

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

DIENNY ESTEFHANI MAGALHÃES BARBOSA RIKER

**NATUREZA CONJUGAL DO CASAMENTO:
Desconstrução Jurídica e Consequências Empíricas**

BELÉM

2014

DIENNY ESTEFHANI MAGALHÃES BARBOSA RIKER

**NATUREZA CONJUGAL DO CASAMENTO:
Desconstrução Jurídica e Consequências Empíricas**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Faculdade de Direito do Instituto de Ciências Jurídicas-ICJ, da Universidade Federal do Pará como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Melina Medeiros dos Reis Ferreira.

BELÉM

2014

DIENNY ESTEFHANI MAGALHÃES BARBOSA RIKER

**NATUREZA CONJUGAL DO CASAMENTO:
Desconstrução Jurídica e Consequências Empíricas**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Faculdade de Direito do Instituto de Ciências Jurídicas-ICJ, da Universidade Federal do Pará como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Melina Medeiros dos Reis Ferreira.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Melina Medeiros dos Reis Ferreira – UFPA-Orientadora.

Victor Salles Pinheiro- UFPA
Membro:

Por viver plenamente a união
conjugal, estendendo esse amor
sem reservas a mim, aos meus
avós, Joe (*in memoriam*) e
Florinda Riker, eu dedico este
trabalho.

AGRADECIMENTOS

Ao corpo docente da UFPA, que fez de minha graduação uma aventura, especialmente à Prof^a. **Melina Reis**, pela orientação e ao Prof. **Victor Pinheiro**, pelas sugestões e apoio. Agradeço também à Clínica de Direitos Humanos da Amazônia, sobretudo à Prof^a. **Cristina Terezo** e aos colegas **Vitor Moraes** e **Laércio Franco**, pelos meses de convivência, trabalhos e conquistas.

Sou grata aos amigos que compartilharam comigo essa jornada, dividindo alegrias, tristezas, trabalhos em cima da hora e desesperos em véspera de prova: **Bia**, **Ediene**, **Gabis**, **Janyson**, **Vic**, **Gabi Snow**, **Ciro Brito**, **Evandro Alencar** e **Kelly**. Agradeço ainda ao amigo **Elden Borges**, pelo apoio neste trabalho, e aos demais companheiros do Luz Jurídica, pelos doces momentos juntos.

Por todas as resoluções de tantos problemas, agradeço à Prof^a. **Valena Jacob**, ao Prof. **Francisco Freitas**, à **Eveline**, **Wani** e **Regina**, juntamente com todos que compõem a coordenação do Curso de Direito, onde sempre fui tão bem tratada.

Não poderia deixar de agradecer o carinho, o apoio e a revisão de partes desse trabalho pela amiga **Ana Cláudia**, com quem espero poder dividir ainda muitas conquistas. Agradeço ainda à minha prima **Hana**, pelo amor fraternal que remonta a mais terna infância e por fazer parte da minha vida de uma maneira toda especial, e à **Bárbara**, cuja amizade de 16 anos nos permite olhar juntas ao belo passado que construímos e vivemos, na confiança de que o futuro será ainda mais significativo.

Sou grata de coração à minha família, em especial aos **meus pais**, que não hesitam em se doar por mim; aos meus **tios Elias** e **Simone**, pelo cuidado e carinho em tempos difíceis; aos meus irmãos, **Felipe** e **Renato**, e à minha **avó Iraci** – amo todos vocês!

Finalmente, sou grata a **Deus**, pela certeza de sua presença e segurança de sua graça e amor, revelados por meio de **Cristo Jesus**, e de todas essas pessoas maravilhosas que fizeram e fazem parte da minha história!

Vê como as aves tem, debaixo d'asa,
O filho implume, no calor do ninho!...
Deves amar, criança, a tua casa!
Ama o calor do maternal carinho!

Dentro da casa em que nasceste és tudo...
Como tudo é feliz, no fim do dia,
Quando voltas das aulas e do estudo!
Volta, quando tu voltas, a alegria!

Aqui deves entrar como num templo,
Com a alma pura, e o coração sem susto:
Aqui recebes da Virtude o exemplo,
Aqui aprendes a ser meigo e justo.

Ama esta casa! Pede a Deus que a guarde,
Pede a Deus que a proteja eternamente!
Porque talvez, em lágrimas, mais tarde,
Te vejas, triste, desta casa ausente...

E, já homem, já velho e fatigado,
Te lembrarás da casa que perdeste,
E hás-de chorar, lembrando o teu passado...
- Ama, criança, a casa em que nasceste!

Olavo Bilac

RESUMO

Trata-se de uma análise da progressiva desconstrução do conceito de casamento e família no Brasil e a importância de que o Estado afirme e honre a natureza conjugal dessa instituição. Para tanto, foi realizada uma breve exposição e crítica do pensamento político liberal, seguido por uma análise jurídica das transformações que sobrevieram aos conceitos de família e casamento, evidenciando a progressiva desvalorização e indefinição dessas instituições. Em seguida, apresenta-se a natureza conjugal, mostrando-se como apenas ela oferece o embasamento racional objetivo para a vida familiar, monogâmica, exclusiva e permanente. Finalmente, abordam-se algumas consequências sociais ensejadas pela redefinição de casamento.

Palavras-chave: Liberalismo. Família. Casamento. Natureza Conjugal. União Homossexual.

ABSTRACT

This work presents an analysis of the progressive deconstruction in Brazilian law of the concepts of marriage and family. Moreover, it argues for the importance of publicly affirming and honoring the conjugal nature of marriage, as it alone offers a unique objective rational basis to family life and to the norms of monogamy, exclusivity and permanence. Prior to that, a brief exposition and critique of the liberal political thought, followed by an analysis of the legal transformations to the concepts of marriage and family in Brazil are presented. The last chapter is dedicated to the social consequences derived from the redefinition of marriage.

Key-words: Liberalism. Family. Marriage. Conjugal Nature. Homosexual Union.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 LIBERALISMO, DIREITO, MORAL E ESTADO	10
1.1 O CASO BRASILEIRO DA UNIÃO HOMOSSEXUAL	10
1.2 LIBERALISMO E NEUTRALIDADE	12
1.2.1 Rawls e o antiperfeccionismo (neutralidade)	12
1.2.2 A neutralidade e o casamento gay	14
1.2.3 Três posições	15
2 DIREITO DE FAMÍLIA E CASAMENTO	20
2.1 BREVE HISTÓRICO DA INSTITUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	20
2.2 REDEFINIÇÃO DE FAMÍLIA E CASAMENTO	25
2.3 DESCONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA	27
3 CASAMENTO: UMA COMUNIDADE DE NATUREZA CONJUGAL	30
3.1 UNIÃO INTEGRAL	30
3.2 CONEXÃO ESPECIAL COM CRIANÇAS	32
3.3 NORMAS DE EXCLUSIVIDADE E PERMANÊNCIA	34
3.3.1 Exclusividade	35
3.3.2 Permanência	36
4 CASAMENTO E O BEM COMUM	38
4.1 OBSCURECENDO A NATUREZA CONJUGAL DO CASAMENTO	39
4.2 OBSCURECENDO O VALOR DE PAI E MÃE PARA A FORMAÇÃO DOS FILHOS	39
4.3 DESTRUINDO AS REGRAS DE FIDELIDADE E PERMANÊNCIA	43
4.3.1 Permanência	44
4.3.2 Fidelidade	45
4.4 AMEAÇANDO A LIBERDADE RELIGIOSA E A LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O homem diferencia-se de outros animais não apenas pela racionalidade, mas também por ser moral. Leis não podem tornar o homem moral, todavia é inegável que elas influenciam o que uma cultura considera correto e apropriado, e, por consequência, o que as pessoas naquela sociedade consideram digno de honra.

O debate acerca do casamento e do valor das uniões homossexuais, se devem ser reconhecidas pelo direito ou não, é justamente um debate sobre o que a sociedade deve honrar e promover por meio do casamento e da especial proteção à família. Nesse contexto, para o argumento de que o Estado deve ser inclusivo, expandindo os benefícios do casamento às uniões homoafetivas.

O que por vezes passa despercebido, no entanto, é que não se trata de uma expansão do casamento, mas de sua redefinição. Segundo a posição conjugal, até aqui resguardada pelo direito brasileiro, o casamento é uma comunidade voltada à união e à procriação, por isso o Estado lhe oferece uma posição especial no ordenamento. Esse entendimento já vem sendo afetado por leis que reforçaram a desvalorização do casamento, como o divórcio sem discussão de culpa, por exemplo. No entanto, como é naturalmente impossível a casais do mesmo sexo procriar, ao estender a eles os benefícios do casamento, o Estado estará desassociando, de uma vez por todas, a inerente orientação dessa instituição às crianças, tornando-a eminentemente voltada às necessidades emocionais das partes.

O Estado estaria caracterizando o casamento como a união de duas pessoas que se comprometem a se amarem e a cuidarem um do outro, compartilhando os benefícios e as dificuldades da vida doméstica, sendo essencialmente uma união de corações e mentes, nutrida por quaisquer tipos de expressões sexuais que os parceiros concordem – essa é a definição revisionista de casamento.

Apesar de o Estado brasileiro nunca ter se posicionado formalmente acerca do casamento homossexual, o STF, na ADI 4277, já adotou um discurso de completa equiparação “qualitativa” entre as uniões heterossexuais e homossexuais.

Este trabalho é dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo, será apresentada a teoria do liberalismo político de John Rawls, que afirma que o Estado não deve se posicionar acerca de valores morais ou religiosos na arena pública. A essa posição denomina-se antiperfeccionismo, e ela remete à ideia de que o Estado deve ser neutro. Demonstra-se, no entanto, a impossibilidade de neutralidade do Estado na questão do casamento, arguindo-se que há três posições entre as quais se pode optar.

No segundo capítulo, realiza-se uma análise legislativa, buscando-se identificar as transições ocorridas no ordenamento relativo à compreensão jurídica dos institutos do casamento e da família. Observa-se a progressiva desconstrução do casamento como pilar da família, ocasionando incerteza na própria compreensão do que seja família, na medida em que o pilar dessa instituição passa a ser o afeto.

No terceiro capítulo, apresenta-se a natureza conjugal do casamento, segundo a qual o casamento se configura na união – de mentes e corpos – entre um homem e uma mulher, no tipo de comunidade que seria naturalmente complementada pela concepção e criação dos filhos, regida, em razão de sua própria natureza, por normas de exclusividade e permanência. Argumenta-se que apenas sob essa concepção tais normas possuem uma base racional objetiva.

