

JUSTIÇA E DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS: ESTUDO DE CASO DE ADOÇÃO UNILATERAL POR CASAL HOMOAFETIVO*.

Mariana P. Richter¹

Luiz Osório Moraes Panza²

A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.

Eduardo Galeano.

RESUMO

Este artigo trata da relação entre Justiça e Direito, utilizando, para isso, diferentes abordagens teóricas acerca dos temas em questão. O objetivo do artigo é responder à questão: Justiça e Direito são sinônimos? Para tanto, o método de pesquisa utilizado foi o da pesquisa bibliográfica, utilizando concepções teóricas de diferentes autores, e culminando com um estudo de caso para referendar o posicionamento adotado. Em que pese que o conceito de justiça não é algo pacífico na sociedade, buscou-se estabelecer a construção e a relação entre os elementos justiça e direito, os quais, podem influenciar, diretamente, na realidade social vivenciada e nas normas jurídicas existentes. Foram apresentadas diversas correntes que buscam estabelecer o que pode ou não ser considerado justo diante de diferentes situações fáticas, e qual o seu impacto no que tange ao mundo jurídico. Por fim, é defendida a linha teórica adotada no artigo com base nas construções teóricas feitas anteriormente, dando margem, apenas inicialmente, a um debate que se pode dizer, interminável.

Palavras-Chaves

justiça; direito; igualdade; decisões judiciais.

ABSTRACT

This article deals with the relation between Justice and Law, using for this, different theoretical approaches to the issues under consideration. The objective of this article is to answer the

* Esse trabalho foi desenvolvido devido à participação da acadêmica junto ao Núcleo de Iniciação Científica intitulado: Hermenêutica Judicial: a razoabilidade das decisões, das Faculdades Opet, coordenado pelo Prof. Luiz Osório Moraes Panza.

¹ Acadêmica do 6º período do Curso de Direito das Faculdades Opet. E-mail: mariana_social@yahoo.com.br.

² Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor orientador do trabalho e responsável pelo Núcleo de Iniciação Científica em hermenêutica Judicial: a razoabilidade das decisões. E-mail: luizpanza@yahoo.com.br

issue : are Justice and law synonymous? Thus, the research method used was the bibliographical research using theoretical concepts from different authors , and culminating with a case study to endorse the position taken . Despite the concept of justice is not something peaceful in the society, we sought to establish the construction and the relation between the elements justice and law, which can influence directly in the experienced social reality and the existing legal standards . Several theories that seek to establish what may or may not be considered righteous in different factual situations , and their impact in relation to the legal world were presented . Finally, it advocates the theoretical line adopted in the article based on the theoretical constructs previously made , giving rise only initially to a debate that can mean endless.

Key words

justice; law; equality; judicial decisions.

1 INTRODUÇÃO

Abordar o conceito de justiça não é tarefa das mais simples. Por vezes, ao tratar ou pensar no tema, diferentes concepções do que significa o termo “justiça” e qual o seu alcance, comparecem na história e nos pensamentos filosóficos. A tentativa, por vezes vã, de tentar acertar e delinear exatamente tal conceito gera uma série de angústias e, conseqüentemente, contradições. A justiça, que pode ensejar discussões intermináveis acerca de seu alcance e de sua importância histórica, serve não só para iluminar o caminho a ser escolhido ou traçado, bem como, para moldar traçados históricos – em que pese que o verbo “moldar” aqui, não se apresenta como elemento estanque e inflexível, mas apenas, como delineamento de uma história vivida. E é nesse ensejo, que a justiça e o Direito se coadunam, pensando em que medida, tal relação é imbricada e dependente.

Ou seja, seria possível remeter à discussão de que Justiça e Direito seriam sinônimos? Os dois termos apresentam correlações imbricadas de definição e aplicação prática? Neste sentido, o objetivo deste artigo é o de responder a pergunta: Justiça e Direito são sinônimos? Não há a intenção de esgotar o tema, apenas indicando suas nuances-, no que diz respeito à conceituação de Justiça e sua possível, provável ou improvável relação com a ciência do Direito, finalizando o trabalho com um estudo de caso.

A discussão a ser realizada entre os conceitos de Justiça e Direito, com maior enfoque na categoria analítica de justiça, será fundada com base em diferentes concepções teóri-

cas. A metodologia utilizada no artigo foi a de pesquisa bibliográfica, culminando com um estudo de caso para referendar o debate realizado.

2 O CONCEITO DE JUSTIÇA

A construção da justiça é elemento de debate teórico entre diferentes autores e pensadores. Talvez por sua relação mediata e imediata com a realidade cotidiana e prática advinda das relações sociais, talvez pela ânsia de definição do que, efetivamente, trata a tão falada e debatida justiça.

Por vezes, o conceito de justiça e direito são intimamente associados, prescrevendo que, toda ação oriunda do Direito deva ser baseada em princípios de justiça, ou com base em elementos de decisão justas. Porém, cabe a reflexão: “O que é justo?”, ou ainda, “O que é a justiça? Do que ela trata?”. A Justiça e o Direito realmente trabalham de forma relacionada e não podem ser desvinculadas?

