

Jul./Dez. de 2016

A RACIONALIDADE DO CASAMENTO COMO COMUNIDADE INTEGRAL DIANTE DA ÉTICA EMOTIVISTA MODERNA

THE RATIONALITY OF MARRIAGE AS A COMPREHENSIVE COMMUNITY IN FACE OF MODERN EMOTIVISTIC ETHICS

Victor Sales Pinheiro *

Dienny Estefhani M. B. Riker**

Recebimento em 10 de outubro de 2016.

Aprovação em 15 de dezembro de 2016

Resumo: O objetivo desse trabalho é analisar, a partir de pesquisas bibliográficas, o conceito de família e casamento, identificando traços emotivistas atualmente presentes na visão pautada na afetividade e pluralidade, para, então, apresentar o argumento inovador desenvolvido por um grupo de filósofos americanos, sendo Robert P. George o principal representante, segundo o qual o casamento é uma comunidade integral intrinsecamente voltada à vida familiar. Concluímos que o argumento proposto, também conhecido como a *visão conjugal do casamento*, logra apresentar fundamentação objetiva tanto para o casamento, quanto para suas normas reguladoras e conexão com a vida familiar – o que não é realizável em uma moldura emotivista.

Palavras-chave: Emotivismo. Família. Casamento. Comunidade de natureza integral.

Abstract: The goal of this article is to analyze the concepts of family and marriage, identifying emotivists traits currently present in Brazil's mainstream view of marriage based upon the values of affection and diversity. Afterwards, we present the argument developed by a group of american philosophers, specially Robert P. George, which claims that marriage is a comprehensive union intrinsically related to family life. The methodology adopted is

* Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará - UFPA, Belém-PA, Brasil. Doutor em Filosofia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro –PUC-RIO). Graduado em Direito no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Coordenador do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural”. Contemplado com a Bolsa da Chamada MCTI/CNPQ/MEC/CAPES Nº 22/2014. Site: www.dialetico.com.br.

** Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Pesquisadora no Grupo de Pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural” e coordenadora do grupo de estudo “Família e a Nova Teoria do Direito Natural”, vinculado ao grupo de pesquisa. E-mail: deriker.adv@gmail.com.

exclusively bibliographical research and the conclusion is that the argument also known as *the conjugal view of marriage* builds up a strong case for objective foundations of marriage, its laws and family – unlike any conception coming from an emotivist background.

Keywords: Emotivism. Family. Marriage. Comprehensive community.

INTRODUÇÃO

A importância da família para o desenvolvimento da sociedade sempre foi um tema seriamente confrontado. A compreensão da família como comunidade constituída pela união matrimonial indissolúvel entre um homem e uma mulher, a par do prestígio social e proteção jurídica que gozava a menos de 50 anos, tem sido contundentemente desafiada pela contemporaneidade. Os dispositivos que regeram o direito de família em solo nacional, desde as disposições do Concílio Tridentino e Constituições do Arcebispo da Bahia (SIMAS, 1958, p. 99), até o código de 2002 (embora menos contundente), sempre deram lugar de destaque à instituição do matrimônio. No entanto, diversas transformações sociais, culminando no impasse emotivista, pautado na incomensurabilidade de argumentos no campo moral, afetaram profundamente essa instituição, impactando significativamente e reescrevendo suas características morais e jurídicas.

O objetivo deste artigo é analisar, a partir de pesquisas bibliográficas, o conceito de família e casamento, identificando traços emotivistas atualmente presentes na visão pautada na afetividade e pluralidade, para então, apresentar o argumento inovador desenvolvido por um grupo de filósofos americanos, sendo Robert P. George o principal representante. Sua tese fundamental é de que o casamento é uma comunidade integral intrinsecamente voltada à vida familiar.

Robert George, atualmente professor da Universidade de Princeton, encontra-se na vanguarda dos pensadores da Teoria Neoclássica da Lei Natural – marco teórico mais abrangente no qual a visão conjugal do casamento está incluído. O revigoreamento da teoria neoclássica teve início em 1965, com a análise da razão prática no artigo “The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2 Question 94, Article 2” de Germain Grisez. Posteriormente, John Finnis, um dos primeiros colaboradores e coautores de Grisez, desenvolveu a teoria no âmbito jurídico. George foi orientando de Finnis quando realizava seus estudos de doutorado na Universidade de Oxford. Entre suas principais obras, destacam-se *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality* (1993), resultado de sua pesquisa como *visiting fellow* em Oxford entre 1988-1989; *Natural Law and Moral Inquiry* (1998); *In Defense of Natural Law* (1999); *Natural Law, Liberalism, and Morality* (2001); *What Is Marriage? Man and Woman: a Defense* (GEORGE, ANDERSON, GIRGS, 2012) e *Conjugal Union: What Marriage Is and Why It Matters Man And Woman* (GEORGE, LEE, 2014).

O trabalho se justifica tanto pelo momento histórico atual, de repensar conceitos, quanto pela originalidade do argumento também conhecido como a visão conjugal do casamento. De fato, não existem traduções de nenhuma das obras que tratam sobre o assunto ao português, o que justifica o esforço de compreensão e divulgação para a discussão

brasileira. O argumento foi publicado pela primeira vez no artigo da revista de direito da universidade de Harvard, em 2010, sob o título *What Is Marriage? Man and Woman: a Defense*, e, em 2012, foi ampliado e transformado em livro com o mesmo título, pelos coautores R. George, R. Anderson e S. Girgs.

Este artigo está dividido em três partes: inicialmente apresentamos a moldura emotivista da ética contemporânea, discorrendo sobre o conceito de família; em seguida, pontuamos algumas transformações específicas no conceito de casamento; e, finalmente, expomos a definição de casamento como uma comunidade de natureza integral.

1 A MOLDURA EMOTIVISTA DA ÉTICA CONTEMPORÂNEA E O CONCEITO DE FAMÍLIA

A reflexão sobre a moldura emotivista da modernidade nos ajuda a compreender o problema que surge na conceituação de família e casamento. Alasdair MacIntyre apresenta o emotivismo como a tese metaética característica da modernidade, segundo a qual *nenhum argumento moral é resolvível, e nunca o foi*. O emotivismo diferencia entre elementos factuais, que podem ser objetivamente verdadeiros ou falsos, e elementos morais, em que a concordância não pode acontecer com base em critérios objetivos, mas apenas pela manipulação das emoções alheias. Para o emotivismo, “chega-se ao acordo, caso se chegue, ao se produzir certos resultados não-rationais sobre as emoções ou o comportamento dos que discordam” (MACINTYRE, 2001, p. 31). Portanto, não existe nenhum método racional de comunicação e consenso moral. Nesse diapasão, como os limites para o que se possa apreciar no campo da moral só poderiam advir de critérios racionais de avaliação, o eu emotivista (*the emotivist self*) não tem limites para o que possa julgar, mas “tudo pode ser criticado de qualquer perspectiva que o eu adotar, inclusive a própria escolha da perspectiva a adotar” (MACINTYRE, 2001, p. 64). A consequência disso, é que ser um agente moral significará a possibilidade de:

afastar-se de qualquer situação em que se esteja envolvido, de toda e qualquer característica que se possua, e emitir juízo sobre ela de uma perspectiva universal e abstrata totalmente destacada de qualquer particularidade social. Qualquer pessoa pode, então, ser um agente moral, porque é no eu, e não nos papéis ou nos costumes sociais que deve residir o agir moral. (MacIntyre, 2001, p. 64)

Esse *eu* moderno ocupa papéis apenas acidentalmente, ele nunca é uma atualização de potências morais previamente inscritas na sua natureza. Desse modo, o *eu* emotivista não possui nem conteúdo, nem identidade social necessários, podendo ser *qualquer* coisa e assumir *qualquer* papel ou opinião, porque em si mesmo e para si mesmo, ele não é *nada* (MacIntyre, 2001, p. 65). Entendido nesses termos, o “eu emotivista não pode ter histórico racional em suas transições de um estado de compromisso moral para outro [...] É um eu sem continuidades dadas” (MacIntyre, 2001, p. 67).