Finalmente, no quarto capítulo apresenta-se evidência empírica das consequências da progressiva desvalorização e redefinição do casamento, sobretudo nos países Europeus que convivem a mais tempo com essa experiência, como a Dinamarca, a Suécia e a Holanda.

1 LIBERALISMO, DIREITO, MORAL E ESTADO

1.1 O CASO BRASILEIRO DA UNIÃO HOMOSSEXUAL

Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal enfrentou uma situação paradigmática sobre a relação entre direito e moral. Em 2008 e 2009 foram ajuizadas respectivamente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 (ADPF 132) e a ADPF 178, convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 (ADI 4277), ambas versando sobre a matéria do reconhecimento da união estável a parceiros de mesmo sexo.

Alegou-se que prevalecia no ordenamento nacional uma visão reducionista, violando-se preceitos fundamentais constitucionais. Ressaltando a principiologia constitucional, arguiu-se pelos princípios da [1] igualdade, haja vista que o legislador e o intérprete não podem diferenciar situações equivalentes; [2] da liberdade, levando em consideração que a autonomia privada autoriza a escolha de uma orientação sexual; [3] da dignidade da pessoa humana, dado que todos os projetos de vida merecem respeito, consideração e reconhecimento; [4] da segurança jurídica, haja vista a incerteza sobre o reconhecimento das relações homossexuais; e, finalmente, [5] da razoabilidade, afirmando-se que as restrições devem estar amparadas na promoção de outros bens jurídicos.

Aduziu-se, ainda, que à luz da omissão da legislação e da falta de atenção do poder legislativo à realidade atual, cujo pensamento não acompanharia a evolução da sociedade, o STF deveria declarar a obrigatoriedade no Brasil do reconhecimento da união estável homossexual.

Nessa época, reconhecido constitucionalista brasileiro, defensor, inclusive, do reconhecimento de direitos a uniões entre pessoas do mesmo sexo, juntamente com dois outros juristas, publicaram o artigo “Ulisses e o canto das Sereias: *sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte*”¹.

Nesse artigo, Streck, Barreto e Oliveira apontaram que o STF não deveria conhecer o caso pelas seguintes razões: em primeiro lugar, a ADPF não seria mecanismo apto a sanar a “omissão do legislador”. Os remédios previstos para sanar omissão constitucional seriam o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Se as partes não

¹ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Ulisses e o canto das sereias**: Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. São Leopoldo, v. 1, n. 2 (jul./dez. 2009), p. 75-83, 2009.

fizeram uso do instrumento correto deve-se ao fato de inexistir omissão, considerando que a própria Constituição determina que é dever do Estado proteger *a união entre homem e mulher* (art. 226, § 3º, CF/88). Nesse sentido, mesmo o mandado de injunção não teria espaço constitucional, haja vista que o texto aponta para o contrário da pretensão.

Em segundo lugar, uma decisão dessa monta deve ser tomada respeitando-se as instituições democráticas, sendo levada adiante no contexto político e não jurisdicional. Até porque “não cabe ao Judiciário exarar decisões que manifestem preferências pessoais de seus membros ou de uma parcela da sociedade”². O judiciário não pode substituir o legislador.

No mesmo sentido, a argumentação destaca que, em sendo admitida a ação proposta, o Supremo Tribunal Federal transformar-se-ia em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição – uma mutação constitucional que, na verdade, seria uma alteração constitucional formal.

Os autores afirmaram, ainda, que, ao admitir essa omissão (ou, melhor dizendo, contradição), estaria sendo reconhecida a tese de Otto Bachof³, segundo a qual existem “normas constitucionais inconstitucionais”, isto é, normas inválidas à luz de valores superiores (e indefinidos). No entanto esta tese afronta à ideia de força normativa da Constituição.

Finalmente, ressaltaram a insegurança jurídica que a procedência do pedido poderia causar. Afinal, se a semanticidade não é limite ao STF, a jurisdição constitucional deixa de ter limites e o Supremo pode alterar qualquer preceito constitucional.

Poderiam ser somados a esses, os sóbrios argumentos do Tribunal dos Estados Unidos de Apelações do Sexto Circuito, em decisão proferida em novembro de 2014⁴, que manteve a constitucionalidade das normas estabelecendo casamento como a união entre um homem e uma mulher dos estados de Minnessota, Ohio, Michigan, Kentucky e Tennessee. Jeffrey S. Sutton foi o juiz relator no processo, responsável por escrever a decisão. Entre outras coisas, a Corte americana, ao enfrentar o argumento de que a Constituição deve ser interpretada como um “documento vivo”, reconhecendo a evolução dos valores morais sociais, sustentou que se de fato a sociedade estava evoluindo, os defensores do casamento homossexual deveriam permitir que o processo democrático trabalhasse. Se a moralidade realmente está evoluindo, então a situação será democraticamente resolvida nas bases da nova

² STRECK, et, al 2009, p. 78.

³ Cf. BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** São Paulo: Almedina, 2009.

⁴ Corte do Sexto Circuito Americano. Caso April DeBouer vs Richard Snyder. Opinião 14ª 0275p.06. publicada em 06 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.ca6.uscourts.gov/opinions/pdf/14a0275p-06.pdf>> e <<http://www.ca6.uscourts.gov/opinions/opiniondate.php>>. Acesso em 05 dez. 2014.

moralidade. A única justificativa para o apelo às Cortes, exigindo que elas resolvam esse assunto, seria, ao ver do relator, a falta de confiança de que a sociedade estivesse, de fato, evoluindo.

Ademais, a “Teoria da Constituição viva” baseia-se na premissa de que cada geração tem o direito de se autogovernar. Se essa premissa impede que os juízes insistam em princípios já superados pela sociedade, ela também impede que os juízes antecipem princípios que a sociedade ainda não abraçou. No caso americano, o Sexto Circuito afirmou ainda que os juízes que se pronunciaram contra as medidas dos estados limitando casamento para um homem e uma mulher agiram de forma impensada, colocando em risco o Estado de Direito e a instituição do casamento. Esses juízes substituíram a lei por seus próprios juízos morais.

A ponderação da Corte americana de que o apelo ao poder jurisdicional evidencia a insegurança das partes de que a sociedade esteja, de fato, evoluindo em determinada direção, a nosso ver, faz muito sentido, motivo pelo qual a discussão é aqui relatada. Certamente, é muito mais fácil convencer três ou onze juízes do que quinhentos e treze deputados.

O STF, no entanto, não optou *prima facie* por rejeitar as ações supramencionadas, nem compactuou com os argumentos supracitados, ao contrário, julgou favoravelmente os pedidos dos pleiteantes.

1.2 LIBERALISMO E NEUTRALIDADE

1.2.1 Rawls e o antiperfeccionismo (neutralidade)

Jonh Rawls, em “Uma Teoria da Justiça”, nos apresenta uma “posição original” hipotética, onde as pessoas se encontrariam encobertas pelo véu da ignorância e desconheceriam qualquer aspecto sobre quem elas serão quando saírem detrás do véu para viver em sociedade: se homem, mulher, jovem, negro, judeu, hinduísta, rico, pobre, e etc.

Na posição original, as pessoas encontram-se em situação de igualdade, possuindo os mesmos direitos, sendo igualmente autônomas, livres, autointeressadas e dotadas de um sentido de justiça e racionalidade. Nesse contexto, em igualdade de condições e tendo suas particularidades encobertas pelo véu da ignorância, os indivíduos estariam em posição de imparcialidade, aptas, portanto, a acordar os princípios de justiça que irão reger a sociedade. Sobre essas circunstâncias, afirma Enrique Bonete,

No mérito, a teoria Rawlsiana da justiça desenvolvida com uma terminologia contratual que a torna compreensível, pretende ser uma teoria da escolha racional, pois, nela, se trata de decifrar que princípios seriam racionalmente escolhidos pelas pessoas racionais na posição original.⁵

Rawls apud Perales⁶ aponta que o primeiro princípio a ser escolhido seria relativo à igual liberdade, no sentido de que “cada pessoa há de ter um direito igual ao mais amplo sistema total de liberdades básicas, compatível com um sistema similar de liberdade para todos”.

Dentro desse marco teórico e em escrito posterior⁷, Rawls apresenta uma defesa da concepção liberal da neutralidade segundo a qual no espaço público, tanto os cidadãos, quanto governantes devem ser imparciais para respeitar a liberdade de cada um. Assim, valores morais ou religiosos não devem influenciar a vida política, mas as decisões precisam ser tomadas desde uma perspectiva imparcial. Assim explica Sandel:

[segundo Rawls] Nós devemos deixar de lado nossas convicções morais e religiosas e argumentar a partir da perspectiva de uma “concepção política da pessoa”, independentemente de quaisquer lealdades, apegos, ou concepções de vida boa.⁸

A razão pela qual devemos realizar essa separação entre a nossa identidade particular e a nossa identidade pública, é a necessidade de respeitar o “pluralismo razoável” de concepções de vida boa que prevalece no mundo moderno. As pessoas discordam razoavelmente sobre assuntos morais e religiosos. Desse modo, nas palavras de Rawls apud Sandel “não se deve esperar que pessoas conscientes, em pleno gozo do poder da razão, mesmo após discussões livres, chegarão às mesmas conclusões”⁹.

Assim, a defesa da neutralidade surge para promover a tolerância diante da diversidade moral e religiosa, não interessando ao liberalismo político qual seja o juízo moral. Para manter a imparcialidade entre doutrinas conflitosas, o liberalismo não trata desses assuntos aí controvertidos. Por conseguinte, ao engajarmos no discurso público sobre justiça e direitos, devemos nos submeter aos limites da razão pública liberal, ou seja, nem o governo deve promover uma concepção particular de boa vida, nem cidadãos podem trazer suas convicções morais e religiosas para o debate público, caso contrário, se seus argumentos

⁵ PERALES, Enrique Bonete. **Éticas Contemporâneas**. Madrid, Tecnos, 1990, p. 106.

⁶ PERALES, 1990, p. 111.

⁷ Cf. RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

⁸ Todas as citações cujo referencial é em inglês foram realizadas pela autora. SANDEL, Michael J. **Justice: what's the right thing to do?** New York: FSG, 2010, p.248.

⁹ SANDEL, 2010, p. 248.

prevalecerem, eles estarão impondo sobre outros uma lei baseada numa doutrina moral ou religiosa particular¹⁰.

Para que os argumentos políticos sejam neutros, na perspectiva de Rawls, os juízes devem desconsiderar os ideais ou virtudes da moral em geral, bem como sua própria moralidade. Eles não podem invocar as visões filosóficas ou religiosas nem deles mesmos, nem de outros. Quando participarmos enquanto cidadãos nos debates públicos, o objetivo é que observemos limites similares, deixando de lado nossas convicções e nos restringindo a argumentos que todos os cidadãos, supostamente, podem razoavelmente aceitar.