Com o objetivo de reforçar a questão, cabe explicar o filósofo Aristóteles, a quem o tema da justiça – e do que poderia ou não ser considerado justo-, se pode atribuir à discussão em épocas remotas.

Na obra *Ética à Nicômano*, de autoria do filósofo Aristóteles (2010), ele dedica um de seus capítulos ao pensamento relativo à justiça e à injustiça e às quais tipos de ações elas podem ser relacionadas. O filósofo, ao tratar do que seria considerado justo ou injusto, afirma que a disposição para fazer o que é justo indica o desejo pelo justo e a desejar o que é justo e, analogamente, o que seria injusto seria vinculado ao desejo do que é injusto, fazendo com que as pessoas ajam injustamente.

Na perspectiva aristotélica, o “ser justo” guardava forte relação com a legalidade, com os preceitos previstos em lei; ou seja, considerava que o que estava previsto em lei poderia ser compreendido enquanto “justiça”. Essa relação não era despropositada: a justiça era relacionada à lei, pois, o papel precípua da legislação seria o de garantir o bem comum, a felicidade de toda a sociedade.

Sendo a justiça considerada sob esse prisma, para Aristóteles (2010), ela era uma

virtude - a mais completa e do mais alto grau de abstração; enquanto que, na contramão, a injustiça era o vício, também por completo. Logicamente, se a justiça possuía toda essa possibilidade de garantir a virtude e de exercê-la, o seu oposto, só poderia ser considerado como o vício, tão nocivo na visão da injustiça. Ele diz: “[...] nesse sentido a justiça não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira; nem seu contrário, a injustiça, é uma parte do vício, mas o vício inteiro.” (Aristóteles, 2010, p. 106).

Para o filósofo, a justiça apenas pode ser usada nas relações humanas regidas por lei; do que se depreende que, o que não está previsto legalmente, não pode se submeter ao crivo do que seria alvo dos conceitos de justiça ou injustiça. Ou seja:

(...) a justiça existe apenas entre homens cujas relações mútuas são regidas pela lei, e a lei existe para os homens entre os quais pode haver injustiça, pois a justiça legal é a discriminação entre o que é justo e injusto. (p. 116)

O filósofo trata ainda do equitativo e da justiça, dizendo ser aquele superior a esta; ou seja, o equitativo surge para “corrigir” as possíveis falhas da lei. A lei é pensada e criada para atender as demandas de forma universal, com o propósito de tentar abarcar todas as situações ali previstas. Porém, quando isso não ocorre – pois nem sempre a lei consegue atender aos anseios de casos particulares-, surge o equitativo. “A natureza do equitativo é uma correção da lei quando esta é deficiente em razão de sua universalidade.” (Aristóteles, 2010, p. 125).

Por fim, para o filósofo, a justiça encontra-se estritamente vinculada à lei, considerando que o objetivo desta é traçar diretrizes para o bem comum de toda a sociedade. E, com base nesses primeiros apontamentos e questionamentos acerca da teoria da justiça, que, a seguir, são apresentadas, algumas “teorias de Justiça” abordadas por diferentes pensadores e com definições próprias.

3 A TEORIA DE JUSTIÇA PARA KELSEN E O PRINCÍPIO DO UTILITARISMO

Para Hans Kelsen, o elemento principal no debate diz respeito à intrínseca diferença entre os conceitos de Justiça e Direito. Em seu estudo, a questão trabalhada diz respeito à conduta humana, traçando um perfil histórico – comparativo entre o homem primitivo e o ho-

mem civilizado, tratando-se da reprovabilidade de conduta humana.

Desse modo, o autor aproxima a discussão quanto à diferença entre os conceitos de Direito e Justiça, afirmando:

Direito e justiça são dois conceitos diferentes. O Direito, considerando como distinto da justiça, é o Direito positivo. É o conceito de Direito positivo que está em questão aqui; e uma ciência do Direito positivo deve ser claramente distinguida de uma filosofia da justiça. (Kelsen, ver ano, p. 08).

Ou seja, o debate acerca do Direito e da Justiça envereda por caminhos distintos, como que cada qual representasse ou possuísse uma função diferente nas relações sociais e nas decisões de ordem jurídica. As questões de fundo social, que ordenam as relações sociais, ou ainda, a “ordem social”, como relata o autor, são baseadas em teoria de justiça e no que possa ser considerado justo. Já o Direito não pode responder se dadas legislações e decisões são justas, pois tais respostas não possuem o condão de serem verificadas cientificamente. Ainda com relação à ordem social, KELSEN (2000) coloca:

O que realmente significa dizer que uma ordem social é justa? Significa que essa ordem regula a conduta dos homens de modo satisfatório a todos, ou seja, que todos os homens encontram nela a sua felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade. É a felicidade que o homem não pode encontrar como indivíduo isolado e que, portanto, procura em sociedade. A justiça é a felicidade social. (Kelsen, 2000, p. 09).