Jul./Dez. de 2016

O eu agora é tido como carente de qualquer identidade social necessária, porque o tipo de identidade social de que um dia gozou não está mais disponível; o eu agora é tido como destituído de critérios, porque o tipo de *telos* sob cujas condições ele outrora julgava e agia não é mais considerado digno de crédito. (MacIntyre, 2001, p. 68).

Para os civilistas do código anterior, de 1916, os contornos de família eram restritos aos liames conjugais, filiais e sanguíneos deles derivados. Todavia, a construção de um novo conceito de casamento, fundado sobre o afeto (FACHIN, 1999, p. 35-37; LENZA, 2011, p.1042), e desassociado de suas funções unitiva¹ e procriativa, trouxe aos civilistas atuais uma concepção *plural* de família². Dentro dessa nova concepção, deve-se priorizar a família socioafetiva, com destaque para a função social da família (LENZA, 2011, p.1103). Nessa linha, doutrinadores, a exemplo do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, afirmam que todas as uniões, em igualdade jurídica, são fontes de relações das famílias; e, uma vez erigidas sobre o afeto, todas são dignas de reconhecimento (FACHIN, 1999, p. 162).

Esse posicionamento diverge significativamente do adotado pelo civilista Henrique Simas, o qual, em 1958, apresentava o conceito de família afirmando, de maneira simples que “a família [...] tem sua origem na união do homem com a mulher, da qual nascem os filhos e se desenvolve a prole”, e ainda que “ocasamento é a base legal da família reconhecida como tal pela ordem jurídica” (SIMAS, 1958, p. 98). É óbvio que uma afirmação não é prova de si mesma – a não ser que seja autoevidente –, mas essa conceituação nos remete a alguns critérios que restringem e identificam pilares para a instituição jurídica do casamento e da família.

A posição de Simas reconhece a relação intrínseca entre sexo, casamento e família. Fato é que as Revoluções Sexuais, o desenvolvimento da tecnologia de reprodução assistida, a descoberta da pílula contraceptiva e a promoção de direitos sexuais pelo movimento feminista, ajudaram a desassociar a procriação do sexo, e, em seguida, o sexo e a procriação do casamento, cingindo a conjugalidade da parentalidade (WILCOX, 2010). Somado a isso, a preeminência da técnica e o subjetivismo moral incomunicável obscureceram e obstaculizaram a análise moral desses institutos tanto individualmente, quanto em suas relações uns com os outros, diante da tese da incomensurabilidade dos argumentos morais. Este artigo não visa analisar hermeneuticamente a história cultural, mas propor uma análise racional do instituto do casamento, a partir de suas características essenciais, presentes em sua própria constituição.

¹ Apesar de associado à união emocional, a definição sustentada atualmente separou o sentido da união compreensiva, que inclui a união corporal, conforme defendido pela posição conjugal.

² Daí a produção de obras voltadas às *Famílias* e não mais ao Direito de Família. Nesse sentido: DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. No mesmo sentido: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

Na contemporaneidade, um fenômeno paradoxal tomou lugar no eixo ético e jurídico da família: na intenção de expandir e valorizar o conceito de família em prol da diversidade, a modernidade o *esvaziou*. Se toda união pode resultar em família, baseada exclusivamente no afeto, esse instituto carece dos traços singulares que o distinguem de outras associações civis.

Esse vácuo na definição é bem ilustrado na posição do civilista Dimas de Messias Carvalho (2009, p. 243-244). Ao tentar situar os limites dos perfis familiares, o autor cita a Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio (PNAD), constatando que múltiplos são os perfis das relações familiares: constituída pelo casamento, com filhos biológicos ou adotados; casal em união estável, com filhos biológicos ou adotados; famílias monoparentais; união de parentes e pessoas que convivem em independência afetiva, sem pais (família anaparental); pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual, como velhos amigos ou amigas; uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; uniões adulterinas ou famílias paralelas; comunidade afetiva formada por filhos de criação sem procedimento formal de adoção; casamento ou união estável pluriparental; ou, até mesmo a família unipessoal, formada por uma única pessoa.

Note-se que, além da ausência de critérios definidores, o posicionamento que o autor apresenta nega o pressuposto básico e evidente do conceito. Isto é, a família pressupõe a existência, pelo menos de uma dupla, senão de um grupo. Considerar *uma pessoa* uma família é uma contradição interna. Não obstante, tal contradição é a consequência natural de considerarmos a definição do que seja família em moldes emotivistas, pois a partir dessa perspectiva, trata-se apenas de uma questão de preferência subjetiva. Nesse marco, qualquer relação, mesmo consigo mesmo, pode vir a ser família, pois esta instituição é, assim como o eu emotivista, em si e para si, *nada*.

O esvaziamento desse conceito pode ser identificado ainda na premissa de que a família é fundada a partir do afeto (TARTUCE, 2012, p. 1038; FACHIN, 1999, p. 289), desassociado dos aspectos biológicos que conferiram a racionalidade moral e jurídica deste instituto tradicional do direito civil. Na seara jurídica, a ascensão da socioafetividade, no campo do Direito de Família, tem origem no trabalho de João Baptista Villela intitulado “Desbiologização da paternidade”. Essa obra inaugura a *parentalidade socioafetiva*, baseada, não na condição de ter nascido filho ou de ser efetivamente filho, mas na *posse de estado de filho*. Novamente, então, é possível identificar padrões emotivistas na medida em que a filiação não é algo necessário, constitutivo do ser humano, mas uma condição acidental, desarraigada e elegida a partir de critérios subjetivos.

2 A TRANSFORMAÇÃO NO CONCEITO DE CASAMENTO

É possível observar ademais a progressiva desconstrução ou transformação jurídica do conceito de casamento classicamente marcado pelas exigências de durabilidade, complementaridade sexual, monogamia e fidelidade.

Jul./Dez. de 2016

No que toca à durabilidade, até a década de 70, era resguardada a indissolubilidade do vínculo matrimonial no Brasil. O divórcio adveio apenas em 1977, por meio da Emenda Constitucional nº 9/77 (EC 9/77), sendo posteriormente regulado pela Lei 6.515, que exigia a prévia separação judicial por no mínimo três anos. Em 1988, a nova Constituição Federal, no art. 226, § 6º, amenizou o prazo, indicando a necessidade de prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei ou comprovação de separação de fato por mais de dois anos. Em 2010, no entanto, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 66/2010, que deixa de exigir qualquer prazo para a concessão do divórcio, passando a ser necessária, tão somente, a deliberação dos cônjuges.