1.2.2 A neutralidade e o casamento gay

Seria realmente possível viver a neutralidade proposta por Rawls? A ideia do liberalismo político e da força do discurso da neutralidade, impondo ao Estado uma postura despida de qualquer moralidade particular ou visão religiosa, pôde ser observada no Brasil a partir das intensas manifestações contra a liderança da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados pelo Deputado Marcos Feliciano. Houve, de fato, um repúdio público em relação à liderança do deputado e pastor, considerado desqualificado para assumir tal posição, pois estaria revestido de preconceitos religiosos e morais e tentaria impor sua concepção particular sobre os demais.

A situação acima citada visa apenas identificar a força da filosofia rawlsiana de que o Estado deve ser neutro, e não deve abraçar uma concepção sobre moral na vida pública, permitindo que cada um escolha por si mesmo qual a concepção de vida boa que deseja levar adiante – nisto consiste o antiperfeccionismo.

No entanto, será que é possível a neutralidade estatal, isto é, que o Estado tome decisões no meio público sem se tornar parcial por um ou outro valor? Considerando o casamento entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo, é possível o Estado tomar uma decisão sobre esse assunto sem entrar nas controvérsias morais e religiosas sobre o propósito do casamento e o status da homossexualidade?

Alguns dizem que sim, e defendem o casamento gay com base em valores neutros. Assim, a despeito do fato de alguém aprovar ou não os relacionamentos homossexuais, a permissão do casamento somente entre heterossexuais consiste em discriminação infundada, e

¹⁰ SANDEL, 2010, p. 249.

nega, aos gays e lésbicas, equidade ante a lei. Segundo essa linha de argumentação, as pessoas devem ser livres para escolher com quem casar.

No entanto, a fragilidade desse argumento é denunciada por Michael Sandel ao esclarecer que se o argumento supra fosse suficiente para dar reconhecimento estatal a uniões homossexuais, sem recorrer-se a concepções controversas sobre o propósito do casamento ou o bem que ele honra, o assunto poderia ser resolvido dentro dos limites da razão liberal pública¹¹. Mas a defesa dessa situação não pode ser feita em solo neutro. Na realidade, ela depende de uma certa concepção do propósito do casamento, e argumentar sobre o *telos* de uma instituição, é inquirir sobre a virtude que ela honra e recompensa. Desse modo, o debate sobre o casamento gay é fundamentalmente um debate que pressupõe o questionamento de se as uniões lésbicas ou gays são dignas da honra e do reconhecimento conferidos ao casamento pelo Estado na nossa sociedade.

1.2.3 Três posições

Na prática, existem três posicionamentos passíveis de adoção pelo Estado no que diz respeito ao casamento gay: reconhecer apenas as uniões entre homem e mulher; reconhecer além das primeiras, também as uniões homossexuais; ou lançar o casamento ao contrato privado, simplesmente.

a) Posição Libertária

Segundo Sandel, o ideal liberal máximo se concretizaria com a não ingerência do Estado na instituição do casamento. Nessa linha, não caberia ao Estado se posicionar se a união homossexual merece ser honrada pela virtude que promove na sociedade, da mesma maneira que a união entre pessoas de sexos diferentes. Ademais, as pessoas teriam a liberdade para escolher com quem e com quantos casar, por quanto tempo, e as demais normas que regeriam a união¹².

Não entendemos assim. Na verdade, se o Estado optasse por relegar o assunto do casamento simplesmente ao âmbito privado, ele estaria sim tomando uma decisão moral sobre o casamento. Em primeiro lugar, ele já estaria afirmando que o casamento não é uma instituição digna de reconhecimento e promoção social, seja ele como for. As uniões sexuais

¹¹ SANDEL, 2010, p. 255.

¹² Idem, loc cit.

entre um homem e uma mulher não contribuem à sociedade, ou ao bem comum, mas são apenas assuntos particulares. Em segundo lugar, deixaria consignado que o casamento não possui nenhuma lei moral objetiva, mas trata-se somente de concepções subjetivas de cada um, dependendo apenas do consentimento individual. Nesse sentido, o próprio “consentimento” em si já é muito controvertido se o tomarmos por parâmetro absoluto de lei moral. Afirmar exclusivamente consentimento e a liberdade como regras morais para o casamento, já é um posicionamento moral sobre o casamento.

b) Posição Liberal-igualitária

A segunda posição seria estender os benefícios e honras do casamento heterossexual à união homossexual. Nesse sentido, segundo Sandel:

As pessoas que defendem um direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo geralmente tentam basear suas asserções em valores neutros, evitando passar julgamento no significado moral do casamento. A tentativa de encontrar uma defesa despida de valores morais no que toca ao casamento gay se baseia muito nas ideias de não-discriminação e liberdade de escolha. Mas essas ideias não podem por elas mesmas justificar um direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo¹³.

O que, de fato, está em jogo no debate sobre o casamento, não é a liberdade de escolha, mas se as uniões homossexuais são igualmente dignas de honra e reconhecimento pela sociedade, e para isso é necessário arguir sobre a natureza da própria instituição do casamento. Que virtudes ele honra, ou qual a interpretação de casamento que promove as virtudes mais dignas de serem honradas.

Similarmente, o STF, ao analisar se a união homossexual deveria ser acolhida no direito de família nos mesmos termos que a união estável heterossexual, fez menção reiteradas vezes ao longo de seu posicionamento à questão da liberdade de escolha e da não discriminação:

[Min. Ayres Britto] [...] O que não está proibido está juridicamente permitido [...] a **liberdade sexual** do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), se houvesse enunciado igualmente constitucional em sentido diverso¹⁴.

Logo, é tão proibido **discriminar** as pessoas em razão da sua espécie masculina e feminina quanto em função da sua preferência sexual¹⁵.

¹³ SANDEL, 2010, p. 256.

¹⁴ STF, ADI 4277, p. 29.

¹⁵ STF, ADI 4277, p. 30.

[Min. Fux] [...] Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na **garantia da igualdade material entre os indivíduos** e no **combate extensivo à discriminações odiosas**¹⁶.

[...] os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são **o preconceito e a intolerância**, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu preâmbulo [...]¹⁷. (Grifos nossos)

Todavia, a liberdade sexual e a igualdade material entre os indivíduos não são, em si mesmos, razões para subsidiar o reconhecimento de um tipo de relacionamento como casamento pelo Estado. Dois irmãos são igualmente dignos e livres, mas isso, por si só não torna um relacionamento incestuoso digno de reconhecimento estatal. O mesmo raciocínio pode ser aplicado com relação às uniões poligâmicas.

Além disso, no que toca à neutralidade, o Min. Marco Aurélio reconhece que:

A afirmação peremptória de que o discurso jurídico não pode, sob nenhuma condição, incorporar razões morais para justificar proibições, permissões ou formatar instituições mostra-se equivocada [...]. Essa constatação, porém, não afasta outra: é incorreta a prevalência, em todas as esferas, de razões morais ou religiosas. Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja¹⁸.

Então, a pergunta é, o que o Estado honra ou deve honrar ao conceder uma proteção especial ao casamento e à união estável no seio do direito de família? – é essa pergunta que esse trabalho deseja responder ao apresentar a natureza conjugal do casamento.

Quanto ao STF, este afirmou que:

[Fux] os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida¹⁹

Há um consenso de que a diferença entre o casamento e a união estável heterossexual é apenas quanto à solenidade – mas quanto a entidades familiares, funcionarão do mesmo modo. Por outro lado, do ponto de vista ontológico, nada distingue a união estável homoafetiva de uma heteroafetiva²⁰.

Ou seja, segundo o Min. Fux, casamento e união estável homossexual não se distinguem em nada, exceto na solenidade, assim como a união estável heterossexual só se

¹⁶ STF, ADI 4277, p.58.

¹⁷ STF, ADI 4277, p. 62.

¹⁸ STF, ADI 4277, p. 202.

¹⁹ STF, ADI 4277, p. 57.

²⁰ STF, ADI 4277, p. 60

distingue do casamento pela solenidade. E por que eles não se diferenciam? Porque os homossexuais também constituem relações de afeto permanente de ajuda mútua.

Disso, o importante a ser observado é que antes de equalizar não formalmente, mais qualitativamente, a união homossexual ao casamento, o STF abraçou a *visão revisionista* de casamento, segundo a qual a natureza conjugal, unitiva e procriativa, sobretudo no aspecto procriativo, não é fundamental para a caracterização do tipo de união digna de ser reconhecida pelo Estado. Citando Berenice Dias, jurista da área de direito de família, o Min. Marco Aurélio afirma: “agora não se exige mais a tríplice identidade: família-sexo-procriação”²¹. O que é digno de ser protegido pelo Estado é o amor familiar, e aqui, não importa a diferença de sexos.

c) Posição Conjugal

Os que defendem a manutenção do reconhecimento da natureza conjugal do casamento, não apenas formalmente, mais qualitativamente, e, sobretudo, na sua relação direta como base da família, sustentam principalmente que o casamento não deve ser dissociado de sua natureza procriativa, em benefício da própria estabilidade familiar e do bem comum. Eles defendem que é justamente essa natureza complementar que une os cônjuges. É nesse contexto em que as crianças melhor se desenvolvem, são mais protegidas e se saem melhor na sociedade.

Além disso, os defensores dessa visão sustentam que basear o casamento no afeto não oferece nenhuma base racional objetiva para as normas de monogamia, fidelidade e permanência, apenas a natureza conjugal justifica racionalmente essas normas a despeito das preferências pessoais das partes. O STF deixou bem claro que as uniões homossexuais agora recebidas como entidades familiares devem se submeter às mesmas normas que as uniões estáveis heterossexuais. Todavia, ao redefinirmos casamento como uma união precipuamente afetiva, torna-se progressivamente mais difícil entender porque alguém deveria se submeter às normas citadas. Ante a incompreensão, menos e menos pessoas se submeterão a elas, o que acarretaria sérias repercussões sociais, sobretudo às crianças. Conforme lecionam Anderson, George e Girgs:

[é falsa a presunção] de que o Estado possa, efetivamente encorajar aderência à normas em relacionamentos onde essas normas não possuem qualquer base racional – nenhuma razão para os pais permanecerem juntos e fiéis, mesmo que os sentimentos se enfraqueçam [...]. Leis que restringem a liberdade das pessoas sem

²¹ STF, ADI 4277, p. 204.

nenhum propósito profundo não estão propensas a prevalecerem por muito tempo, e muito menos a influenciarem comportamentos²².