Com base nessa afirmação do autor, cumpre resgatar a teoria utilitarista. Essa teoria, como o próprio nome sugere, busca a “utilidade” das coisas, em prol do bem comum ou da felicidade geral da sociedade. Têm eu seu fundador Jeremy Bentham, sendo conceituada como: “Sua idéia central é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor.” (Sandel, 2013, p. 48). Ou seja, a busca corrente pela felicidade ditava o bem comum, de acordo com a teoria utilitarista, bem como, conforme KELSEN (2000) ponderava em seu trabalho, quando dizia que a justiça estava relacionada à felicidade social.

Neste sentido, corrobora-se a com a concepção de justiça de forma coletiva, com base no bem comum. Na teoria utilitarista, não há espaço para pensar ou defender os direitos individuais, considerando que estes iriam contra a perspectiva utilitária da sociedade e/ou da comunidade de forma geral. Pois, ao referendar perspectivas individualistas, conseqüentemente, estas seriam priorizadas em detrimento do bem maior, que seria o bem comum. Neste ponto insurge o viés polêmico da teoria utilitarista: em benefício da sociedade de modo am-

plo, alguns sujeitos sociais poderiam ser “sacrificados” para que o bem - estar geral pudesse ser alcançado. Ou seja, nesta teoria, tudo se relaciona ao princípio da utilidade coletiva.

Com base nessa visão, SANDEL (2013) ao abordar um exemplo que envolve tortura a determinado sujeito que poderia colocar em risco a totalidade dos sujeitos, instiga:

O argumento a favor da tortura nesse caso começa com um cálculo utilitarista. A tortura inflige dor ao suspeito, reduzindo muito a sua felicidade ou utilidade. Mas milhares de inocentes morrerão se a bomba explodir. Assim, você pode argumentar, nos termos do utilitarismo, que é moralmente justificável infligir dor intensa a uma pessoa se isso evitar a morte e sofrimento em grande escala. (Sandel, 2013, p. 52).

A teoria utilitarista possui como mote fundamental de sua justificação o bem comum, mesmo que, para atingir tal objetivo, um mal maior a determinado sujeito deva ser praticado. Nesse aspecto, pode-se dizer que há um lado racional – e não emotivo – em tal concepção de justiça, o que poderia – em tese – valer para determinadas decisões judiciais.

Cabe então, retomar a perspectiva de Kelsen em alguns outros posicionamentos que ele demonstra em seu trabalho, quando aborda as questões de ordem prática do direito e dos chamados julgamentos de valor.

As ordens sociais, os julgamentos de valor e a própria concepção sobre a justiça são exercidos e criados dentro de um contexto histórico e de dada realidade social. Ou seja, um sistema de valores é construído e elencado de acordo com elementos complexos diante de determinada realidade histórica. E, é com base nesses julgamentos que, por vezes, se constrói as bases para específicas determinações e decisões de âmbito jurídico, que estão relacionadas ao próprio conceito de justiça. Como foi dito: “Todo sistema de valores, em especial um sistema de moral com a sua ideia central de justiça, é um fenômeno social [...]” (Kelsen, 2000, p. 11). Ou seja, aqui se pode aferir o próprio risco das decisões, ao considerar que, apesar da concordância com os princípios e valores que regem um sistema, isso não representa, sobremaneira, que tais valores estejam corretos. Nesse ínterim é que KELSEN (2000) sugere o cuidado com as questões subjetivas que podem interferir nas decisões. Ou, como ele ainda menciona: “O critério de justiça, como o critério da verdade, não depende da frequência com que são feitos julgamentos sobre a realidade ou julgamentos de valor”. (Kelsen, 2000, p. 12).

Neste quesito, o autor faz alusão às diferenciações entre o Direito Natural e o Direito Positivo, e sua relação com a justiça. No Direito Natural, a ordem jurídica positiva é reflexo da justiça natural, considerando que elas justificam o que é compreendido pelo homem

enquanto justo. Ou seja: “O Direito positivo é justificado apenas na medida em que corresponda ao Direito natural.” (Kelsen, 2000, p. 17). Assim, é notório que o Direito Natural – para seus defensores- regularia as relações jurídicas e estas só seriam compreendidas como justas, na medida em que representassem os primados do Direito Natural.

Para finalizar esse subitem, importa elucidar o questionamento de validade científica que o autor proporciona no que diz respeito à justiça. Para ele, a justiça é uma ideia irracional (KELSEN, 2013), já que ela não estaria sujeita à cognição racional, logo, não poderia ainda, ser objeto da ciência. Para suprir essa necessidade, há o Direito Positivo, que “Tal cognição pode entender apenas uma ordem positiva evidenciada por atos determinados objetivamente. Essa ordem é o Direito Positivo. Somente isso pode ser objeto da ciência [...] Ela busca um Direito real e possível não o correto.” (Kelsen, ver ano, p. 19).

O que fica como elemento concreto de compreensão do proposto por Kelsen é que, o ideal e o conceito de justiça é intrinsecamente contrário ao vocábulo Direito. Este último é maior valorado para o autor, considerando que é o único portador de cientificidade, enquanto que aquele é ausente de debate científico, sendo ponderado por juízos de valor ou subjetividades.