Com relação a exclusividade, em 2005 o adultério deixou de ser tipo penal³, demonstrando uma posição mais conivente do direito com a infidelidade ou com o estabelecimento de famílias paralelas. No âmbito civil, as relações extraconjugais começaram a ser reconhecidas, porquanto amparadas no âmbito patrimonial, por meio da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. Além disso, tentativas de dar ao caso extraconjugal tratamento similar ao dispensado ao cônjuge já foram materializadas, como revela o exemplo da decisão que deferiu a concessão de 50% da pensão previdenciária da viúva à mulher com quem o marido mantinha um relacionamento paralelo, pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2), não obstante o insucesso da decisão, ante sua reversão por ato do Superior Tribunal de Justiça⁴.

Quanto ao requisito da complementaridade sexual, a possibilidade de dispensá-la e a ideia de que pessoas de mesmo sexo pudessem contrair núpcias também é uma transformação recente. Casamento entre pessoas do mesmo sexo era exemplo de casamento inexistente (SIMAS, 1958, p. 103; BEVILÁQUA, 1956, p. 54). A progressiva renúncia ao quesito

³ O Código Penal Brasileiro previa: “Art. 240 - Cometer adultério: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses. § 1º - Incorre na mesma pena o co-réu. § 2º - A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato. [...]”. Esse artigo foi revogado pela Lei nº 11.106/05.

⁴ “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CPC, ART. 535. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. PENSÃO MILITAR COMPANHEIRO CASADO. UNIÃO ESTÁVEL. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE [...] III – Ora, observa-se do julgado embargado que o Colegiado apreciou adequadamente a questão da existência da relação estável havida entre os companheiros, por mais de 20 anos, sem embargo de o finado militar continuar coabitando com a esposa; entendimento este embasado no art. 226, § 3º da Constituição Federal, posteriormente regulamentado pelo art. 1º da Lei 9.278/96” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Sexta Turma. **EDAC: 117156 96.02.28695-4**. Relator: Des. Federal Sergio Schwaitzer. Julgado em: 24/08/2004. Publicado em: 10/09/2004). Este acórdão foi anulado pelo STJ em 2007 nos seguintes termos: “RECURSO ESPECIAL. MILITAR. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE CONCUBINA E VIÚVA. IMPOSSIBILIDADE. I - Ao erigir à condição de entidade familiar a união estável, inclusive facilitando a sua conversão em casamento, por certo que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional não contemplaram o concubinato, que resulta de união entre homem e mulher impedidos legalmente de se casar. Na espécie, o acórdão recorrido atesta que o militar convivia com sua legítima esposa. II - O direito à pensão militar por morte, prevista na Lei nº 5.774/71, vigente à época do óbito do instituidor, só deve ser deferida à esposa, ou a companheira, e não à concubina. Recurso especial provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **Recurso Especial 813175-RJ**. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgado em: 23/08/2007. Publicado em: 29/10/2007).

Jul./Dez. de 2016

sub judice iniciou-se com a aplicação da súmula 380 às relações homoafetivas, dirimindo-se os conflitos no âmbito patrimonial. Em 2008, pela primeira vez⁵, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) analisou os direitos de parceiros homossexuais com base no direito de família (CARVALHO, 2009, p. 246) e, por fim, em 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional qualquer diferenciação entre uniões estáveis homossexuais ou heterossexuais, bem como afirmou, a título de justificativa não vinculante, que não haveria diferença entre os casamentos entre pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes⁶.

Sem dúvida, uma visão de família e casamento pautada no afeto favorece tais transformações. Conquanto não existanada no afeto que possa subsidiar normas jurídicas ou morais objetivamente, é normal que tais normas tendam a desaparecer, esvaindo consigo o significado da própria comunidade, reduzida a arbitrariedades subjetivas. Qualquer norma estabelecida com base exclusivamente no afeto é arbitrária e não justifica os diversos apoios do direito e de políticas públicas que instituições como o casamento e a família recebem do Estado. Nesse marco, a conceituação do casamento é ponto fulcral para a compreensão de família, sua constituição e significado.

O fundamento da família e do casamento segundo a doutrina jurídica⁷ e o Poder Judiciário passou a ser o afeto, isto é, a dimensão subjetiva da emoção que se subtrai a qualquer análise racional, sendo legitimada exclusivamente pela liberdade do agente moral de afirmá-la, sem que possa ser contestado, racionalmente, por outrem. O casamento passa a ser *uma* das formas de constituição de família, e não mais *a* forma de constituição de família por excelência. Nas palavras de Ricardo Fachin (1999, p. 35-37):

Vira o século e vêm novas décadas, outros valores, a exemplo da *affectio maritalis*. Valor sócioafetivo que funda uma sociedade conjugal, matrimonializada ou não. A vigência do divórcio pleno é prova disso. [...] O casamento representava um compromisso formal de vida. Com o divórcio unitário (em 1977, na lei) e o divórcio pleno (1988, na Constituição), a liberdade de casar tem simetria com a liberdade de não permanecer casado perante o Estado.[...]
Véspera do século XXI, quadro plural e poroso das novas famílias.

Todavia, como arguido acima, a conceituação plural pautada na ética emotivista não alcança valorizar os institutos da família e do casamento. Ao invés disto, esvazia-os de significado, reduzindo seu valor a arbitrariedades subjetivas. O casamento e as relações

⁵ Trata-se da decisão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial 820475-RJ**. Relator para acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 02/09/2008. Publicado em: DJe 06/10/2008.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011. Publicado em: DJe-198 14/10/2011.

⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2 ed.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 1038; FACHIN, 1999, p. 289.

familiares, contudo, não são temas exclusivamente privados. Antes, possuem repercussões e ramificações para diversos setores, como o direito previdenciário o direito das crianças e adolescentes, a responsabilidade civil e as políticas públicas. O que se entende por casamento e relações familiares reverbera, portanto, no interesse público e são relevantes para o bem comum. A proposta emotivista, por ser pautada em um subjetivismo arbitrário, é insuficiente para fundamentar conceitos relevantes à decisões públicas, legislativas, executivas e judiciárias.

Quaisquer que sejam as características que o direito resolva promover no que concerne ao matrimônio (monogamia, permanência, responsabilidade parental, etc.), leis não podem forçar o ser humano a viver as regras morais da comunidade matrimonial. Não obstante, é inegável que o direito influencia a cultura, a mentalidade e a moralidade, e, por consequência, as decisões das pessoas com relação à instituição do casamento. Isto porque ninguém faz escolhas *ex nihilo*, mas todos, conscientes ou não, recebem influência de fatores sociais e culturais quando analisam uma situação na qual decisões precisam ser tomadas. De fato, as pessoas tomam decisões e são atraídas àquilo que compreendem como um bem, por isso a virtude que é publicamente honrada na instituição do casamento terá impacto significativo na maneira como o próprio casamento é concebido pelas pessoas que cogitam associar-se neste modelo de comunidade e nas decisões dessas pessoas no interior desse tipo de comunidade.