É oportuno registrar, ainda, que muito mais do que viver as normas esperadas nos casamentos heterossexuais, nos países onde o casamento foi redefinido e tal redefinição formalizada, o que se percebeu não foi a padronização do relacionamento homossexual ao heterossexual, mas o contrário. Nesse sentido, o número de casamentos heterossexuais diminuiu e as alusões ao valor da criação das crianças por seus pais biológicos, ainda que apenas como o contexto *ideal*, vem sendo progressivamente rechaçadas do meio público e taxadas de preconceituosas.

Finalmente, a nosso ver, a formalização do casamento homossexual pelo Estado viola a liberdade de consciência e a liberdade religiosa das pessoas. Isso ocorre porque os casais se relacionam com terceiros *enquanto casal* de diversas formas, e as pessoas que defenderem a posição conjugal ou entenderem por consciência que a homossexualidade viola a sacralidade do sexo ou da família, serão mais e mais hostilizadas, taxadas de preconceituosas e promovedores do ódio social. Tal hostilidade é ainda mais acirradamente promovida na medida em que as matérias relativas ao reconhecimento legal das uniões homossexuais vêm sendo promovidas por meio do Poder Judiciário.

Todos esses argumentos serão desenvolvidos adiante neste trabalho.

²² ANDERSON, Ryan; GEORGE, Robert; GIRGS, Sherif. *What is marriage? Man and woman: a defense*. New York: Encounter Books, 2012. E-book., loc. 1020.

2 DIREITO DE FAMÍLIA E CASAMENTO

Após elucidarmos a inviabilidade da defesa de neutralidade do Estado em relação a essa questão, que, ao contrário, posiciona-se sobre valores morais e religiosos, exporemos como o Brasil tem se posicionado acerca do casamento e da relação deste com a família dentro do Direito de Família.

2.1 BREVE HISTÓRICO DA INSTITUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Clóvis Beviláqua, em comentário ao Código Civil de 1916, define o direito de família como:

O complexo das normas, que **regulam a celebração do casamento**, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, os vínculos do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.²³ (Grifo nosso).

Ressalta, em seguida, que “altos interesses da moral e do bem estar social imprimem a este complexo de normas um caráter particular, e exigem do direito, especial cuidado no estabelecê-las”²⁴.

Desde sua fundação, o Brasil sempre manteve o entendimento de que a base da família é o casamento, constituído entre um homem e uma mulher. Até 1861, eram observadas as disposições do Concílio Tridentino e as constituições do Arcebispo da Bahia, reconhecendo apenas os casamentos religiosos católicos. A partir daquele ano, no entanto, proclamou-se a validade dos matrimônios de todas as demais manifestações religiosas cristãs²⁵.

Em termos constitucionais, via de regra, o Estado tutelava o casamento civil e reconhecia os efeitos da cerimônia religiosa, salvo na Constituição da República²⁶,

²³ BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 11ª Ed. Atualizada por Achilles Beviláqua. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo LTDA, 1956, p.6.

²⁴ BEVILÁQUA, 1956, p.6.

²⁵ SIMAS, Henrique de Carvalho. **Manual Elementar de Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1958, p. 99.

²⁶ Ainda que somente com a Constituição da República, promulgada em 1981, a produção de efeitos jurídicos tenha sido restringida a cerimônia civil, o Decreto nº 181, de 1890, já previa regra nesse sentido, declarando sem nenhuma validade jurídica o casamento religioso. Vide: SIMAS, 1958, p. 99; Constituição de 1891 – “Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...] § 4º **A República só reconhece o casamento civil**, cuja celebração será gratuita”.

promulgada em 1891, cujo texto ocasionou uma separação brutal e rechaço à celebração eclesial, ao reconhecer efeitos jurídicos apenas em relação à celebração civil. A Constituição seguinte, promulgada em 1934, no entanto, foi rápida em abrandar a situação ao declarar:

Art 144 - **A família, constituída pelo casamento indissolúvel**, está sob a proteção especial do Estado. [...]

Art 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. **O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil**, [...].(Grifo nosso).

A despeito da marcada separação entre a esfera civil e religiosa e da limitação do reconhecimento jurídico apenas ao casamento civil entre os anos de 1891 até 1934, nenhum modelo senão o conjugal do casamento foi sustentado pelos poderes públicos. Assim, tanto com o aval religioso, ou meramente com o aval estatal, o matrimônio sempre teve lugar de destaque como base da família, e por isso a abertura da parte especial do Código Civil de 1916 já inicia tratando dessa tão nobre instituição. Sobre esse assunto, afirma o Procurador Henrique de Carvalho Simas ser:

O casamento a base legal da família reconhecida como tal pela ordem jurídica, o que torna importante seu estudo e **lhe dá um lugar de destaque, como primeiro título**, da parte especial do código civil relativa ao direito de família²⁷ (Grifo nosso)

No que toca à hipótese da união homossexual, tema muito controvertido em nossos dias, a doutrina apresenta-o como exemplo de casamento inexistente. Segundo Beviláqua e Simas, o Código de 1916 não trata da questão por ser impossível haver casamento ante a ausência de requisito essencial à formação deste, qual seja, a diferença entre os sexos. Os autores mencionados arguem ainda que, como a necessidade da presença de tal elemento para configuração do casamento é evidente, não há sequer necessidade de debate jurídico acerca do assunto. Trata-se, desse modo, como dito, de casamento inexistente²⁸.

A perspectiva supra compreende-se de modo ainda mais claro na asserção de Simas, ao pontuar que “a família [...] tem sua origem na união do homem com a mulher, da qual nascem os filhos e se desenvolve a prole”²⁹. Desse modo, explica o mestre que a família se dá com a extensão da relação conjugal na procriação, resguardando o Estado o casamento

²⁷ SIMAS, 1958, p. 98.

²⁸ SIMAS, 1958, p. 103; BEVILÁQUA, 1956, p. 54.

²⁹ SIMAS, 1958, p. 98.

justamente em razão da realidade do poder fecundo das relações heterossexuais, daí considerar o casamento entre pessoas do mesmo sexo claramente inexistente.

Em vista do que precede, é possível afirmar que o direito de família no Brasil esteve, desde seus primórdios, intrinsecamente ligado ao matrimônio e, na medida em que as características dessa instituição foram sendo flexibilizadas, o próprio conceito de família, a lei e a sociedade sofreram alterações radicais. Nesse sentido, interessante citar, ainda que brevemente, algumas mudanças nos elementos de durabilidade, oficialidade, heterossexualidade e exclusividade do casamento.

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 EC 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 à oficialidade, é importante mencionar que o Código Civil de 1916 é enfático na busca em privilegiar o casamento, em detrimento de outras situações de fato que envolvessem também um partilhar de vidas e bens, ou até mesmo filhos, tais como união estável ou o adultério. Tais situações extramatrimoniais começaram a ser progressivamente reconhecidas por meio da intervenção do Poder Judiciário, que, no decorrer dos anos, vem adotando posicionamentos cada vez mais favoráveis ao reconhecimento de direitos decorrentes de tais relações. Destaca-se, nesse contexto, a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que passou a ser aplicada as uniões em concubinato, uniões estáveis e, até mesmo, em uniões homossexuais. A súmula regia a divisão de bens dos companheiros nas varas cíveis³⁰.

Adiante, em 1994, foi promulgada a Lei 8.971, cognominada “Lei do Companheirato”. Essa lei buscava tutelar situações onde o homem e a mulher, ainda que absolutamente descompromissados com outrem, por alguma razão de direito estavam

³⁰ CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de Família**. 2ª Ed. rev; atual; e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 249.

impedidos de casar³¹. Já em 1996, entrou em vigor a Lei 9.278, chamada “Estatuto da convivência”, que veio a tutelar as uniões passíveis de serem convertidas em casamento³².

Quanto ao requisito da complementaridade sexual, as relações entre pessoas do mesmo sexo começaram a ser dirimidas nas varas cíveis, por meio da súmula 380. Um dos principais precedentes aconteceu em 2008, quando o Superior Tribunal de Justiça (STJ) analisou, pela primeira vez³³, os direitos de parceiros homossexuais com base no direito de família e não no âmbito patrimonial. Além disso, nessa decisão, o STJ entendeu que a legislação brasileira não traz proibição ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, haja vista não utilizar expressão restritiva para excluí-la definitivamente do ordenamento jurídico³⁴.

Outro exemplo de ativismo judicial que contribuiu para a redefinição ou extensão do direito de família, sobretudo às uniões homossexuais³⁵, consiste no posicionamento da Desembargadora Maria Berenice Dias do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pioneira nas decisões reconhecendo a união estável a esse grupo³⁶. Por fim, em 04 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, no sentido de que o art. 1.732, do Código Civil de 2002, deveria ser lido conforme a Constituição. Dispõem os artigos 1.732 do Código Civil de 2002 e o art. 226, §3º da Constituição Federal de 1988, respectivamente, que:

³¹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 69.

³² FACHIN, 1999, p. 71.

³³ CARVALHO, 2009, p. 246.

³⁴ STJ, 4ª T. REsp 820475-RJ. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. J. 02.09.2008.

³⁵ Cf. GONZÁLEZ, Leticia. Maria Berenice Dias: a juíza que mudou a cara do casamento gay no Brasil, os direitos das mulheres e foi pioneira em reconhecer a união gay. **Revista TMP**, n. 129, São Paulo, 13 mar 2013, Páginas vermelhas. Disponível em < <http://revistatpm.uol.com.br/revista/129/paginas-vermelhas/maria-berenice-dias.html> >. Acesso em 31 nov. 2014.

³⁶ Vide, por exemplo, AC nº 70012836755, Rel. Berenice Dias, publicado em 21/12/2005, Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. Vide ainda, os Embargos Infringentes nº 70006984348, 4º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS, julgado em 14 nov. 2003, todas disponíveis em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/jurisprudencia-relacoes-homoafetivas.dept>>. Acesso em 06 dez. 2014.

CC-02

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a **união estável entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (Grifo nosso)

CF-88

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o **homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Grifo nosso)

Afirmou a Corte Suprema brasileira, que com fundamento nos princípios da isonomia, liberdade, autonomia da vontade, segurança jurídica e, sobretudo, o princípio da dignidade humana, o art. 226 da Constituição Federal de 1988 não poderia ser analisado de forma restritiva, pois isso comportaria medida preconceituosa e odiosa contra uniões entre pessoas do mesmo sexo. Nessa linha de raciocínio, conclui que a única interpretação cabível consistiria, portanto, em considerar o rol da concepção de família constante do art. 226 como meramente exemplificativo, aferindo que o que não está proibido, deve ser permitido para respeitar a liberdade das pessoas.