A teoria utilitarista, neste contexto, busca a ordem social e a justiça com fundamento no bem comum coletivo, sendo que, se necessário, dados sujeitos em específica situação social podem responder ou “arcar” com as consequências do que seria “útil” à sociedade. Deste modo, o Direito regula as relações sociais de forma ordenada e positiva, sendo racional, enquanto que a justiça seria apenas um conceito filosófico a ser debatido mas, que, nem sempre, corresponde aos ditames jurídicos.

3.1 A teoria de justiça para Bobbio e a ideologia libertária

Na continuidade do debate acerca de justiça e Direito, outro autor que escreve sobre o tema é Norberto Bobbio, explicitando especificamente a questão da Teoria Geral do Direito. Deve-se então, relacionar seu debate aos pressupostos da ideologia libertária, fazendo o contraponto com o que diz o aludido autor.

BOBBIO (2010) inicia seu trabalho argumentando que a experiência jurídica é uma experiência normativa. O desenvolvimento da sociedade, suas orientações e conceitos podem ser construídos sob a forma de regras de conduta. Se assim o é, os homens são regidos por regras de conduta estabelecidas socialmente para uma convivência pacífica.

Diante de tais regras, estas podem ser expressas, escritas ou, numa melhor definição, normativas, chamadas de normas jurídicas. Porém, além dessas normas existem outras influências, como: “Além das normas jurídicas, existem preceitos religiosos, regras morais, regras sociais, regras do costume, regras daquela ética menor que é a etiqueta, regras da boa educação e assim por diante”. (Bobbio, 2010, p. 17). Ou seja, a sociedade é formada por um complexo e uma mistura de normas, sejam elas escritas – normativas – ou sociais, estabelecidas por conveniência e costume.

O autor, ao tratar de teorias que explicam o direito, aborda a Teoria da Instituição, proposta por Santi Romano (1945) que sugere os três elementos essenciais em sua definição, quais sejam:

[...] deve remeter-se ao conceito de sociedade. Isso em dois sentidos recíprocos [...] o que não sai da esfera puramente individual, o que não supera a vida do indivíduo como tal não é direito (*ubi ius ibi societas*) e, [...] não existe sociedade, no verdadeiro sentido da palavra, sem que nela se manifeste o fenômeno jurídico (*ubi societas ibi ius*).

[...] o conceito de direito deve conter a ideia de ordem social[...] Toda manifestação social, pelo simples fato de ser social, é ordenada ao menos em relação aos consócios...

A ordem social posta pelo direito não é dada pela existência[...] de normas que disciplinam as relações sociais[...] Isso significa que, antes de ser norma, antes de se referir a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, posição da própria sociedade em que se desenvolve, e que ele constitui como unidade, como ente distinto. (Bobbio, 2010, p. 20-21- grifos do autor).

Ou seja, nesta teoria, o que importa para a construção do conceito de Direito é: a sociedade, a ordem e a organização. À sociedade ordenada e organizada é que Romano chama de instituição. (BOBBIO, 2010). Para concluir a concepção de Romano, o autor menciona: “[...] pode-se perfeitamente admitir que o direito pressupõe a sociedade, ou seja, é o produto da vida social; mas não se pode admitir que toda sociedade é jurídica”. (Bobbio, 2010, p. 22).

Depreende-se dessa afirmação que, em toda sociedade, pela sua forma de organização, pelos costumes e regras de conduta, a partir disso o Direito pode se fazer presente; porém, independentemente desse fator, nem toda sociedade é jurídica, ou porque não dizer, normativa.

A teoria do Direito como instituição, rompe com a proposta do Direito a partir da teoria estatista de Estado, considerando como Direito apenas as relações estabelecidas no âmbito estatal, ou do Direito do Estado. É possível dizer que a teoria da Instituição é “uma reação ao estatismo”. (Bobbio, 2010, p. 23).

Para distinguir ainda, a teoria da Instituição com a teoria estatista, diz que:

As definições de termos científicos são convencionais [...], o que significa que ninguém tem o monopólio da palavra ‘direito’, e que ela pode ser usada em sentido mais amplo ou mais restrito conforme a oportunidade, cujo único juiz é o próprio cientista. Quem afirma que é direito apenas o direito estatal usa a palavra ‘direito’ em sentido restrito. Quem considera, seguindo os institucionalistas, que é direito também aquele de uma associação para delinquir, usa o termo ‘direito’ em sentido mais amplo. [...] me parece mais oportuna a definição ampla, ou seja, a proposta pelos institucionalistas, pois, limitando o significado da palavra ‘direito’ às normas de conduta promulgadas pelo poder estatal, vai-se contra o uso linguístico geral que chama direito também o direito internacional e aquele da Igreja[...]. (Bobbio, 2010, p. 25).

O autor, defensor claro da teoria normativa, por vezes parece elucidar tais teorias como forma de fortalecer e solidificar a teoria normativa. BOBBIO (2010) defende que as relações só são jurídicas devido à existência das normas jurídicas que a orientam. Ou, na expressão do próprio autor: “[...] não diremos que uma norma é jurídica porque regula uma relação jurídica, mas sim que uma relação é jurídica por ser regulada por uma norma jurídica.” (Bobbio, 2010, p. 34). Denota-se, neste princípio, a prevalência da norma jurídica expressa na teoria do autor em questão.