Não bastam que leis sejam formalmente legítimas, é preciso que elas forneçam razões para a ação ou obediência, além da mera arbitrariedade, do mero poder. As leis muitas vezes limitam a liberdade dos cidadãos, ao exigir, por exemplo, a responsabilidade de pais sobre os filhos ou regras como monogamia e fidelidade. Se as leis forem desprovidas de justificativa objetiva, de razões para obedecer além do querer subjetivo, elas se tornarão meramente a vantagem do mais forte, a arbitrariedade do poder, a opressão da classe, do partido político ou do grupo dominante. Vista dessa forma, é uma questão de tempo para que perca sua eficácia – salvo sob um regime que imprima terror, e não é isso que se busca em um Estado Democrático de Direito. Conforme lecionam Anderson, George e Girgs (2012, loc. 1020):

[é falsa a presunção] de que o Estado possa, efetivamente, encorajar aderência à normas em relacionamentos em que essas normas não possuem qualquer base racional [...]. Leis que restringem a liberdade das pessoas sem nenhum propósito profundo não estão propensas a prevalecerem por muito tempo, e muito menos a influenciarem comportamentos.

Desse modo, concepções pautadas no emotivismo não respondem satisfatoriamente a razões públicas para fundamentar conceitos relevantes na seara jurídica e política. Na tentativa de pensar razões para normas reguladoras do casamento e, até mesmo, para justificar a existência jurídica do próprio instituto, filósofos juristas da teoria neoclássica do direito natural, em especial Robert P. George, concluíram pela existência de uma comunidade específica, cujas características e normas podem ser compreendidas a partir da análise do tipo

específico que a comunidade é. Dessa maneira, essa comunidade específica forneceria razões objetivas – pautadas na sua própria constituição – para as regras que a tutelam. O casamento, para esses autores, é considerado uma comunidade de natureza integral⁸.

3 CASAMENTO COMO COMUNIDADE DE NATUREZA INTEGRAL

Passemos, portanto, à análise da concepção integral a fim de averiguar o fundamento teórico proposto para a concepção de casamento e sua relação conceitual e fundacional com a família. Na esteira do pensamento clássico, Robert George e Patrick Lee (2014, p. 9) afirmam que o casamento é uma comunidade integral porque:

[O] Casamento é a comunidade formada por um homem e uma mulher que publicamente concordam em compartilhar toda a sua vida, em todos os níveis do seu ser, inclusive o corpóreo, no tipo de relacionamento que seria naturalmente complementado pela conjunta concepção, cuidado e criação de filhos (mesmo que um ou outro matrimônio não resulte em crianças) [e que], pela sua própria natureza exige normas de exclusividade e permanência⁹.

Para melhor compreensão, destrincharemos o conceito acima em três partes: [1] união integral; [2] conexão com crianças; e [3] normas de exclusividade e permanência.

3.1 União integral

O casamento, na linha do exposto pelos autores mencionados, é uma comunidade de natureza integral, isto é, diferentemente de outros relacionamentos, requer uma união *integral*¹⁰, que envolve inclusivamente as duas pessoas na totalidade de seu ser em um vasto espectro de áreas compartilhadas. Na medida em que as pessoas são compostas de mente e

⁸ Entre os autores mais significativos destacam-se Patrick Lee, Ryan Anderson e Sheriff Girgs. Todos eles publicaram obras relativas a esses temas em coautoria com Robert P. George, razão pela qual elegemos George como principal representante desse pensamento.

⁹ Texto original: *Marriage is the community formed by a man and a woman who publicly consent to share their whole lives, on every level of their being, including the bodily, in a type of relationship that would be fulfilled by begetting, nurturing, and educating children together (even if in fact this or that marriage does not result in children). [...] marriage is by its nature exclusive and binding until the death of one of the spouses* (GEORGE; LEE, 2014, p. 9).

¹⁰ O argumento original usa o termo “comprehensive”, nesse sentido de abranger, de modo a abarcar, e envolver inclusivamente as duas pessoas na totalidade de seu ser, passando por um vasto espectro de áreas compartilhadas.

Jul./Dez. de 2016

corpo¹¹, a integralidade de uma união entre elas pressupõe não somente união entre mentes e desejos, mas também uma união corporal. Como o corpo é parte de quem o indivíduo é, uma união que ignore esse aspecto deixará de fora uma parte constitutiva do ser da pessoa. É nesse último aspecto, mais precisamente, que o casamento se diferencia de outras formas de relacionamento: ele envolve uma união física, materializada no ato sexual.

A união corporal é realizada na atividade sexual. O sexo envolve uma entrega e um partilhar em uma dimensão única do nosso ser. A relevância do ato sexual para o compromisso matrimonial é de fácil percepção quando consideramos, por exemplo, que a infidelidade nessa área acarreta um dano a relação que pode inclusive culminar em sua dissolução. Não é aceito, via de regra, que um jogo de futebol com outra pessoa possa configurar uma traição ao cônjuge. Da mesma forma, não é a promessa de estudar apenas com aquela pessoa, até que a morte os separe, o que sela o pacto matrimonial. Antes, a fidelidade é marcada, não somente, mais de um modo crucial, pela promessa de entrega sexual exclusiva. A atividade sexual é capaz de ocupar um papel significativo e central para comunidade matrimonial porque ela materializa o desejo de união com a pessoa amada da maneira mais plena na medida em que integra o aspecto corporal das pessoas – união integral de mentes, projetos, emoções e corpos.

Todavia, é necessário perscrutar a razão de o ato sexual poder realizar essa união de corpos. Para tanto, consideremos, inicialmente que uma união em qualquer nível envolve uma coordenação mútua de ações naquele nível, visando um benefício naquele mesmo plano. Segundo Anderson, George e Girgs (2012, Loc. 400):

O que cria a unidade é a ação comum: a atividade visando fins comuns. Duas coisas são partes de algo maior – são um só – se eles agem como um, e eles atuam como um quando suas ações estão coordenadas para um mesmo fim¹².

Nesse sentido, por exemplo, nossos órgãos, pulmão, estômago, etc, “são partes de um só corpo porque eles estão coordenados, juntamente com outras partes, para um propósito biológico comum: nossa vida biológica” (ANDERSON; GEORGE; GIRGS, 2011, p. 253-254). Paralelamente, para que duas pessoas se unam corporalmente ou organicamente, seus corpos devem estar coordenados por inteiro para um mesmo fim, naquele mesmo plano – isto é, no plano biológico.

¹¹ Robert George e Patrick Lee apresentam com maestria um argumento pela unidade corpo e alma do sujeito na obra *Body-self dualism in contemporary ethics and politics* (2008).

¹² Texto original: *What makes for unity is common action: activity toward common ends. Two things are part of a greater whole – are one – if they act as one, and they act as one if they coordinate toward one end that encompasses them both.* (ANDERSON; GEORGE; GIRGS, 2012, Loc. 400)

Jul./Dez. de 2016

Esta união é impossível com relação a funções para as quais o indivíduo é naturalmente autossuficiente, como a respiração, ou a digestão, por exemplo. No entanto, os seres humanos são naturalmente incompletos para uma função: a procriação. Para essa função, a complementaridade dos sexos é essencial, e, em termos de relacionamento pessoal, apenas o ato conjugal constitui a primeira etapa do complexo processo reprodutor, tal como a mastigação constitui a primeira etapa do processo digestivo.

