, por fim, fazer uma avaliação, baseada nesta teoria, sobre o resultado final do julgamento.

Uma vez que foram muitos os argumentos em favor do reconhecimento da união homoafetiva como uma união que pode ser considerada estável, tanto dos *amici curae* como de todos os ministros, e visto que parece claro que tal reconhecimento não poderia ser negado, sobretudo se nos utilizarmos do teste do equilíbrio reflexivo¹⁴, centremo-nos aqui, para realizar o teste proposto, apenas nos argumentos dos que se posicionaram contrariamente ao mencionado reconhecimento e analisemos suas justificativas.

Em todo o julgamento apenas duas sustentações orais foram contrárias ao reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões que podem ser consideradas estáveis. A primeira feita pelo advogado Hugo José Sarubbi Cysneiros de Oliveira, representante da CNBB, e outra do advogado Ralph Anzolin Lichote, representante da Associação Eduardo Banks. Do primeiro, podemos afirmar que ele tomou como ponto de partida a ideia de que “a pluralidade tem limites”, dizendo que

na medida em que decidimos nos contratar socialmente em torno de uma carta de conteúdo claramente político que estabelece e delibera direitos e deveres mútuos e que permite a nossa convivência, sabemos, portanto, que nos submetemos a algumas

¹⁴ Se nos colocarmos numa situação hipotética sem nada saber sobre nossas peculiaridades e também sobre as dos outros, parece que não haveria a possibilidade de um direito ser simplesmente negado a um grupo de pessoas e concedido a um outro grupo. Afinal de contas, aceitar isso na posição original significa aceitar que você, ou um de seus representados, aceita poder ser, neste caso, discriminado depois de retirado o véu da ignorância, aceitação que não parece nada provável ou razoável.

demandas a algumas exigências, enfim, a estes tais limites.¹⁵

Ao dizer isso, continua, dizendo “Poligâmicos, incestuosos, alegrais!” e perguntando a diferença entre caso que está em pauta e estes dois citados, asseverando que estes últimos podem alegar que o que se procura nessas suas relações, assim como na relação homoafetiva, é o afeto. Por fim, este advogado recorre à literalidade do texto do Código Civil, ressaltando que lá o que se encontra escrito são os termos homem e mulher¹⁶, não indivíduos, pessoas ou seres humanos, não havendo nenhuma omissão nele e, por fim, recomenda que não estamos autorizados a dizer que há nele omissão porque não encontramos nele o que gostaríamos de lá encontrar.

O segundo dos dois advogados se centrou, por sua vez, na ideia de que “todo poder emana do povo, seja ele o poder Executivo, seja ele o poder Judiciário, seja ele o poder Legislativo”¹⁷, argumentando que a maioria da população não apóia o dito reconhecimento e lembra que no Código Civil literalmente não consta o mesmo. Para provar a sua primeira afirmação pede que lembremos da última eleição presidencial, na qual a candidata Dilma Roussef liderava as pesquisas até que a oposição colocou em pauta o tema do aborto e a sua posição favorável a este, contrariando o ponto de vista cristão, o que a fez cair nas pesquisas. Em seguida, ele completa dizendo que “o estado é laico, mas o poder emana do povo, e o povo do Brasil, o povo brasileiro é cristão”¹⁸. Adverte, logo depois disso, que “este julgamento pode ter conseqüências inimagináveis para todos se o passo for errado”, pois, diz ele, “imagine o fardo de

¹⁵Cf.

<http://www.youtube.com/watch?v=cliHsUqwe4&feature=BFa&list=SPBB4B1B754BD4DF6C&index=1>. Acessado em 2/6/2011, às 12:43.

¹⁶ O artigo 1723 diz: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o **homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” Cf. Código Civil Brasileiro.

¹⁷Cf.

<http://www.youtube.com/watch?v=cliHsUqwe4&feature=BFa&list=SPBB4B1B754BD4DF6C&index=1>. Acessado em 2/6/2011, às 12:43.

¹⁸Cf.