Sendo assim, o autor se propõe ao estudo das regras de conduta, afirmando existir problemas que devam ser ponderados. Ao defender a teoria de uma norma jurídica de fundamentos sólidos, importa que tais normas estejam sempre sujeitas a três valorações distintas, as quais são independentes entre si. A tríplice ordem de problemas sugerida pelo autor é: 1) se ela é *justa* ou *injusta*; 2) se ela é *válida* ou *inválida*; 3) se ela é *eficaz* ou *ineficaz*.

E é neste ponto que, após trabalhar o conceito de Direito, Bobbio traz à reflexão a questão da justiça no ordenamento, ou melhor, nas normas jurídicas. Ao considerar que, as normas jurídicas podem – ou não- representar o conceito de justiça, ou quiçá, ser sinônimo de justiça nas suas decisões, considerar a tríade de problemas abarca a questão. Porém, considerando o tema em debate, será trabalhado apenas o primeiro problema da tríade, ou seja, se ela é justa ou injusta.

Como relata Bobbio:

O problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores

últimos ou finais que inspiram determinado ordenamento jurídico. [...] O problema de saber se uma norma é ou não justa é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquilo que deve ser; norma injusta é aquilo que não deveria ser. (Bobbio, 2010, p. 37- 38)

Logo, a partir dessa conceituação, refletir sobre o que de fato é ou não justo ultrapassa a questão de ordem prática. É necessário estabelecer conexões, analisar possibilidades e teorias de justiça que remetam ao princípio da Justiça. Afinal, quem decide se uma norma é ou não justa? Poderíamos dizer que a teoria escolhida, a que mais se adapta ao que o sujeito pensante acredita como correto sendo que, tal sujeito, também passou por uma série de orientações e costumes durante sua vida que o fizeram acreditar em dado critério ou concepção de justiça.

Já abordada anteriormente, a teoria utilitarista de justiça, na qual se prepondera o bem comum e a busca pela felicidade de todos na busca e na consolidação da justiça, em que pese que, em alguns casos, um pequeno grupo poderá ser isolado ou prejudicado em prol da coletividade.

Na esteira diretamente contrária a esse pensamento, está a teoria de justiça denominada libertária, proposta por Immanuel Kant. Ele afirma que “[...] a moral não diz respeito ao aumento da felicidade ou a qualquer outra finalidade.[...] ela está fundamentada no respeito às pessoas como fins em si mesmas.” (Sandel, 2013, p. 137). Para essa teoria, o respeito ao ser humano, ao direito individual suprimem qualquer alegação de coletividade ou de bem comum. O que deve ser feito diz respeito a respeitar diferenças e direitos humanos das pessoas envolvidas. Kant repudia o utilitarismo:

[...]Ao basear direitos em um cálculo sobre o que produzirá a maior felicidade, argumenta ele, o utilitarismo deixa esses direitos vulneráveis. [...]O simples fato de a maioria, por maior que seja, concordar com uma determinada lei, ainda que com convicção, não faz com que ela seja uma lei justa. (Sandel, 2013, p. 138).

Ou seja, para Kant, o que importa é o motivo. Deve-se agir de forma justa, e cada cidadão tem direito a ter os seus direitos, independentemente do bem da coletividade ou da sociedade como um todo. Como ele relata: “[...] somos merecedores de respeito [...] porque somos seres racionais, capazes de pensar; somos também seres autônomos, capazes de agir e escolher livremente”. (Sandel, 2013, p. 139).

Na teoria libertária, a justiça é relacionada ao que deve ser feito, ao que é correto, com base no fundamento de que todas as pessoas possuem os seus direitos, de forma in-

equivoca.

3.3 A teoria de justiça para Rawls

Para finalizar as teorias de justiça que serão trabalhadas neste artigo, importa referenciar o que foi proposto por John Rawls. O autor se opõe, inicialmente, às teorias intuitionista e utilitarista, justificando sua oposição.

No que diz respeito à primeira, o autor menciona a falha mais peculiar dessa proposta, qual seja: “[...] a incapacidade de propor um sistema de regras capaz de hierarquizar nossas intuições [...] não nos oferece uma boa orientação para distinguir intuições corretas de incorretas.” (Gargarella, 2008, p. 03). Já, com relação ao utilitarismo, ele sugere que é contrário à teoria, já que é difícil considerar as preferências de cada um dos possíveis afetados, independentemente do conteúdo específico das reivindicações particulares de cada um deles. Ou ainda, “[...] a ideia de Rawls é que deveríamos rejeitar certo tipo de cálculos, que poderíamos considerar aceitáveis no nível pessoal, quando são passados por uma pluralidade de indivíduos.” (Gargarella, 2008, p. 07). Ou ainda, seria inaceitável impor sacrifícios às gerações presentes em prol de benefícios para as gerações futuras. (Gargarella, 2008, p. 07).