Finalmente, com relação à exclusividade, até 29 de março de 2005, o adultério era descrito como crime, pelo art. 240 do Código Penal. Esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 11.106/05. Não obstante, as relações adúlteras não são amparadas pelo direito de família no Brasil, aplicando-se ao relacionamento a súmula 380 do STF, quando for o caso. A jurisprudência é pacífica no sentido de não conferir os direitos relativos à união estável, aos relacionamentos adúlteros³⁷.

Já existem, porém, algumas tentativas judiciais e doutrinárias visando aplicar a essas situações tratamento equivalente ao matrimonial. Nesse sentido, citemos como exemplo o deferimento de 50% da pensão previdenciária de viúva à amante pelo TRF-2³⁸, decisão esta reformada pelo STJ em 2007:

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 nãocontemplaram o concubinato, que resulta de união entre homem e mulher

³⁷ CARVALHO, 2009, p. 263-264.

³⁸ 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. TRF-2 - EDAC: 117156 96.02.28695-4, Relator: Des. Federal SERGIO SCHWAITZER, Data de Julgamento: 24/08/2004, SEXTA TURMA.

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 provido³⁹.

Ademais, no âmbito doutrinário, Carvalho adjetiva como “aviltante” o caráter da Súmula 380 aplicável aos relacionamentos adúlteros, “pois não é razoável deixar ao desamparo a concubina, já que na maioria das vezes o homem é que mantém duas famílias ao mesmo tempo”⁴⁰. Interessante observar que não foram objeto de ponderação, nem pelo TRF-2, tampouco por Carvalho, a minoração dos direitos da mulher casada, que veria reduzida em 50% sua pensão em favor da outra parte, mantenedora de relacionamento não amparado juridicamente, violador de preceito caro à família legalmente constituída, qual seja, a fidelidade.

2.2 REDEFINIÇÃO DE FAMÍLIA E CASAMENTO

Na virada do séc. XX, o direito de família rompe com toda a continuidade histórica da instituição desde os tempos do Império Romano. Enquanto que para os civilistas do código anterior, de 1916 os contornos de família eram concebidos dentro dos liames conjugais, filiais e sanguíneos deles derivados, para os civilistas atuais uma nova concepção nasce: a pluralidade. Tal concepção justifica-se pelo fato de o casamento haver sido desassociado de funções unitiva⁴¹ e procriativa, não mais constituindo, portanto, a origem e fundamento da família.

Qual o fundamento da família brasileira segundo a doutrina jurídica⁴² e o Poder Judiciário no século XXI? – o afeto. 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:

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

³⁹ STJ REsp. 813175, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 23/08/2007, T5 - QUINTA TURMA.

⁴⁰ CARVALHO, 2009, p. 264.

⁴¹ Apesar de associado à união emocional, a definição sustentada atualmente separou o união compreensiva, que inclui a união corporal, conforme analisaremos a seguir.

⁴² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2 ed.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 1038; FACHIN, 1999, p. 289.

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 famílias⁴³.

Aduz ainda Lenza que:

O casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e **baseado em um vínculo de afeto**.⁴⁴ (Grifo nosso)

Essa nova concepção da relação familiar no Brasil faz com que não exista mais “família”, porém “famílias”. Daí a justificativa para a elaboração de obras intituladas “Manual de Direito das Famílias”, por Maria Berenice Dias⁴⁵, e “Famílias” por Paulo Luiz Lôbo⁴⁶. De fato, foi com o intuito de expandir concepções sobre família que foi fundado o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) em 1997, havendo este Instituto contribuído de modo fundamental para as revoluções e reformas que o ordenamento jurídico sofreu⁴⁷.

A CF/88 dispõe, no art. 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.[...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Ao analisarem o artigo supra, alguns doutrinadores⁴⁸ concluíram que a nova Constituição apreende a família por seu aspecto social, inexistindo, sob tal enfoque, um conceito unitário de família. Assim, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência⁴⁹ têm defendido que casamento, união estável e monoparentalidade são espécies do gênero família salvaguardados pelo Estado. O rol não seria, portanto, *numerus clausus*. Ao ampliar o rol e reconhecer os modelos monoparentais e as uniões estáveis como entidades familiares, o Constituinte abriu mão de um modelo de família único e elegeu a pluralidade.

⁴³ FACHIN, 1999, p. 35-37.

⁴⁴ LENZA, 2011, p.1042.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2009.

⁴⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁴⁷ TARTUCE, 2012, p. 1031.

⁴⁸ FACHIN, 1999, p. 74.

⁴⁹ Cf. ADPF 132 e ADI 4277.

O principal fundamento das relações familiares sob essa nova perspectiva passou a ser o afeto. Deve-se priorizar, portanto, a família socioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana, com destaque para a função social da família⁵⁰. Tal concepção remonta ao trabalho de João Baptista Villela intitulado “*desbiologização da paternidade*”, originador de uma nova forma de parentesco, a *parentalidade socioafetiva*, baseada, não na condição de ter nascido filho ou de ser efetivamente filho, mas na *posse de estado de filho*⁵¹.

Nessa linha, a doutrina se torna ainda mais ousada: família é união afetiva, logo todas as uniões afetivas são dignas de reconhecimento. Nas palavras, novamente, de Fachin, agora em 2012:

Todas as uniões, em igualdade jurídica, são fontes de relações das famílias; e, uma vez que erigidas sobre o afeto, negar-lhes efeitos jurídicos importa em negar o desenvolvimento da personalidade das pessoas que nelas se relacionam, que nelas buscam o seu desenvolvimento; enfim, que nelas almejam a construção de si própria⁵².

Considerando a realidade sociológica, a Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio (PNAD)⁵³ constatou que múltiplos são os perfis das relações familiares. Tem-se família 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 pessoa⁵⁴.

2.3 DESCONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

A definição do fundamento de família e casamento pareciam muito simples no século passado. Entendia-se que a família é constituída pelo casamento e o casamento é constituído pela união entre um homem e uma mulher, em uma comunidade que é, ao mesmo

⁵⁰ LENZA, 2011, p. 1103.

⁵¹ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Separa da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21 (nova fase), maio 1979.

⁵² FACHIN, 2012, p.162.

⁵³ CARVALHO, 2009, p. 243-243.

⁵⁴ CARVALHO, 2009, p. 243-244.

tempo, unitiva e procriativa. Não obstante, transformações sociais, sobretudo a revolução sexual, trouxeram profundas mudanças para essas instituições.

Nesse diapasão, a descoberta da pílula e a possibilidade do aborto ajudaram a desassociar o sexo da procriação⁵⁵, e, por conseguinte, o sexo e a procriação do casamento, levando alguns a defenderem que a procriação não tem relação nenhuma com o casamento. Mas se isso for verdade, qual o interesse do Estado no casamento? Se o fundamento é o afeto, porque o Estado não regula as nossas amizades, essas sim, uniões intrinsecamente afetivas?

A resposta é simples: porque as nossas amizades não afetam o bem comum da mesma forma que as uniões sexuais conjugais. Dessas últimas derivam novas vidas, pessoas, e o Estado intervém no âmbito do casamento para tentar aumentar as chances de que as crianças concebidas dessa relação serão protegidas e educadas pelos seus pais biológicos⁵⁶, que as supervisionarão rumo à independência adulta, ajudando-as a tornarem-se pessoas boas e bons cidadãos.

À luz de todo o exposto, percebe-se que o direito brasileiro de família foi, progressivamente, destituindo o casamento de sua relação intrínseca e primária com a concepção de família e, na medida em que isso aconteceu, a própria concepção de família foi comprometida.

Numa tentativa, de amenizar a dor dos filhos destituídos da presença do pai (sobretudo após a revolução sexual); de promover a aceitação social dos filhos ilegítimos; ou até mesmo de valorizar o sentimento e o carinho, tão necessários à sensibilidade feminina e à formação emocional das crianças, por vezes desprezado em tempos passados, o termo “afeto” foi ganhando espaço.

Todavia, ao invés disto fortalecer as uniões conjugais e, por conseguinte, a família, nós os destuímos de significado racionalmente coerente e apreensível. Tanto a família, quanto a amizade são bens fundamentais para o florescer humano e contribuem de maneiras distintas à nossa formação e vida. Quiçá na dualidade entre liberdade e segurança, encontramos na família precipuamente a segurança, por meio de seus laços sanguíneos inegáveis e que constituem um senso de pertença irrenunciável; e na amizade, principalmente a liberdade, estabelecendo novos vínculos de pertença e desfazendo-os, conforme experiências e deliberação pessoal.

⁵⁵ 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, Loc 4262.

⁵⁶ ANDERSON, GEORGE, GIRGS, 2012, loc. 583.

Basear a família exclusivamente no afeto torna impossível defini-la e sua formação pode se dar a partir da união entre um homem e uma mulher, dois homens ou duas mulheres, e porque não entre três, quatro ou dez pessoas? O afeto não pode ser compartilhado? E por que não entre pai e filha ou irmão e irmã? Não pode haver afeto aqui também? O Conselho de Ética Alemão diz que sim⁵⁷.

A única forma de construirmos famílias seguras é por meio de um alicerce forte. Esse alicerce é o casamento, não o casamento-afeto, nem de héteros, nem de homossexuais. De fato, uma das principais razões do desmantelamento da família nos dias atuais é justamente esse entendimento equivocado.

É impossível o Estado ser neutro no que toca à constituição de família e, por conseguinte, ao status do casamento na sociedade. Assim sendo, todos os debates sobre casamento giram em torno de sua definição. Se sustentarmos o casamento no afeto, é logicamente impossível ao Estado forçar leis exigindo basicamente *quaisquer* normas sobre ele, seja a heterossexualidade, a monogamia, a fidelidade sexual, a permanência, ou talvez até mesmo a proibição do incesto, como o conselho de ética alemã tentou levantar. Todas essas regras tornam-se absolutamente arbitrárias. Apenas a natureza conjugal do casamento revela uma base objetiva para essas normas, apenas a natureza conjugal pode nos dizer, para nosso próprio benefício e da sociedade em geral, o que é o casamento.

⁵⁷ WHEATHERBE, Steve. **Decriminalize incest, says german gvmt's council of ethis**. Disponível em: <<https://www.lifesitenews.com/news/decriminalize-incest-says-german-gvmts-ethics-council>>. Acesso em 27 nov. 2014.

3 CASAMENTO: UMA COMUNIDADE DE NATUREZA CONJUGAL

Na esteira do pensamento clássico, Robert George e Patrick Lee nos ensinam que:

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 permanência⁵⁸.