Segue-se disso que, no ato conjugal, e não em outras formas de atividade sexual, os corpos de um homem e de uma mulher estão coordenados para o propósito biológico mútuo da reprodução, e não meramente se tocando. Logo, aqui, a união não é apenas simbólica ou metafórica. A união pode ser também afetiva, no sentido de que as emoções e vulnerabilidades dos parceiros se encontram – todavia, ela é mais que isso, ela é real e biológica. No ato biológico conjugal, os parceiros não estão apenas simbolicamente ou emocionalmente unidos, mas são organicamente unidos. Nessa união, os corpos de duas pessoas estão coordenados para um mesmo fim biológico que envolve ambos, mas transcende-os, já que a consumação última da união corporal heterossexual vai além do homem e da mulher. Mesmo que a concepção não ocorra, a união aconteceu. Eles foram *realmente, biologicamente*, um, assim como a boca não deixa de ser parte do processo digestivo porque essa ou aquela partícula não foi digerida. A união de corpos não se dá pela concepção, mas pelo tipo de ato realizado. O ato conjugal, o coito, integra o casal, une-o biologicamente para um fim comum que sozinhos não poderiam realizar. Não se trata apenas de atos individuais e experiências subjetivas incomunicáveis de prazer, antes, é um ato unificador, do *casal*, e não apenas das partes individualmente.

Não estamos dizendo que outras formas de carícia não constituam autêntica expressão de afeto. Tocamo-nos de várias formas, beijamos nossos filhos, abraçamos amigos e apertamos mãos, por exemplo. Todavia, em nenhuma dessas formas de expressão existe a real união orgânica necessária para que duas pessoas sejam um só biologicamente. Ou seja, as várias formas de expressão afetiva não configuram necessariamente uma comunidade de natureza integral, isto é, não configuram o casamento. Logo, não faz sentido que seja dito delas que são algo que na realidade não são. Não faz sentido chamar de casamento uma comunidade que não seja o tipo de comunidade que o casamento é – um compromisso integral que envolve a exclusividade de coordenação de corpos. Uma amizade, por exemplo, é uma comunidade afetiva, não é um casamento. Não existe um compromisso integral de vida, de pertencimento.

A diferença entre atos individuais e atos de grupo nos ajuda a esclarecer ainda mais essa ideia. Existe uma relação entre comunidades e atividades. Uma comunidade é uma unidade de ordem e um tipo de todo. Nesse marco, as ações poderão ser das pessoas que constituem o grupo ou do próprio grupo, isto é, as pessoas no grupo podem realizar atos que não visam nenhum propósito *do* grupo especificamente; assim como o grupo pode realizar atos que os indivíduos, separadamente, jamais poderiam (FINNIS, 1998, p.24-25). Além disso, a ordem de um grupo humano que faz com que ele esteja unificado possui dois elementos: [1] a coordenação entre as partes, entre os membros do grupo; e [2] a relação entre aquela

coordenação e a sua finalidade, entre o grupo e o propósito da associação e coordenação dos membros.

Um indivíduo não cerca uma cidade, mas um exército cerca; da mesma maneira como cercar a cidade é um ato do exército, o engajamento no ato conjugal é um ato do *casal*. Não é apenas a sobreposição, a colocação de pessoas uma ao lado da outra na cidade; antes, é um ato *do exército* – e isto só pode ser compreendido assim porque na coordenação das ações dessa comunidade [o exército], existe um fim comum [vencer a guerra, e.g.] que orienta e atribui significado àquelas ações individuais de modo que elas transcendem o indivíduo e são, de fato, *uma* ação da coletividade.

Paralelamente, no ato conjugal a união é mais do que a troca de prazeres ou emoções e experiências individualmente vividas, ela é uma união *compreensiva*, integral, porque ela envolve o compromisso de entrega integral ao outro, no partilhar e na união real de vidas, bens, emoções e *corpos*. No ato conjugal, o homem e a mulher formam *um* só corpo, assim como, no caso do nosso exemplo, *um* é o exército que cerca a cidade. Isto porque tanto o ato de “procriar”, quanto o ato de “cercar a cidade” não são atos naturais de indivíduos – mas de *comunidades*: é o exército que cerca a cidade; é um casal que procria. O casal é, no sentido mais forte e real possível, um só corpo.

As pessoas podem estar unidas por diversos vínculos afetivos, mas no nível mais profundo e completo, apenas um casal, formado por um homem e uma mulher que se comprometem um com o outro em todos os níveis do seu ser, inclusive o corpóreo, pode experimentar essa união e ser, biologicamente, *um*. Qualquer outro tipo de ato sexual pode induzir prazer, pode almejar união, mas jamais *será* unitivo fisicamente – falta-lhe a atribuição principal para que a união possa ser caracterizada: um benefício inteligível que funcione como razão para a ação e que, nas condições de uma união integral, seria de fato realizado por aquele tipo de ato, naquele mesmo plano.

3.2 Conexão especial com a família

O casamento está, nesse marco, intrinsecamente ligado à família, sendo o *tipo* de comunidade orientada para a concepção e criação de filhos, e por eles enriquecida. É justamente essa orientação natural que acaba por moldar muitas das normas do casamento.

É evidente que apenas responsabilizar-se pelos cuidados e educação de uma criança não é suficiente para caracterizar um casamento, ele é mais que isso. Exemplifica o afirmado a situação em que duas ou três freiras decidem cuidar juntas de um órfão: elas não estariam, por isso, casadas. O mesmo pode se afirmar em relação a um pai que ajuda a filha na criação do neto, ante a ausência do genitor deste último. Ora, o pai não estaria, por isso, casado com ela.

Por outro lado, a existência de filhos não é condição *sine qua non* para que duas pessoas estejam casadas. Os noivos não se tornam “um só corpo” quando os filhos nascem, ou

quando adotam um infante. Na tradição do *common law*, sempre foi o ato conjugal, e não a concepção, que selava o matrimônio, atribuindo-lhe validade (ANDERSON, GIRGS, GEORGE, 2011, p. 257). A tradição do direito brasileiro também reconhece isso. Por isso, tem-se considerado a inaptidão para a cópula sexual, e não a esterilidade, a razão para a declaração de invalidade do casamento. Nesse sentido, leciona Fachin (1999, p. 139) que:

A questão referente ao problema da impotência sexual masculina aí se noticia: a *couendi* (de concepção ou de cópula) e a *generandi* (de procriar). Esta, a impossibilidade de gerar filhos, não tem sido elevada à condição de invalidade do casamento. A eventual esterilidade, quer do homem, quer da mulher, não é causa de anulação por erro essencial do casamento. Contudo, tem-se admitido que a inaptidão para cópula, impotência *couendi*, ou seja, a impossibilidade de realização do ato sexual, é motivo que permite declarar a invalidade matrimonial.

Assim, duas pessoas contraem matrimônio, não a partir do momento que nasce o primeiro filho, mas quando formam o *tipo* de comunidade cuja união abarca e envolve todo o seu ser, união integral de mentes e corpos, que está especialmente e particularmente orientada à concepção e criação de infantes, sendo normativamente moldada por essa orientação à vida familiar.

Nesse sentido, o argumento não é que o casamento sempre vai acompanhado pela concepção e criação de filhos, porém mais propriamente que eles se *encaixam* juntos, que o casamento é particularmente *apto* para a vida familiar e que esse *bem maior* enriquece o casamento de uma forma muito específica. Ou seja, o casamento é o *tipo* de relacionamento e comunidade voltados para o florescimento de novas vidas, ainda que isso não venha a acontecer.