Sendo assim, a teoria de justiça proposta por John Rawls apresenta suas características específicas. Também conhecida como o contratualismo, Rawls menciona o “contrato hipotético”. Tal contrato significaria um acordo estabelecido no que diz respeito às condições e escolhas relativas à justiça, porém, tais escolhas seriam feitas em “condições ideais” de tal escolha. Ou seja, a opção por determinada escolha do que seria ou não considerado justo deveria ser realizada de forma “neutra”, sem a interferência de interesses pessoais ou particulares por parte dos agentes que proporia tal contrato à sociedade de forma geral. Esse contrato seria importante, pois: “[...] o contrato tem sentido fundamentalmente porque reflete nosso *status* moral igual, a ideia de que, de um ponto de vista moral, o destino de cada um tem a mesma importância – a ideia de que todos nos equivalemos.” (Gargarella, 2008, p. 18). Para referendar o contrato que orientaria as regras estabelecidas socialmente, têm-se que:

A cada um deve ser assegurada a livre possibilidade de jogar, de contrair contratos dos mais diferentes tipos, sendo o seu resultado o fruto de sua habilidade, do acaso das circunstâncias e de sua perseverança. Nada lhe pode ser antecipado, a não ser

que as leis e regras jurídicas assegurem o completo desenvolvimento de sua capacidade de escolha, sendo imparciais, não privilegiando a ninguém, contemplando a todos, em qualquer tempo, e, sobretudo, à luz do futuro, como pessoas. (Rosenfield, 2010, p. 118).

Com base nesse contrato, Rawls também defende determinados princípios de justiça, os quais deveriam ser aplicados à sociedade, em sua estrutura básica. Aponta, nesse sentido, o objeto primário de justiça, que seria:

[...]a estrutura básica da sociedade ou, mais exatamente, o modo como as instituições sociais mais importantes distribuem os direitos e deveres fundamentais, e determinam a visão das vantagens provenientes da cooperação social.” (Gargarella, 2008, p. 19)

No contratualismo de Rawls, além da importância do contrato para a sociedade e os princípios de justiça que os deveriam elencar, estão ainda presentes os agentes que deveriam optar por tais escolhas de justiça – porque não dizer diretrizes-, os quais deveriam estar submetidos ao “véu da ignorância”. O véu da ignorância foi trabalhado por SANDEL (2013), conceituando:

Ao fazer com que as pessoas ignorem sua posição na sociedade, suas forças e fraquezas, seus valores e objetivos, o véu de ignorância garante que ninguém possa obter vantagens, ainda que involuntariamente, valendo-se de uma posição favorável de barganha. (Sandel, 2013, p. 188).

Ainda no contrato hipotético, GARGARELLA (2008) menciona os “bens primários” que tais agentes devem escolher, sejam eles os de tipo social (distribuídos pelas instituições sociais como riqueza, oportunidades e direitos) e os de tipo natural, como os talentos, saúde, inteligência, entre outros.

E, consolidando a teoria de justiça para John Rawls, surge mencionar o princípio da diferença, que, pode-se dizer, seria a “motriz” de tal teoria de justiça. Com esse princípio, se propõe que: “[...] a superação de uma ideia de justiça distributiva, habitual em sociedades modernas, segundo a qual o que cada um obtém é justo se os benefícios ou posições em questão também forem acessíveis aos demais.” (Gargarella, 2008, p. 25).

Justiça, na teoria de John Rawls seria sinônimo de contrato estabelecido por pessoas (agentes) não influenciadas ou manipuladas por seus próprios interesses, direcionados pelo “véu da ignorância” o que, a princípio, os possibilitaria escolher melhores opções e condições de vida mais justas a todos. Finaliza ainda, pontuando que o princípio da diferença

seria o justo, o que significa dizer que, apesar das diferenças pessoais presentes na sociedade, o que importa é que as condições propostas sejam acessíveis a todos; detendo eles, a capacidade de escolha.

4 METODOLOGIA

No contexto da pesquisa, os métodos são compreendidos como forma de atingir os objetivos esperados. Ou ainda, como “caminho para se chegar a determinado fim”. (Gil, 2008, p. 08). Desse modo, no que diz respeito ao tipo de pesquisa, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, conceituada como: “ quando elaborada a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos de periódicos e atualmente com material disponibilizado pela internet.” (Silva; Menezes, 2001, p. 21).

Para referendar esse estudo, para além da pesquisa bibliográfica, o estudo de caso foi escolhido como opção interessante, pois “é aplicado com o objetivo de se compreender os diferentes fenômenos sociais, em que não há uma definição substancial sobre os limites entre o fenômeno e o contexto.” (Yin apud Santos, 2011, p. 01).

5 ESTUDO DE CASO: A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO UNILATERAL POR UM CASAL HOMOAFETIVO

Após o debate teórico acima efetuado no que tange à teoria de Justiça e ao Direito, verificando, de forma geral, que tais elementos não são sinônimos, cabe transportar tais elementos à realidade fática. Importa, porém, elucidar, que justiça e Direito, na concepção desta autora, são conceitos distintos, porém, estritamente relacionados. Não há que se falar de Direito – do direito normativo ou positivo-, sem refletir à teoria de Justiça que o molda e define, nas concepções sociais que o direcionam e nas consequências das decisões com base neste princípio normativo.