Para melhor compreensão do assunto, 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 retromencionados, diferentemente de outros relacionamentos, requer uma união *integral*⁵⁹, 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 corpo, 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 grande parte 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 sexo.

O argumento fica mais claro se pensarmos no seguinte exemplo: Suponhamos que Taty e Tito construam seu relacionamento não com base na exclusividade sexual, mas na exclusividade para jogar futebol. Daí eles prometem jogar futebol apenas um com o outro até que a morte os separe. Eles estariam, por isso, casados? Não. Substitua o futebol por qualquer

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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.

outra atividade não sexual, digamos, pintura, estudos, o que seja, e eles continuarão a não estar casados.

A união corporal é realizada na atividade sexual. O sexo envolve uma entrega e um partilhar em uma dimensão única do nosso ser. Não obstante, o que existe nessa atividade que a torna unicamente capaz de realizar essa união? De fazer com que dois seres sejam biologicamente um?

De uma forma geral, uma união em qualquer nível envolve uma coordenação mútua de ações naquele nível, visando um benefício naquele mesmo plano. Segundo Anderson, George e Girgs:

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 fim⁶⁰.

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”⁶¹. Paralelamente, para que duas pessoas se unam organicamente, seus corpos devem estar coordenados para um mesmo fim biológico por inteiro.

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

Segue-se disso que, no coito, 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, ela é real e biológica eles são, de fato, organicamente um. Nessa união, os corpos de duas pessoas estão coordenados para um mesmo fim biológico que envolve ambos, mas transcende-os, consumação última da união corporal heterossexual, vai além de ambos. Mesmo que a concepção não ocorra, a união aconteceu. Eles foram *realmente*,

⁶⁰ 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.

⁶¹ ANDERSON; GEORGE; GIRGS, 2011, p. 253-254.

biologicamente, um, assim como a boca não deixa de ser parte do processo digestivo porque essa ou aquela partícula não foi digerida.

Não estamos dizendo que outras formas de carícia não constituam autêntica expressão de afeto. Tocamos-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 corpo. No coito, e apenas no coito, isso acontece.

3.2 CONEXÃO ESPECIAL COM CRIANÇAS

Flui da união integral supramencionada que o casamento é o *tipo* de comunidade orientada para a concepção e criação de filhos, e por elas enriquecida. Em segundo lugar, é justamente essa orientação natural que acaba por moldar muitas das normas do casamento.

Com relação ao primeiro ponto, apenas responsabilizar-se pelos cuidados e educação de uma criança não seria o suficiente para caracterizar um casamento. Exemplifica o afirmado situação em que duas ou três freiras decidissem 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 à ausência do genitor deste último – o pai não, estaria por isso com ela casado.

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 coito, e não a concepção, que selava o matrimônio⁶², atribuindo-lhe validade. A tradição do direito brasileiro também reconhece isso. Por isso que se tem considerado a inaptidão para a cópula sexual, e não a esterilidade, a razão para a declaração de invalidade do casamento. Nesse sentido, leciona Fachin 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 inelividade 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.⁶³

⁶² ANDERSON, GIRGS, GEORGE, 2011, p. 257.

⁶³ FACHIN, 1999, p. 139.

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, e 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 infantes, 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. Que o casamento *é o tipo* de relacionamento voltado 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 relação de uma maneira que não ocorre em outros tipos de relacionamento. Por exemplo, a amizade de Taty e Laura não está incompleta por elas não criarem uma criança juntas, até porque essa expectativa sequer existe nesse contexto. Essa relação é selada, integralizada, incorporada e consumada em conversas, no compartilhar de ideias, sentimentos e algumas atividades em comum.

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

Pensando novamente no exemplo supra de Taty e Laura, 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 Taty e Laura 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. Por esse motivo, o casamento exige o partilhar da vida doméstica. As normas do casamento são as mesmas normas necessárias à boa paternidade,

direta ou indiretamente, porque o matrimônio é justamente esse *tipo* específico de comunidade que, de uma maneira singular, é idealmente voltado para isso.

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 a qual um relacionamento pertença. Essas atividades, em grande parte, na verdade *tornam* o relacionamento desta ou daquela categoria, deste ou daquele tipo.

Por exemplo, um time de futebol tem como fim último ganhar o jogo, 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 (*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.

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 infantes 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 sela 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 ato pelo qual os cônjuges fazem amor é o mesmo ato orientado à concepção de infantes.

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 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.

b) *Monogâmico*

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. Assim, Rita e Jonh, não é igual a Rita-casada-com-Jonh e Jonh-casado-com-Rita. Jonh-casado-com-Rita está conjugado a ela em uma unidade, em uma união orgânica, espiritual e emocional. Jonh-casado-com-Rita, portanto, é uma outra pessoa para poder realmente se unir a sua esposa. Ele não pode, portanto, adicionar Marta ao seu casamento com Rita sem alterar a natureza da primeira relação, sem retirar dela partes daquilo que lhe é essencial.

Apesar de Jonh poder unir-se organicamente com Rita e, em um outro, momento com Marta, não existe um casamento entre os três. Existe o “casamento” de Jonh e Rita e o “casamento” de Jonh e Marta. Jonh se casou duas vezes, e não Rita – que já estava lá. Ao firmar o novo relacionamento com Marta, a união de Jonh com Rita é limitada. Jonh não pode ser inteiramente “um” com Rita, porque o que ele tem e pode compartilhar e entregar a ela, estará agora dividido e limitado por seu relacionamento com Marta. Por conseguinte, Jonh não se unirá *integralmente* com nenhuma delas, ao contrario, será limitado nas duas relações.

Ademais, a poligamia 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 inferiorizada.

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 os mais pessoas, ou pessoas do mesmo sexo não são opções validas para configurar essa comunidade.

3.3.2 Permanência

Com relação à permanência, 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 bodas desprezando o aspecto temporal do casamento, pensando em separar-se, ou não compreendeu o que de fato o casamento é e restringe sua união, sua própria entrega ao parceiro, 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, nas palavras de Lee e George:

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. Assim como outras grandes realidades morais – como a honestidade e a justiça – fidelidade ao compromisso conjugal pode requerer grandes sacrifícios.⁶⁴

Ademais, o casamento é o tipo de união mental-corporal orientada á 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.

O matrimônio envolve a pessoa por completo, por isso o compromisso que ele requer também deve ser total. Nesse sentido, a despeito do fato que pessoas em diversos tipos de laços podem desejar, prometer e viver a exclusividade sexual e a permanencia, apenas no

⁶⁴ GEORGE; LEE, 2014, p. 65.

casamento 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 neste capítulo, cedemos a palavra a um dos principais colaboradores na elaboração da visão conjugal, Robert P. George:

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 de crianças juntos. 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 preenchida pela concepção e criação de crianças juntos. 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 suas vidas juntos, em todos os níveis de seus seres – corpóreo-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 permanência⁶⁵.

⁶⁵ Original: *In sum, the common good that defines marriage – and so its fundamental distinguishing nature – is the bodily, emotional, and spiritual unity that finds its fruition in bearing and rearing children together. The good toward which marriage is oriented is marriage itself, though the good of marriage has two tightly connected aspects, the unitive and procreative.*

Marriage is that type of community that is both a multileveled unity (a unity in all levels of the human person, including the bodily-sexual) and a community that would be fulfilled by having and rearing children together. There is an intrinsic link between these two aspects of the community; the multileveled (and intrinsically sexual) relationship is fulfilled by, and is not merely incidental to, the conceiving and rearing of children. Hence marriage is fundamentally distinct from a relationship of cohabitation combined with regular sex, and it is not merely an alliance formed to raise children. Rather, it is the union of a man and a woman, formed by their commitment to sharing their lives together, on all levels of their being- bodily-sexual as well as emotional and spiritual – in the kind of community that would be naturally fulfilled by begetting and rearing children together. This community is by its nature between a man and a woman and demands exclusivity and the sincere pledge of permanence. GEORGE; LEE, 2014, p. 66-67.

4 CASAMENTO E O BEM COMUM

Estamos plenamente de acordo com o Min. Fux quando este afirma, citando Paulo Bonavides, sobre a proteção da família, que:

Trata-se de uma garantia institucional, destinada “a assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, [...]”, sob pena de perecimento dessa instituição protegida.⁶⁶

Afirmamos, porém, que esse cerne é o casamento. Esse cerne é a comunidade que abrange e envolve a integralidade de duas pessoas – um homem e uma mulher –, em uma entrega enriquecida pelo florescer da família, com a concepção de novas vidas, cujas normas de exclusividade e permanência predicam-se de sua própria natureza.

Para que as pessoas possam, de fato, viver o casamento na sua plenitude, é necessário entender a sua natureza conjugal. O problema dessa incompreensão não surgiu, no Brasil, com a equivalência “qualitativa” do casamento com a união homoafetiva. Na verdade, o casamento, no senso comum do povo brasileiro, vem sendo paulatina e progressivamente desconstruído por meio, dentre outros fatores, da direta ingerência do Estado, seja na promoção de políticas públicas de liberalização sexual, seja pela instrumentalização do direito – objeto de estudo nesse trabalho.

Nesse sentido, no capítulo dois buscou-se demonstrar as alterações legislativas acerca do tratamento concedido pelo Estado a características peculiares ao casamento: à oficialidade, à exclusividade, à permanência e, por fim, à heterossexualidade. Por meio dessas alterações, o Estado influenciou a visão cultural brasileira sobre o valor do casamento para a sociedade, tornando-o progressivamente irrelevante. Criticou-se, sobretudo, a equiparação qualitativa da instituição com a união homossexual, não porque toda a ruína do casamento se deva tão somente a isso, mas porque, definitivamente, esse é o golpe final, e praticamente irreversível, para obscurecer de modo definitivo o entendimento das pessoas sobre a realidade moral e natural do casamento, apagando por completo qualquer conexão dessa instituição com a procriação – razão suprema pela qual o Estado e praticamente toda civilização humana construiu normas sobre os relacionamentos sexuais.

⁶⁶ ADI 4277, p. 59.

Baseando-nos em alguns estudos sociológicos e filosóficos, vejamos algumas consequências da redefinição do casamento na sociedade.