<http://www.youtube.com/watch?v=cliHsUqwe4&feature=BFa&list=SPBB4B1B754BD4DF6C&index=1>. Acessado em 2/6/2011, às 12:43.

termos que conviver com esta cruz sabendo que para grande maioria do povo brasileiro deus criou o casamento quando criou Adão e Eva”.

O advogado Ralph A. Lichote continua ainda dizendo que “assim como o povo brasileiro não está preparado para a legalização da maconha [...], para o incesto [...], para a pena de morte [...], também não estamos preparados para o casamento homoafetivo”. Ele assevera ainda “Temos muita coisa mais importante para cuidar [...]. A Unesco avaliou a educação de 127 países e o Brasil ficou na posição 88 no ranking da educação. Ficamos na posição 72 no ranking mundial de recursos tecnológicos. Ficamos no ranking mundial da corrupção na posição 72 também”. Para finalizar, diz este advogado,

é por isso que este *Amicus* se faz presente aqui hoje: [...] para tentar não deixar inverter a ordem do reino, temos que garantir a vontade da maioria e respeitar a vontade da minoria. O que está se tentando fazer aqui hoje, é fazer a vontade de uma minoria [...] e desrespeitar a vontade de milhões de brasileiros¹⁹

Vistos os argumentos dos dois advogados, passemos agora ao teste do equilíbrio reflexivo para nos ajudar a dar clareza sobre a justiça ou não de suas reivindicações.

Ao analisarmos, em primeiro lugar, a ideia defendida pelos dois advogados, a saber, a ideia de que não se deve estender o direito à união estável a casais homoafetivos, e localizá-la no contexto das ideias gerais de nossa sociedade liberal, podemos observar que ela não parece facilmente defensável, isso, é claro, se levarmos a sério que o que é central numa sociedade liberal é o resguardo da igual liberdade a todo cidadão sob suas leis. Se todos devem ser considerados iguais, independentemente de suas peculiaridades, por que deveria haver um direito que apenas pode ser usufruído por alguns e não por todos os cidadãos?

Em segundo lugar, se retomarmos o construto racional de Rawls, isto é, a ideia da posição original, e a utilizarmos para testar

¹⁹ Cf.

<http://www.youtube.com/watch?v=cliHsUgwe4&feature=BFa&list=SPBB4B1B754BD4DF6C&index=1>. Acessado em 2/6/2011, às 12:43.

tanto os argumentos utilizados pelos dois advogados citados aqui como a tese defendida por eles, podemos notar, com mais clareza, que não parece realmente defensável a posição adotada por eles em nossa sociedade. Estando na posição original, sob o véu da ignorância, ou seja, se não soubermos que posição ocupamos, nós e nossos representados, em nossa sociedade, ou quais são as ideias que defendemos, não temos como aceitar que a pluralidade tenha de ser restringida a tal ponto que se negue igual consideração a alguns dos cidadãos, tal como recomenda o primeiro dos dois advogados, isto é, que se negue igual consideração àqueles que se relacionam amorosamente com pessoas do mesmo sexo, cidadãos estes que comporão a sociedade para a qual legislamos. Se não sabemos quem somos e o que defendemos, poderemos, ao aceitar tal restrição, estar legislando contra nós mesmos ou contra nossos representados, caso, depois de retirado o véu, venhamos a saber que somos uma dessas pessoas que tiveram o seu direito restringido.

No que concerne ao segundo comentário desse mesmo advogado de que, ao reconhecer a união homoafetiva como passível de ser estável, deveremos reconhecer também as relações incestuosas e poligâmicas, dado que todas elas se baseiam no afeto, parece que pouco há a se acrescentar. Embora talvez possamos não aprová-las pessoalmente por conta de nossas doutrinas abrangentes, de nossas religiões, culturas etc., do ponto de vista das instituições básicas da sociedade ou do Estado, nada contra elas, parece, se pode argumentar. Na posição original, ambas as relações, tanto as incestuosas quanto às poligâmicas, não parecem encontrar argumentos que as contrariem, sobretudo as relações poligâmicas, quando, obviamente, os envolvidos consentem com tal relação. No entanto, se fosse o caso de o judiciário abrir espaço para a discussão do reconhecimento abordado aqui para os companheiros nesses dois tipos de relação, essa mesma discussão deveria ser aberta a todos de modo que no âmbito da razão pública pudesse-se ter a chance de se ouvir os argumentos de todos os interessados e envolvidos.