O caso em tela trata do Recurso Especial nº 1.281.093- SP, com o pedido de ado-

ção unilateral em caso de união homoafetiva. O nascimento da criança foi fruto de planejamento do casal homoafetivo, que já vivia em condição de união estável antes do referido nascimento. No entanto, o recurso provém do Ministério Público Estadual de São Paulo, apontando a impossibilidade jurídica de adoção de criança ou adolescente por pessoas do mesmo sexo. A argumentação jurídica do MP/SP que menciona como exemplo a afronta ao conteúdo dos artigos 226 da CF88 e art. 1723 do CC/2002, não encontra mais sustentação jurídica, após a ADI 4277/STF. Em que pese que nos dois presentes artigos são mencionados e reconhecidos como família a união entre “homem e mulher”, a legislação infraconstitucional silenciou sobre a união entre pessoas do mesmo sexo. No silêncio da lei, mas com fulcro nos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal equiparou os direitos das uniões estáveis homo e heteroafetivas.

Com a equiparação das uniões estáveis homoafetiva às heteroafetivas – por meio da ADI 4277-, não foi justificado e compreendido pelo STJ como inviável a adoção unilateral nesse modelo de relação familiar estabelecido, negando então, provimento ao RE. Em que pese todo o debate que se fez – e ainda se faz- no que tange à separação dos três poderes e da atuação do STF para além de sua atribuição originária – extrapolando seus limites-, tal norma se encontra pacificada pelo entendimento majoritário.

Deste modo, com base na incursão teórica acima realizada no que tange à justiça: o entendimento do STJ quanto à equiparação e igualdade para adoção unilateral por uma das pessoas do casal homoafetivo, é justo? Equiparar as duas relações familiares (união estável homoafetivo à heteroafetivas) é uma decisão justa? A decisão dos ministros do STJ é sinônimo de justiça? E o Direito, como pode ser vinculado à justiça nesse pormenor?

Estes questionamentos remetem à aplicação prática do conceito de justiça na realidade cotidiana da disciplina do Direito. É importa elucidar que, as decisões no âmbito jurídico devem acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade. Para tanto, acompanhar e compreender as novas concepções de famílias e formas de relacionamento aponta para elementos iniciais fundamentais para tratar da decisão acolhida.

A complexa questão entre justiça e direito se demonstra de forma latente no estudo de caso apresentado. As decisões jurídicas só podem ser realizadas com base no ordena-

mento jurídico pátrio, consoante o que dispõem as legislações infraconstitucionais e a Constituição Federal. Nesse ínterim, está-se diante do que seria o Direito. Porém, tais preceitos do ordenamento jurídico pátrio, demonstram a base teórica e filosófica com a qual tal ordenamento foi fundamentado. Na relação entre o que fundamentou filosoficamente o ordenamento jurídico pátrio e o que está posto como norma jurídica, há o conceito do que se entende por justiça no país. Isso não quer dizer que, as normas são justas, mas sim, que as normas foram feitas com fulcro no que se acreditou ser o justo – socialmente aceito. Ou seja, o Direito entendido como instrumento da justiça – mesmo que tal conceito de justiça no ordenamento pátrio não seja considerado de forma unânime.

Para, além disso, dentre as teorias de justiça apresentadas no trabalho, opta-se pela **teoria contratualista** de John Rawls, com aplicação no estudo de caso. O princípio da diferença proposta pela teoria fundamenta esse estudo de caso. Tal princípio afirma que, apesar das condições pessoais, o que importa é que as condições de acesso e escolha sejam oferecidas a todos da mesma maneira. E foi o que se identificou no caso em tela. Ao oferecer o mesmo direito garantista aos casais heteroafetivos agora aos casais homoafetivos, referenda-se tal princípio. Claramente, a teoria contratualista não se encontra desenvolvida de forma plena, já que os agentes sabem sua posição e os “benefícios ou malefícios” da decisão escolhida. Fato que também pode ser encontrado nas demais teorias de justiça, pois, como é sabido, as adequações e conquistas do proposto em teorias e doutrinas intelectuais detém um alcance de longo prazo para sua aplicação prática.

Porém, ao oferecer as mesmas condições, tratando de forma isonômica os sujeitos, transmuta a ideia de igualdade de acesso e de condições aos sujeitos sociais. Sendo assim, é possível afirmar que o direito pode aplicar a justiça, ou seja, o direito não é sinônimo da justiça, mas pode ser entendido como instrumento de aplicação justa. Como relata JUNIOR (2013): “[...] a justiça não é o sentimento que cada qual têm do seu próprio bem – estar ou felicidade, mas, se trata do reconhecimento de que cada qual deve respeitar o bem e a dignidade dos outros[...]” .(Junior, 2013, p. 210).

Ao oferecer uma resposta ao caso concreto, o STJ – por meio de seus agentes interlocutores-, acabou por direcionar uma orientação a ser adotada no caso em tela. Desse modo, urge a compreensão de que, as decisões judiciais adotadas cotidianamente, podem causar grande impacto social por meio de seus direcionamentos.