4.1 OBSCURECENDO A NATUREZA CONJUGAL DO CASAMENTO

A primeira consequência da redefinição do casamento é a falta de entendimento de sua verdadeira natureza, todas as outras consequências são desdobramentos dessa. Isso ocorre porque:

Ninguém toma decisões no vácuo. Todos nós recebemos influência de normas culturais, moldadas em parte pelas leis. Isto porque as leis afetam nossas ideias sobre o que seja razoável e apropriado. Ela faz isso por meio daquilo que ela proíbe – talvez você pensasse menos sobre bebidas se elas fossem proibidas, ou mais sobre usar maconha se fosse permitido –, mas também pelo que ela aprova.⁶⁷

Para que as pessoas escolham o casamento e possam vivê-lo plenamente, elas precisam efetivamente entender o que ele é. A redefinição para a visão revisionista distorce as prioridades e motivações das pessoas quanto a essa instituição. Assim, não é nenhuma surpresa a brusca aceleração do índice de divórcio após a aprovação da separação instantânea e do casamento gay na Espanha⁶⁸: de 2005 para 2006, o divórcio cresceu em 74.3%, sendo que o aumento mais acentuado se deu nos casamentos que tinham menos de um ano. Relativamente, o aumento aqui foi de 330.6%⁶⁹. Dos dados acima, infere-se que, sem o entendimento da natureza conjugal do casamento, os laços dos relacionamentos tornam-se facilmente rompidos.

4.2 OBSCURECENDO O VALOR DE PAI E MÃE PARA A FORMAÇÃO DOS FILHOS

Em 2005, a Associação Americana de Psicologia (APA) publicou um relatório oficial sobre a paternalidade de gays e lésbicas⁷⁰, cuja conclusão apontou que nenhum dos

⁶⁷ ANDERSON, GIRGS E GEORGE, 2012 loc. 827.

⁶⁸ MORGAN, Patricia. **What happens to marriage and families when the Law recognises “same-sex marriage”?** **Experience of legalizing marriage for same-sex couples in Europe and North America.** Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmpublic/marriage/memo/m94.htm>>. Acesso em: 27/11/2014, § 35.

⁶⁹ MORGAN, §36.

⁷⁰ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. Lesbian and gay parenting. Disponível em: <<http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting-full.pdf>>. Acesso em 07 dez. 2014.

estudos realizados havia concluído que as crianças de pais gays ou lésbicas teriam alguma desvantagem, em qualquer aspecto significativo, em relação às crianças de pais heterossexuais.

Em 2012, o professor Loren Marks, da Escola de Ecologia Humana da Universidade Estadual de Louisiana, publicou o artigo intitulado “Same-Sex Parenting and Children’s Outcomes: A Closer Examination of the American Psychological Association’s Brief on Lesbian and Gay Parenting”⁷¹, em que revisou os 59 estudos que subsidiaram a afirmação da Associação Americana de Psicologia em 2005. Após essas análises, Loren concluiu que nem mesmo um dos 59 estudos realizados eram confiáveis:

[...] nenhum dos 59 estudos aludidos no relatório de 2005 da APA compara uma amostra grande e ao acaso, representativa de pais – gays e lésbicas – e seus filhos com uma amostra grande e ao acaso, representativa de pais casados e seus filhos. Os dados disponíveis, obtidos primordialmente por meio de pequenas amostras convenientemente escolhidas, são insuficientes para embasar uma conclusão sólida, de caráter geral, em qualquer sentido⁷²

Dos 59 estudos, 26 não faziam comparações com grupos heterossexuais, e nos estudos em que, de fato, houve a comparação, mães solteiras eram, via de regra, usadas como representativas dos grupos heterossexuais.

Em 2011 e 2012, o sociólogo Mark Regenerus do Centro de População na Universidade do Texas, apresentou novas e extensas evidências empíricas que mostram que há diferenças entre os filhos, crianças e jovens, de um pai que tem ou teve relações homossexuais e os filhos criados por pais biológicos casados. A nova evidência é do Estudo sobre Novas Estruturas Familiares (NFSS) da Universidade do Texas. A investigação foi realizada com o propósito específico de juntar dados mais confiáveis, levando em consideração uma amostra nacional, com crianças e jovens de diversos tipos de famílias: família biológica intacta (FBI), família de divórcio tardio, famílias com padrastos, famílias monoparentais, famílias com a mãe lésbica (MRL), famílias com pai gay (PRL), e outros tipos de famílias, concluindo que, em todos os indicadores as crianças criadas por seus pais biológicos casados se saíram melhor.

Os indicadores incluíram, entre outros: consumo de maconha, consumo de tabaco, prisões, sentenças criminais condenatórias, assistência pública, desemprego, sensação de

⁷¹ MARKS, Loren. **Same-Sex Parenting and Children’s Outcomes: A Closer Examination of the American Psychological Association’s Brief on Lesbian and Gay Parenting**. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0049089X12000580>>. Acesso em 07 dez. 2014.

⁷² SAMUEL, Ana. **Investigación de las Nuevas Estructuras Familiares y la Afirmación “No Hay Diferencia”**. Disponível em: <<http://www.familystructurestudies.com/es/summary>>. Acesso em: 07 dez. 2014.

segurança familiar enquanto criança, pensamentos recentes de suicídio, depressão, molestados sexualmente por algum dos pais ou por outro adulto, relações sexuais forçadas, doenças sexualmente transmitidas, qualidade no relacionamento, problemas na relação, infidelidade estando casado ou em união estável, educação, número de parceiros sexuais femininos para mulheres, número de parceiros sexuais masculinos para mulheres, número de parceiros sexuais masculinos para homens, e orientação sexual⁷³.

Analisando os resultados dos estudos, Ana Samuel⁷⁴ concluiu que:

Tomado em seu conjunto, os resultados descobertos pelo NFSS sugere que é falsa a afirmação de que “não há diferença” entre os lares de PRG e MRL com os lares de pais biológicos, casados em uma relação intacta, quando se refere ao desenvolvimento social, emocional e relacional dos filhos.[...]

Em 25 das 40 variáveis avaliadas havia diferenças estatisticamente significativas entre os filhos de lares FBI e os de lares de MRL em áreas que são claramente abaixo do ideal, como estar recebendo assistência social, necessitar de terapia, infidelidade, DST's, ter sido vítima sexual, nível de educação alcançado, segurança na família de origem, depressão, vícios, uso de maconha e sua frequência, assim como conduta criminal. Em 11 das variáveis avaliadas havia diferenças estatisticamente significativas entre os filhos de lares FBI e aqueles que reportaram ter um PRG em dados como, estar recebendo assistência social, DST's, obrigado a manter relações sexuais, segurança na família de origem, depressão, pensamentos suicidas, qualidade dos relacionamentos, frequência com que fuma, e conduta criminal. Havia diferenças importantes em ambas comparações, **mas os jovens adultos de MRL mostrarão os resultados menos favoráveis em uma ampla gama de categorias quando se comparam com os filhos de lares FBI e também se saíram piores nas outras categorias que os filhos PRG. A afirmação “Não Há Diferença” é falsa e deve ser substituída pelo reconhecimento da diferença.** (Grifo nosso)

Assim, os resultados apontam pela clara distinção qualitativa entre as crianças e adultos criados por seus pais biológicos, e aquelas cujo pai ou mãe manteve ou mantém uma relação homossexual. Curioso notar, ainda, que, mesmo entre esses últimos houve diferenças substantivas, se mostrando significativamente menos avantajados aqueles cuja mãe teve relacionamentos lésbicos, do que aqueles cujo pai teve relacionamentos gays.

No entanto, as diferenças não se limitam a casais heterossexuais e homossexuais. Também foram registradas diferenças significativas entre filhos adotados, de famílias monoparentais, **de pais em união estável** e de famílias complexas, confirmando o que os estudos dos últimos 25 anos das ciências sociais já vinham apontando: a estrutura familiar é importante para os filhos, e delas, a mais benéfica aos filhos é a de seus pais biológicos, em

⁷³ Um quadro interativo pode ser visto no site: <http://www.familystructurestudies.com/outcomes/>

⁷⁴ SAMUEL, Ana. **Investigación de las Nuevas Estructuras Familiares y la Afirmación “No Hay Diferencia”**. Disponível em: <<http://www.familystructurestudies.com/es/summary>>. Acesso em: 07 dez. 2014.

um casamento com baixo índice de conflito⁷⁵. Fora desse contexto, toda criança já nasce em potencial desvantagem.

Nesse mesmo sentido, pronunciaram-se também Sara McLanahan, socióloga da Universidade de Princeton, juntamente com seu colega, Gary Sandefur, sociólogo da Universidade de Winsconsin. Essa última dupla, após vinte anos estudando os efeitos da estrutura familiar sobre as crianças, asseverou que:

Se nos pedissem para desenhar um sistema para assegurar que as necessidades básicas das crianças sejam satisfeitas, nós provavelmente acabaríamos estruturando algo muito similar à estrutura ideal de ambos os pais. Esse desenho, em teoria, não apenas assegura que os filhos tenham acesso ao tempo e ao dinheiro de dois adultos, mas também provê um sistema de freios e contrapesos que promovem uma melhor paternidade. O fato de que ambos os pais possuem uma conexão biológica com a criança aumenta a probabilidade de que os pais se identifiquem com a criança e se sacrifiquem por ela, ao mesmo tempo em que reduz a possibilidade de que um deles abuse dela.⁷⁶

Não obstante o real valor de casamentos sólidos para as crianças, onde o processo de redefinição do casamento foi acontecendo, obscurecendo a relação desse instituto como o meio ideal para a concepção e criação de infantes, essa realidade tem sido progressivamente obscurecida.

Consideremos como exemplo o caso da Holanda. Em 1980, a taxa de concepção fora do casamento era de 4.1%, em 1990, foi de 11.4 %, subindo para 24.9% em 2000 e 43.3% em 2009. Em 2013, quatro a cada dez crianças nascem de mães solteiras⁷⁷. Nesse caso, Patricia Morgan identificou a viabilização de alternativas ao casamento, como a união estável, e a distribuição de privilégios do casamento a relacionamentos que não se comprometem no mesmo grau, como causa da trivialização das uniões⁷⁸. Na Dinamarca, primeiro país a legalizar o “casamento” homossexual (1989), as estatísticas em 2013 eram de 60% das concepções fora do casamento⁷⁹.

Além disso, o reconhecimento da união ou “casamento” gay tem representado o golpe derradeiro nessa redefinição, haja vista que as relações heterossexuais são obrigadas a se conformarem às normas homossexuais, já que é naturalmente impossível aplicar as matérias relativas a complementaridade sexual a gays e lésbicas.

⁷⁵ Idem..

⁷⁶ 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, loc. 4368-4378.

⁷⁷ MORGAN, 2013, § 33.

⁷⁸ MORGAN, §34.

⁷⁹ MORGAN, § 28.