No que diz respeito à literalidade do texto, principal argumento dos dois advogados aqui citados, em primeiro lugar, mostra-se claro que para além da literalidade do texto do Código Civil há ainda os princípios que dão sentido e ordenamento ao mesmo. Ao pensarmos no texto da Constituição do Brasil, podemos listar os

princípios da dignidade humana, da igualdade, da pluralidade, dentre outros, que, por si sós, apresentam-se como suficientes para mostrar que mesmo no texto constitucional encontramos motivos para não sermos neste caso defensores tão severos da literalidade de nosso Código Civil. Em segundo lugar, quando nos colocamos na situação hipotética de Rawls, notamos que, para os contratantes, muito mais importante do que assegurar que sempre prevalecerá a literalidade dos documentos jurídicos, sobretudo quando esta literalidade discrimina um grupo negando a ele um direito que um outro grupo de pessoas têm, muito mais importante do que isso é garantir que o texto constitucional, para além de sua letra atual, garanta igualdade de consideração a todos os cidadãos a ele submetidos.

Quanto aos argumentos do segundo advogado, Ralph Anzolin Lichote, vemos que eles mostram-se tão infrutíferos quanto os do primeiro quando os confrontamos ao equilíbrio reflexivo. Em primeiro lugar, é claro que o poder emana do povo. Isso, no entanto, não quer necessariamente dizer que ele emane da maioria do povo. Ele pode significar que emana de todo o povo, entendendo este todo, não como a soma da cada um dos cidadãos, mas sim como resultado da consideração igual de todo cidadão, sem exclusão de nem mesmo um. Neste sentido, talvez, sim, em alguns casos, os interesses de uma minoria possam sobrepujar o da grande maioria, quando isso se der para que se garanta igual consideração de todos.

Os princípios constitucionais da dignidade, da igualdade, por exemplo, já dão conta de mostrar que esse segundo entendimento, contraposto ao de Lichote, pode ser tomado como intuitivo em nossa cultura pública, o que preenche um dos requisitos do equilíbrio reflexivo. Ao tocarmos no segundo dos requisitos, proposto pela posição original, vemos que seu argumento perde de vez sua força, pois, na posição original sob o véu da ignorância, fica difícil crer que, em lugar da consideração de todos como iguais, prevaleceria o entendimento de que na sociedade a ser estabelecida deverá valer o que decidir e quiser pura e simplesmente a maioria.

Sobre o fato de o povo brasileiro não estar preparado para o casamento homoafetivo e que haveria assuntos mais importantes para serem abordados neste momento, as perguntas que se pode fazer são, respectivamente: (1) por que o povo brasileiro não está preparado para

o casamento homoafetivo?; e (2) por que a discussão de um assunto exclui a discussão do outro?

Deste modo, ao que parece, se as observações e argumentação aqui exposta estão corretas, o julgamento do STF mostra com clareza um exemplo, na prática, do funcionamento de alguns dos conceitos fundamentais da justiça como equidade de Rawls, estando, assim, completamente de acordo tanto com nossas intuições gerais difundidas como com o raciocínio que podemos assumir a partir da posição original, ou seja, estando completamente de acordo com o equilíbrio reflexivo e, portanto, não podendo ser avaliado de outro modo senão como absolutamente justo.