Por essa razão, a ausência de filhos na relação matrimonial é uma *falta* para essa comunidade de uma maneira que não ocorre em outros tipos de relacionamento. Uma relação de amizade, por exemplo, é selada, integralizada, incorporada e consumada em conversas, no compartilhar de ideias, sentimentos e algumas atividades em comum. Por mais profundo que seja o afeto entre os amigos, trata-se de uma relação parcial, apenas de mentes, mas não de uma união integral, incluindo os corpos unificados para o fim comum de conceber a prole. Não há nada que torne a amizade, enquanto mera amizade, algo especificamente apropriado e que seria complementado e enriquecido – enquanto simples amizade – pela criação de filhos.

O mesmo não se pode afirmar em relação ao casamento. Essa relação se integraliza na atividade sexual que é a atividade que naturalmente gera novas vidas. Por isso existe uma expectativa que essa relação seja complementada pela vida familiar, enriquecida pela concepção e criação de filhos. Os próprios casais inférteis, que desejam ter filhos e não conseguem, são os primeiros a admitir que lhes *falta* algo enquanto casal.

Jul./Dez. de 2016

Pensando novamente no exemplo da amizade, podemos observar que a maioria dos relacionamentos requer um compromisso limitado. Isso se dá porque os *bens* aos quais eles estão orientados são limitados. Se Tatiana e Laura, amigas, não viverem juntas, isso não representa necessariamente uma perda ao relacionamento. Ter momentos de conversas, algumas atividades em comum, desejar o bem uma da outra e agir nesse sentido, são suficientes para selar aquela relação e torná-la o que ela é: uma amizade.

Já o casamento requer a coordenação da vida de duas pessoas por inteiro. Isso porque não está apenas orientado à busca de alguns *bens*, mas está relacionado à concepção de novas vidas, novos centros de valores, novas pessoas que precisam ser orientadas na busca de *todos os tipos de bens* (estética, saúde, educação, etc.) que fazem parte da dimensão humana e instigam o florescimento do indivíduo (GEORGE, ANDERSON, GIRGS, 2012, Loc. 489). Por esse motivo, o casamento exige o partilhar da vida doméstica. As normas do casamento são as mesmas normas necessárias à boa paternidade e maternidade, direta ou indiretamente, porque o matrimônio é justamente esse *tipo* específico de comunidade que, de uma maneira singular, é idealmente voltado para isso.

Nesse sentido, o casamento possui um caráter fortemente integrador dos planos de vida de alguém, o que implica em uma estruturação moralmente normativa – para além da mera liberalidade. Os requisitos dos bens básicos que devem ser realizados nas vidas das crianças exigem que as relações do casal um com o outro, e com seus filhos, sejam escolhidas como um princípio ordenador de longo-prazo em suas vidas. Essa escolha é um compromisso que inclui todos os benefícios antecipados na criação dos filhos. Portanto, este propósito é um princípio moral no sentido de que é uma fonte de integração nas vidas dos pais.

A participação plena e a fruição da comunidade integral do casamento requer cooperação dependente por um período indeterminado entre as partes – a garantia de tal cooperação requer outros compromissos de agir com outros, com relação aos filhos, por exemplo, ou no cuidado dos sogros. Cada um dos propósitos de vida estabelecidos por um compromisso organiza uma parte significativa da vida de alguém, às vezes essas partes se sobrepõem, por isso uma pessoa boa tentará organizar um plano de vida racional e coerente para que os benefícios antecipados possam ser realizados tão plenamente quanto possível por meio de ações que não interfiram umas com as outras (GRISEZ, FINNIS, BOYLE, 1987, p. 140).

Viver de acordo com o plano de vida e aproveitar os benefícios desta decisão é uma parte significativa da felicidade com a qual as pessoas se contentam. Uma vida boa nesse sentido não abarca todos os benefícios que serão perseguidos por uma pessoa boa – alguns benefícios não estão diretamente ligados a compromissos do tipo considerado acima, nem realizam novos compromissos, mas podem significativamente contribuir para a felicidade de uma vida boa (GRISEZ, FINNIS, BOYLE, 1987, p. 141). Assim, o casamento, assim como a vida familiar, acaba arquitetando e ordenando significativamente as vidas dos cônjuges. Essa ordenação ajuda a integrar os planos de vida deles, favorecendo uma maior fruição de seus próprios objetivos, na medida em que alcançam responsabilmente sucesso em manter seus compromissos um com o outro, e com a família que nasce a partir deles e por meio da união deles.

Consideremos ainda o seguinte ponto: existe um paralelo entre o bem comum para o qual qualquer ligação entre pessoas é orientada e a atividade que mais incorpora essa conexão. E não se trata aqui do mero fato de que algumas atividades representam simbolicamente a categoria à qual um relacionamento pertença. Essas atividades, em grande parte, na verdade *tornam* o relacionamento desta ou daquela categoria, deste ou daquele tipo (GEORGE, ANDERSON, GIRGS, 2012, Loc. 449).

Por exemplo, um time de futebol tem como fim ganhar o jogo de futebol, e as atividades de treino e os jogos em si estão orientadas a atingir esse bem maior: a vitória. Um grupo de onze homens que apenas corre de um lado para o outro no campo fazendo saltos ornamentais, sem propósito algum, não é, de fato, um time de futebol. O *bem* da vitória no futebol (*bem comum* ao qual o time está orientado) é mais possivelmente atingível quando o time *treina e joga os jogos*. Então o treino e o jogo são as atividades que melhor incorporam o time de futebol.

Temos aqui o seguinte: o *bem maior* ao qual um relacionamento está orientado acaba moldando, em grande parte, as exigências normativas desta relação; ao mesmo tempo em que, ao realizar as atividades normativamente exigidas, a relação é desta ou daquela categoria – que varia de acordo com o *bem* ou *fim* ao qual a relação está orientada. A partir desta análise, no que tange à conexão com o *bem maior* da procriação (criação de crianças e vida familiar) e a relação matrimonial, se há alguma conexão fundamental entre esses dois, então podemos esperar uma conexão paralela entre a procriação e a atividade que mais propriamente consubstancia o casamento. Na visão conjugal, essa conexão é óbvia: a mesma atividade que sela o laço matrimonial é aquela que produz novas vidas. O casamento é orientado para a vida familiar porque o tipo de ato pelo qual os cônjuges firmam o seu compromisso é o mesmo tipo de ato orientado à geração de novas vidas (GEORGE, ANDERSON, GIRGS, 2012, Loc. 462).

3.3 Normas de exclusividade e permanência

Conforme explicado anteriormente, o casamento é o relacionamento que envolve a pessoa em sua integralidade (física, espiritual e corporal) diferenciando-se de outros relacionamentos, tais como as amizades, justamente por ser também sexual, unindo os cônjuges também no aspecto corporal. É ainda o *tipo* de relacionamento particularmente voltado para a concepção e criação de filhos, sendo especificamente enriquecido pela vida familiar.

Levando isso em consideração, não é difícil entender porque o laço matrimonial é exclusivo (entre *um* homem e *uma* mulher) e permanente (até que a morte os separe).

3.3.1 *Exclusividade*

a) *Heterossexual*

No que toca à exclusividade, em primeiro lugar, não existe nada no âmbito biológico que possa tornar três pessoas um só corpo, porque não existe nenhuma atividade no âmbito orgânico, biológico, capaz de unir três ou mais indivíduos. O mesmo se aplica a duas pessoas do mesmo sexo, haja vista que, a única atividade corporal que realiza essa união real *exige* a complementaridade dos sexos.