6 CONCLUSÃO

Tratar do tema e do conceito de Justiça não é tarefa fácil. Diferentes linhas teóricas surgem, seja a utilitarista, a libertária, o contratualismo, entre outras, tentando orientar o caminho a ser traçado ou qual opção de escolha a seguir quando se trata do tema.

Justiça, ao mesmo tempo em que parece vocábulo de fácil definição – pois cada cidadão tem a sua concepção-, é de uma complexidade intensa, pois orienta caminhos, confunde decisões e direciona opções – sejam teóricas ou políticas, mas, certamente, sociais. A estreita relação entre justiça e o consenso social, as relações sociais e as regras jurídicas que afetam sobremaneira o coletivo, influenciam sua conceituação. Mas, para além dessas reflexões, cabe aqui elucidar – mesmo que minimamente, ou quem sabe dizer incidentalmente- algumas reflexões quanto ao objetivo deste trabalho, qual seja: Justiça e Direito são efetivamente sinônimos?

Como já postulado anteriormente, em que pese que tais vocábulos não sejam sinônimos, eles apresentam relação imbricada e de forte vinculação. Não há que se falar em Justiça e Direito de forma estanque, compartimentalizada ou separada, como querem alguns teóricos, na ânsia de defender seu ponto de vista. Justiça e Direito constituem acepções teóricas importantes e direcionadoras de decisões a ser tomadas. Enquanto a Justiça representa como que, um “tratado teórico” acerca do que se encontra corroborado na sociedade de forma geral, o Direito (ideal) seria a expressão dessa justiça. É importante elucidar que está a se pensar em sociedades organizadas e regidas por ordenamento jurídico – seja ele expresso por normas jurídicas ou pelos costumes-, para que se faça essa análise da justiça enquanto elemento balizador do Direito.

A justiça seria – ou deveria ser- a base fundante do Direito, de suas aplicações e decisões. A organização judiciária, contando com seus órgãos de representação e de decisão perante os casos concretos, deve ser construída com base em princípios de justiça e igualdade perante os cidadãos. Já é de notório conhecimento a polêmica estabelecida no que tange ao conceito de justiça, mas, compreendendo que tal conceito deva ser discutido amplamente entre os envolvidos, igualando as oportunidades de escolha e possibilidades de participação, se-

ria mais democrático a definição de sua concepção. E, com base nessa concepção, aplicar-se-iam as regras de Direito correspondentes ao debatido amplamente em sociedade.

Alguns podem dizer que tal proposta seria utópica e impossível na realidade fática do cotidiano. Mas, não estaria aí, exatamente na utopia, a possibilidade de amadurecimento da proposta? Justiça e Direito devem caminhar juntos, como elementos de extrema relevância à construção de uma igualdade social.

É necessário que se compreenda que, no ordenamento jurídico brasileiro e tendo em vista sua estrutura jurídica – com tribunais superiores de decisão-, as decisões prolatadas diante do ordenamento jurídico influenciarão sobremaneira as relações sociais e o que será aceito como justo ou injusto perante a sociedade – mesmo que isso não implique em uma opinião majoritária.

Logo, a opinião teórica aqui defendida é que, justiça e direito devem caminhar juntos, na mesma direção, com o objetivo primordial de propiciar não apenas discussões acerca do que seria ou não considerado justo numa sociedade, mas, principalmente, enquanto possibilidade de construção de uma sociedade mais justa. Defende-se a teoria contratualista, em que as mesmas condições de acesso sejam oferecidas aos cidadãos. Ou seja, justiça entendida como princípio de igualdade de oportunidades e participação dos cidadãos na sociedade; e o Direito como forma objetiva (expressa) de consolidação do princípio do justo.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômano**. Trad. Torrieri Guimarães. 4^a ed. São Paulo: ed. Martin Claret Ltda., 2010.

BOBBIO, N. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GARGARELLA, R. **As teorias da Justiça depois de Rawls** – um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GIL, A.C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6^a. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RICHTER, Mariana p.; PANZA, Luiz Osório Moraes. Justiça e Direito Nas Decisões Judiciais: Estudo de Caso de Adoção Unilateral Por Casal Homoafetivo. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

LEITE, G.S.; SARLET, I.W. (coord). **Constituição, Política e Cidadania-** em homenagem a Michel Temer. Porto Alegre: GIW, 2013.

ROSENFELD, D.L. **Justiça, Democracia e Capitalismo.** 3ª. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SANDEL, M.J. **Justiça-** o que é fazer a coisa certa. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, F.M. Estudo de Caso como Ferramenta Metodológica. **In: Revista Meta: Avaliação. Vol. 03.** Nº 09. 2011. Disponível em: <<http://metaavaliacao.cesgranrio.org.br/index.php/metaavaliacao/article/view/132/162>>. acessado em 27/06/2013.

SILVA, E.L. da; MENEZES, E.M. **Metodologia da pesquisa e elaboração da dissertação.** 3ª. ed. rev. e atual. Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância da UFSC, 2001. Disponível em: ftp://ftp.unilins.edu.br/brenoortega/metodologia/metodologia_de_pesquisa.pdf, acessado em 30. 11. 2013.