Conclusão

Desta maneira, por conseguinte, concluímos este texto. Aqui o que se pretendeu foi explicitar a justiça como equidade de Rawls através de um exemplo fático brasileiro, o julgamento, tão importante para nós, que reconheceu a união homoafetiva como uma união que pode ser considerada estável, centrando nos argumentos daqueles que se posicionaram contrariamente a este reconhecimento. Assim, buscou-se aqui mostrar, em primeiro lugar, em que contexto os conceitos fundamentais de Rawls podem ser aplicados, a saber, no contexto do “fórum político público” ou, em outras palavras, no ambiente adequado para a discussão das questões constitucionais mais básicas; e o que nele é cabível, isto é, unicamente a razão pública.

Em segundo lugar, buscou-se aqui, ao menos, indicar que na própria prática de uma instituição como o STF brasileiro, ou seja, de uma instituição que materializa o “fórum político público”, há, em certo sentido, um reforço da teoria de Rawls, na medida em que evidencia que num debate público há certos valores políticos implícitos e que, por isso, na argumentação realizada em seu âmbito não cabe mais qualquer justificativa, só a que é considerada pública.

Por conseguinte, se este texto foi bem-sucedido, clarificaram-se alguns dos conceitos fundamentais da justiça como equidade de Rawls e mostrou-se um exemplo que a reforça.

Referências bibliográficas

BRASIL. *Código Civil brasileiro*. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 23 de maio de 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível no endereço: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao_Compilado.htm>. Acesso dia 24 de maio de 2011.

CARVALHO, Jailton de; WEBER, Demétrio; MALTCHIK, Roberto. “Câmara aceita união de gays, mas se divide sobre adoção de crianças: enquête feita pelo GLOBO mostra tendência de voto dos deputados sobre direitos homossexuais”. In: *O Globo*. Rio de Janeiro, 15 de maio de 2011. O País, p. 12 e 14.

“Contra a discriminação, a lei: Supremo reconhece, por unanimidade, união civil entre pessoas do mesmo sexo”. *O Globo*. Rio de Janeiro, 6 de maio de 2011. O País, p. 3, 4, 9 e 12.

KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Rawls: “Uma Teoria da Justiça” e os seus críticos*. Tradução de Maria Carvalho. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2005. 184 p. (Trajectos)

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Tradução de Luís Carlos Borges e revisão da tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAWLS, John. *O direito dos povos: seguido de “A idéia de razão pública revista”*. Tradução de Luís Carlos Borges e revisão técnica de Sérgio Sérvalo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Organizado por Erin Kelly. Tradução de Cláudia Berliner e revisão técnica e da tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martin Fontes, 2003

_____. *Justice as Fairness: a restatement*. Edited by Erin Kelly. Harvard University Press, 2003.

_____. *O liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo e revisão de Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____. *Political Liberalism*. Columbia University Press, 2005.

_____. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões, revisão da tradução e apresentação de Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaStf.asp?paginaAtual=2&dataDe=&dataA=&palavraChave=homoafetiva>>. Acesso em 31 de maio de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pronunciamento do Relator, dos Amici Curae e voto do relator*. Parte 1. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=jVKizns0NtQ&feature=relmfu>>. Acesso em: 2 de junho de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pronunciamento do Relator, dos Amici Curae e voto do relator*. Parte 2. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=Qr43nO0GFml&feature=youtu.be>>. Acesso em 2 de junho de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pronunciamento do Relator, dos Amici Curae e voto do relator*. Parte 3. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=c1liHsUqwe4&feature=BFa&list=SPBB4B1B754BD4DF6C&index=1>>. Acesso em 2 de junho de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pronunciamento do Relator, dos Amici Curae e voto do relator*. Parte 4. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=s1FgMnppOwA&feature=BFa&list=SPBB4B1B754BD4DF6C&index=2>>. Acesso em 2 de junho de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pronunciamento do Relator, dos Amici Curae e voto do relator*. Parte 5. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=UdbGunaG9VM&feature=BFa&list=SPBB4B1B754BD4DF6C&index=3>>. Acesso em 2 de junho de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Voto do ministro Gilmar Mendes e Marco Aurélio de Mello*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=SQ5iLsdMY14&feature=related>>. Acesso em 23 de junho de 2011.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.