Não se trata, portanto, da exclusão arbitrária de determinados grupos quanto ao acesso ao casamento. Antes, o tipo de união que alguns grupos desejam formar simplesmente não corresponde ao tipo de união que o casamento é: uma comunidade de natureza integral intrinsecamente voltada à vida familiar. Nesse sentido, a preservação jurídica da natureza integral do casamento é ato razoável, filosoficamente justificado e não arbitrário. Todas as pessoas podem casar, desde que estejam dispostos a formar o tipo de comunidade que o casamento é, em sua natureza intrínseca, e não a partir de uma convenção social historicamente contingente.

No entanto, existem grupos que efetivamente não querem formar o tipo de comunidade integral que é o casamento. Nesse sentido, consolidar juridicamente comunidades não integrais sob a égide do casamento é atitude decorrente de desconhecimento analítico da realidade conjugal, na melhor das hipóteses, ou propositalmente falaciosa, na pior delas. De todo modo, se o Direito atribuir a denominação de casamento a comunidades não integrais e a comunidades integrais indistintamente, com base no afeto, como postulam alguns civilistas, ele estará promovendo publicamente, desarrazoadamente e arbitrariamente a ideia de que não existe nada específico em relação ao casamento: a ideia de que, no fundo, o casamento é apenas uma questão de decisão subjetiva, sem regras, sem continuidade, sem valor objetivo – o casamento, assim como o eu emotivista, *não é nada* em si, não tem natureza moral própria.

b) *Monogâmica*

Além disso, o tipo de união que caracteriza o casamento, ao integrar duas pessoas em uma só, transforma-as – ou pelo menos, deve transformá-los –, caso contrário a união seria insustentável. Deve haver uma adequação entre os indivíduos, e a união que acontece no âmbito corporal deve ser projetada para os demais níveis em uma união orgânica, espiritual e emocional. O cônjuge, portanto, é um com o outro, e as exigências dessa união integral não podem ser plenamente vividas se um terceiro for adicionado, sem alterar a natureza da primeira relação, sem retirar dela partes daquilo que lhe é essencial.

Um homem ou uma mulher que mantêm um relacionamento paralelo, ou uma família paralela terá suas atenções desviadas das necessidades de seu cônjuge e de sua própria família. Não é possível dedicar-se integralmente e igualmente a duas pessoas nesse tipo de

comunidade, antes, a presença de um terceiro limita a relação entre os dois primeiros e a união não será *integral* com nenhum deles, ao contrário, as duas relações serão limitadas. O quanto é compartilhado emocionalmente, intelectualmente, sexualmente será dividido. O cônjuge não se dará *por inteiro* ao outro. Ao contrário, estará sempre em uma entrega parcial.

Quanto à poligamia, especificamente, esta viola a mutualidade do amor conjugal e a igualdade entre os cônjuges. Um homem casado com várias mulheres não pode dar tanta atenção a elas quanto cada uma delas pode dar a ele, logo o relacionamento será desigual e o marido sempre possuirá um status superior ao de suas esposas, por isso que, onde há poligamia, a mulher tende a ser subjugada e inferiorizada (GEORGE, LEE, 2014, p. 61).

Pelos motivos aqui expostos, a natureza conjugal do casamento é uma união abrangente, integral entre duas pessoas, sendo, portanto, passível de ocorrer somente em relacionamento entre *um* homem e *uma* mulher. Três ou mais pessoas, ou pessoas do mesmo sexo não são opções válidas para configurar essa comunidade. Não que elas não possam a casar – a questão é que elas não querem o casamento, elas não querem formar esse tipo de comunidade. Não é possível fundar instituir o casamento homoafetivo ou poliamoroso sem redefinir publicamente aquilo que o casamento significa. Assim, segundo Robert P. George, Anderson e Girgs (2010, 2012), todos podem casar, mas nem todos *querem* formar uma comunidade integral, exclusiva e permanente. Algumas pessoas, como a comunidade homoafetiva, querem uma comunidade não-integral (entre duas pessoas do mesmo sexo, sem união biológica), exclusiva e permanente – mas isso não é o casamento e não é, de nenhum modo, voltado intrinsecamente à vida familiar.

3.3.2 Permanência

Com relação à permanência ou durabilidade, não somos seres abstratos, mas existimos no tempo e espaço. Assim, a expressão temporal de uma pessoa, também é parte de quem ela é, e, se o casamento envolve uma união completa, deve unir as pessoas no aspecto temporal também, i.e., até que a morte os separe. Quem contrai núpcias desprezando o aspecto temporal do casamento, pensando em separar-se, por exemplo, [1] ou não compreendeu o que de fato o casamento é e restringe sua união, sua própria entrega ao parceiro, [2] ou realmente não se importa em ferir profundamente o seu cônjuge.

Comprometer-se a ser fiel até que a morte os separe não é um compromisso para manter os mesmos sentimentos, o casamento é mais do que a experiência afetiva, é uma decisão moral com repercussões públicas que muitas vezes requer perseverança e esforço, nas palavras de Lee e George (2014, p. 65):

O casamento, às vezes, requer grande esforço e paciência. Dedicção e compromisso a qualquer coisa que valha a pena e seja central ao bem-estar humano pode envolver trabalho árduo e às vezes até mesmo dor e sofrimento.

Jul./Dez. de 2016

Assim como outras grandes realidades morais – como a honestidade e a justiça – fidelidade ao compromisso conjugal pode requerer grandes sacrifícios.

O aspecto da necessidade de permanência também pode ser compreendido pela orientação inerente do casamento à vida familiar, à criação dos filhos. Como, ainda que os filhos casem e constituam novas unidades familiares, a contribuição que os pais, enquanto pais, têm a fazer em prol dos filhos nunca se esgota, também a orientação dessa união nunca acaba. Nunca alguém terá sido tudo o que poderia ser enquanto cônjuge de modo que chegue a exaurir o que significa ser cônjuge ou mãe e pai juntos. A participação neste tipo de comunidade é inexaurível – nunca alguém terá sido tudo o que significa ou poderia ser como cônjuge ou pais. Sempre existem novas experiências que se desdobram no tempo e no espaço, novas maneiras de o casal viver tanto o compromisso conjugal de pertencimento exclusivo e de amor recíproco, quanto a paternidade e a maternidade nas relações filiais que nascem como fruto espontâneo e enriquecedor da primeira relação.

Desse modo, o matrimônio funda a família e a família enriquece o casamento. Nesse marco, as normas de monogamia, fidelidade, heterossexualidade e permanência são requisitos morais pertencentes à própria estrutura do casamento, ao tipo de comunidade que o casamento é. Por isso que a infidelidade e o abandono, por exemplo, são violações tão graves à instituição do casamento – pois violam o seu próprio cerne estruturador, impedindo a sua fruição plena.

O matrimônio envolve a pessoa por completo, por isso o tipo de compromisso que esse tipo de comunidade requer também deve ser total. Pessoas em diversos tipos de comunidades podem desejar, prometer e viver a exclusividade sexual e a permanência, contudo, apenas no casamento, compreendido como uma comunidade de natureza integral, existe uma base principiológica para essas normas, a despeito das preferências dos cônjuges. Apenas o casamento requer, objetivamente, a realização desse compromisso.

Para resumir o que foi apresentado nesta seção, reproduzimos um excerto que sintetiza a concepção conjugal do casamento (GEORGE; LEE, 2014, p. 66-67):

Resumindo, o bem comum que define casamento – e por conseguinte sua natureza distintamente fundamental – é a unidade corporal, emocional, e espiritual que encontra o seu gozo na concepção e criação conjunta de crianças. O bem ao qual o casamento é orientado é o casamento nele mesmo, apesar de que o casamento possui dois aspectos hermeticamente conectados, o unitivo e o procriativo.

Casamento é o tipo de comunidade que é ao mesmo tempo uma unidade multinivelada (uma unidade em todos os níveis da pessoa humana, incluindo o corpóreo-sexual) e uma comunidade que seria

Jul./Dez. de 2016

preenchida pela concepção e criação conjunta de crianças. Existe uma conexão intrínseca entre esses dois aspectos da comunidade; a relação multinivelada (e intrinsecamente sexual) é preenchida pela concepção e criação de filhos, e não meramente incidente a essas atividades. Portanto, o casamento é fundamentalmente distinto de uma união entre duas pessoas que vivem juntas e combinam a isso sexo regularmente, e não é meramente uma união formada para criar crianças. Na verdade, é a união de um homem e uma mulher, formada pelo compromisso deles em dividir conjuntamente suas vidas, em todos os níveis de suas existências – corpórea-sexual, tanto quanto emocional e espiritual – no tipo de comunidade que seria naturalmente preenchida pela concepção e criação de crianças. Essa comunidade é, por sua própria natureza, entre um homem e uma mulher e exige a exclusividade e o voto sincero da permanência.

Como se pode perceber nesta passagem, a concepção conjugal de casamento articula a união e a procriação, como traços distintivos da conjugalidade matrimonial. A procriação pressupõe a união conjugal, a fecunda unidade biológica do casal na complementariedade dos sexos. Essa união não é meramente sexual, mas também existencial e mental, num projeto conjugado de vida familiar, que envolve não só a geração, mas a criação de filhos, num ambiente que melhor desenvolva as faculdades dos infantes, uma que vez que, pelos pais, eles são considerados na sua individualidade irredutível de pessoas humanas.

A união é o fundamento da procriação, sendo esta o desdobramento pleno daquela. Ao envolver terceiros, os filhos, a união conjugal do casamento redundando na família, responsável por educar e ordenar os novos membros da sociedade. Quando os filhos nascem, eles estão unidos aos pais, que antes conjugaram as suas vidas pelo casamento. Por isso, a família é considerada a base da sociedade, porque é a instituição primordial que acolhe os seus novos membros com atenção particularizada, com consideração personalizada pela dignidade de cada um, visto que o laço matrimonial estende-se ao laço familiar de cuidado ao segmento mais vulnerável da sociedade, as crianças.

CONCLUSÃO

A ética contemporânea, conforme denunciada por Alasdair MacIntyre em *Depois da virtude* (2001), está pautada em uma moldura emotivista, em que a moralidade e a identidade do sujeito e das instituições são construídas a partir de critérios não racionais – como o argumento pautado na afetividade, por exemplo. A razão pela qual o eu emotivista pode ser qualquer coisa, é porque ele não é, na realidade, nada, haja vista que os papéis que ocupa são acidentais. Essa construção ética subjaz, hodiernamente, na ideia de que não se pode fixar balizas para definir a família, mas deve-se reconhecer a diversidade incontável dos arranjos sociais baseados no critério subjetivo da afetividade.

No campo do direito de família, em menos de cinquenta anos houve uma ruptura significativa no cerne de sua conceituação e origem. Características e normas relativas ao casamento e sua interação com a família foram flexibilizadas e algumas, eventualmente, abandonadas. A nova proposta apresentada baseada na pluralidade e no pressuposto emotivista tampouco trouxe segurança ou valorização do instituto do casamento ou da família. Antes, visando promover a diversidade, esta nova concepção esvaziou o conceito de família – como a pesquisa do Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio (PNAD) mostrou, família pode ser qualquer coisa. Longe de promover a valorização plural da família e do casamento, esse tipo de perspectiva nega o valor objetivo dessas comunidades e apaga as bases principiológicas para regras tão importantes à estrutura familiar, como a fidelidade e a permanência.

Ponderando sobre o status atual, poroso, de conceituações sobre família e casamento, autores importantes do debate norte-americano, como Robert P. George e Patrick Lee, desenvolveram um forte argumento sobre a realidade objetiva e fundamentação racional do casamento a partir da sua identificação com uma comunidade de natureza integral. Essa especificidade valoriza o instituto na medida em que demonstra porque o casamento é a comunidade fundadora da família e inerentemente voltada a ela. Além disso, a natureza conjugal do casamento também revela uma base principiológica para regras que supera a desagregação emotivista. O direito de família, portanto, não incorre em arbitrariedade ao postular o casamento como uma comunidade de natureza integral e caso central da origem da família, tal como articulado por Henrique Simas (1958, p.98) e a maioria de seus contemporâneos. Ao contrário, este parece ser um daqueles casos onde a filosofia e o debate acadêmico começam a testar e provar o valor de uma tradição que ainda que não houvesse postulado com tanta clareza o argumento desenvolvido neste trabalho, era capaz de compreender o valor e a relação intrínseca entre sexo, casamento e família.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 11ª Ed. Atualizada por Achilles Bevilaqua. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo LTDA, 1956.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de Família**. 2ª Ed. rev; atual; e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord.). **Família: entre o público e o privado**. Porto Alegre, Magister/IBDFAM, 2012, p. 158-169.

FINNIS, John. **Aquinas: moral, political and legal theory**. New York: Oxford University Press, 1998.

Jul./Dez. de 2016

GEORGE, Robert P. **Making men moral: civil liberties and public morality.** Oxford: Clarendon Press, 1993.

_____; LEE, Patrick. **Conjugal Union: what marriage is and why it matters.** New York: Cambridge University Press, 2014.

_____; LEE, Patrick. **Body-self dualism in contemporary ethics and politics.** New York: Cambridge University Press, 2008.

GIRGS, Sherif; GEORGE, Robert P.; ANDERSON, Ryan T. **What is marriage? Man and woman: a defense.** New York: Encounter Books, 2012.

_____. What is marriage?. **Harvard Journal of Law & Public Policy.** Boston, v. 34, n. 1, 2011.

E-BOOK.

GRISEZ, Germain. The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2 Question 94, Article 2. **Natural Law Forum**, 1965, p. 168-201.

_____; FINNIS, John; BOYLE, Joseph. Practical principles, moral truth and ultimate ends. **Journal Articles**, 1987, p. 99-151

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude: um estudo em teoria moral.** Bauru: EDUSC, 2001.

SIMAS, Henrique de Carvalho. **Manual Elementar de Direito Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1958.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** 2 ed.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21 (nova fase), maio 1979.

WILCOX, W. Bradford. Suffer the little children: marriage, the poor and the commonweal. In: GEORGE, Robert. P.; ELSHTAIN, Jean Bethke (org.). **The meaning of marriage.** New York: Scepter, 2010, Cap. 11.

DECISÕES

Jul./Dez. de 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 820475-RJ. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. J. 02.09.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277. Brasília, DF, data. **Lex:** jurisprudência do STF.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 2ª Região - EDAC: 117156 96.02.28695-4, Relator: Des. Federal SERGIO SCHWAITZER, Data de Julgamento: 24/08/2004, SEXTA TURMA.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 813175, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 23/08/2007, T5 - QUINTA TURMA.