Nesse contexto, na Espanha, por exemplo, apagou-se a referência a pai e mãe nas certidões de nascimento, e passou a constar “progenitor A” e “progenitor B”. No Canadá, o conceito de pai ou mãe natural foi apagado do ordenamento jurídico. A Suécia foi ainda mais além eliminando a palavra “menino” ou “menina”, substituindo-a por um termo neutro⁸⁰. No Brasil, escolas em São Paulo apagaram o “Dia das Mães” do calendário escolar, substituindo-o pelo “Dia de Quem Cuida de Mim”⁸¹.

O próprio STF já nega o ideal de pai e mãe para a formação dos filhos, afirmando que não existe diferença entre a criação de crianças por um casal do mesmo sexo ou de sexos complementares:

[Min. Ayres Britto] quanto à adoção, não existe nenhuma diferença se os adotantes são homo ou heterossexuais, aplica-se aqui a vedação ao preconceito.

Em outras palavras, a complementaridade dos sexos não tem influência nenhuma sobre as crianças. Essas não precisam, nem *idealmente*, de um pai e de uma mãe, e fazer ou defender essa diferenciação se dá apenas em razão de preconceito.

4.3 DESTRUINDO AS REGRAS DE FIDELIDADE E PERMANÊNCIA

Como a natureza conjugal do casamento é a única base principiológica objetiva para as normas de fidelidade e permanência, na medida em que a duplicidade (unitiva e procriativa) dessa natureza é sublimada, essas regras se tornam incompreensíveis. Ao redefinir o casamento para uma união de sentimento, essas regras tornam-se no máximo escolhas pessoais dos parceiros, quando não for muito inconveniente.

A única razão pela qual existe a expectativa de que a união homossexual seja monogâmica e permanente é a força cultural normativa das relações heterossexuais, derivadas subconscientemente de sua natureza conjugal. Todavia, conforme mencionado anteriormente, na medida em que os relacionamentos homossexuais são recebidos pelo direito de família, as uniões heterossexuais tendem a se adequar às normas deles, e longe do senso comum midiático, os índices de divórcio e infidelidade, aberta ou traiçoeira, entre os parceiros

⁸⁰ MORGAN, §6.

⁸¹ AZEVEDO, Reynaldo. **Escolas de SP acabam com o “Dia das mães” e instituem o “Dia dos Cuidadores”. Viva o fim da família prefeito Fernando Haddad.** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/escolas-de-sp-acabam-com-o-dia-das-maes-e-institui-o-dia-dos-cuidadores-viva-o-fim-da-familia-prefeito-fernando-haddad/>>. Acesso em 09/12/2014.

homossexuais são significativamente maiores que os referentes a parceiros heterossexuais casados.

4.3.1 Permanência

A propósito da permanência da relação firmada no casamento, é possível afirmar a menor duração temporal dos relacionamentos homossexuais a partir dos dados a seguir constatados: A taxa de divórcio na Noruega revelou que casais gays são 1.5 e lésbicas são 2.67 vezes mais propensos a se separarem que casais de sexos opostos. Em cinco anos, 20% dos gays e 30% das uniões lésbicas foram dissolvidas, comparado a 13% das uniões heterossexuais. Na Suécia, as uniões gays são 50% mais propensas ao divórcio que os casamentos heterossexuais e o risco para as uniões lésbicas é quase o dobro do das uniões gays⁸². Na Holanda, a taxa de dissolução de união estável entre relações homossexuais é 3 vezes maior que a taxa de dissolução de união estável heterossexual, e **12 vezes** maior que a taxa do divórcio heterossexual⁸³.

Nesses contextos, sobre a instabilidade das uniões homossexuais, é afirmado que:

A instabilidade das uniões homossexuais foi qualificada como ‘dinamismo’ para indicar sua superioridade à inércia da estabilidade matrimonial – um dinamismo atribuído à ausência de estruturas de poder, as quais, supostamente, oprimem os relacionamentos heterossexuais⁸⁴.

Ou seja, com a equiparação do relacionamento homossexual ao heterossexual, as normas que regiam esse último relacionamento passam a ser vistas como uma desvantagem aos cônjuges, que, ao invés de se dedicarem um ao outro com exclusividade e permanência, são estimulados a viverem relacionamentos instáveis em detrimento de si mesmos, do parceiro e dos próprios filhos, caso contrário, sua relação é qualificada como opressora. Ademais, não existem benefícios para os cônjuges, os impostos de renda são individuais e o apoio do Estado é voltado aos pais solteiros, caricaturando a mãe solteira como o locus representativo da “diversidade” familiar, e não do infortúnio.

⁸² MORGAN, § 15.

⁸³ MORGAN, §16.

⁸⁴ MORGAN, §15.

4.3.2 Fidelidade

No que toca à fidelidade sexual, tampouco se conclui pela parametricidade entre uniões homossexuais e heterossexuais. Em um estudo conduzido em Vermont, EUA, mais de 50% dos relacionamentos gays, em união estável ou “casamento”, não mantinham relações monogâmicas, comparado com 15.2% dos homens casados heterossexuais. Cinquenta por cento dos homens em união estável gay e um terço de gays que não tinham uma união formal civil tinham um acordo de permissividade sexual fora do seu relacionamento, comparado com 5% ou menos nos casos de lésbicas ou casais heterossexuais⁸⁵.

Em meados de 1980, os professores David McWhirter e Andrew Mattison, eles mesmos um casal gay, iniciaram uma pesquisa para provar que o senso comum popular de que os casais gays não conseguiam se submeter às normas de exclusividade sexual era falso. Não obstante, no fim de seu trabalho, acabaram por concluir exatamente o oposto:

Entre as pessoas que eles entrevistaram, cujos relacionamentos duraram de um a trinta e sete anos, mais de 60% iniciaram a relação esperando fidelidade sexual, mas nem sequer um casal conseguiu se manter fiel por mais de cinco anos. McWhirter e Mattison concluíram que, no fim das contas, ‘a expectativa de atividade sexual fora do relacionamento era a regra para os casais gays e a exceção para os heterossexuais’. Longe de enfraquecer as crenças populares, eles as confirmaram.⁸⁶

O Ministro Flux afirma que a família é caracterizada pelo amor familiar (afeto), pela comunhão (projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum), e pela identidade (a certeza de seus integrantes quanto à existência que os une e identifica), e nós não discordamos desse entendimento. No entanto, entendemos que apenas a natureza conjugal do casamento explica e promove objetivamente esses fatores: a conexão biológica ou a extensão da vida do casal nos filhos e descendentes é o ápice da “certeza da existência que os une e identifica”; a natureza conjugal oferece as bases objetivas para as normas de permanência, promovendo a comunhão plena, física e emocional; e apenas a natureza conjugal explica e responde coerentemente as demandas do amor *eros* de que ela seja somente dele e ele somente dela, unidos um com o outro em “uma só carne até que a morte os separe”.

⁸⁵ MORGAN, § 17.

⁸⁶ ANDERSON; GEORGE; GIRGS, 2012, loc. 1087.

4.4 AMEAÇANDO A LIBERDADE RELIGIOSA E A LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA

Por fim, resta claro que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não é um assunto da esfera privada, mas diz respeito a toda sociedade. Isso porque repercute, não apenas nas vidas das pessoas homossexuais, mas altera o entendimento público do que seja o casamento heterossexual e afeta o próprio bem-estar infantil na medida em que diminui as chances de que as crianças serão concebidas e criadas pelos seus pais biológicos, já que a dissociação com a procriação é inevitável.

Não obstante, os danos dessa redefinição não afeta apenas os grupos supracitados, mas repercute diretamente contra todos que defendam a natureza conjugal. Na medida em que as pessoas se tornam incapazes de compreender a natureza conjugal do casamento, qualquer pessoa que se posicione em seu favor será vista como preconceituosa, irracional ou fundamentalista. Novamente citando George, Girgs e Anderson:

A posição revisionista depende da ideia de que não há diferenças importantes entre relacionamentos homossexuais e heterossexuais. Ao endossá-la [legalmente], o Estado estaria dando a entender que a posição conjugal faz distinções *arbitrárias*. Os apoiadores do casamento conjugal se tornariam, aos olhos do Estado, campeões de discriminações odiosas. Essa ideia levaria a violações aos direitos de liberdade de consciência e religiosa, e do direito dos pais de educar seus filhos.⁸⁷

Patricia Morgan, analisando a situação no Reino Unido, assevera que:

Alguns claramente têm a esperança de que a obrigatoriedade de realizar o casamento gay vai dividir a igreja e o Estado e empurrar o Cristianismo ainda mais para fora da arena pública e, portanto, das consciências. Menosprezada e estigmatizada pelo seu preconceito e irracionalidade, a autoridade moral das instituições religiosas irão retroceder ainda mais em favor de uma ideologia secular fechada, particularmente na medida em que o comportamento sexual em dissonância com as normas tradicionais é ainda mais encorajado e incentivado.⁸⁸

Enquanto isso, no Canadá, Damian Goddard foi demitido de seu emprego como narrador esportivo por expressar seu apoio ao casamento conjugal no Twitter. Nos Estados Unidos, um fotógrafo foi processado pela Comissão de Direitos Humanos do Novo México por se recusar a fotografar uma cerimônia de compromisso homossexual. Em Massachusetts, centros de Caridade Católicos foram forçados a desistir de trabalhar com adoção, já que se recusaram a violar seus princípios entregando as crianças a casais homossexuais em união

⁸⁷ ANDERSON; GEORGE; GIRGS, 2012, loc. 956.

⁸⁸ MORGAN, § 42.

estável. Quando as escolas públicas norte-americanas começaram a ensinar os alunos sobre casamentos homossexuais, a Corte de Apelações declarou que os pais que ensinam em casa (homeschool) não tinham direito de eximir seus alunos⁸⁹. Em 2009 a Suécia aprovou uma lei obrigando todas as igrejas a realizarem casamentos homossexuais. O mesmo aconteceu com as igrejas na Dinamarca, em 2012⁹⁰.

A posição conjugal já está tão estereotipada como discriminatória e preconceituosa que organizações envolvidas com a agenda da redefinição do casamento se autodenominam como bastiões pelos “direitos humanos”, e seus opositores de bastiões do ódio⁹¹. O STF afirma que:

[Min. Flux]: Canetas de magistrados não são capazes de **extinguir o preconceito**, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no **combate extensivo a discriminações odiosas**⁹².

[...] os únicos fundamentos [para não dar um tratamento isonômico às relações homoafetivas] **são o preconceito e a intolerância**, enfaticamente rechaçados pela Constituição em seu preâmbulo.⁹³

[Min. Ayres Britto]: [fazer diferenciações entre relações homossexuais e heterossexuais consiste em] forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em **discurso indistintamente preconceituoso ou homofóbico**.⁹⁴

Todavia, ao longo de todo esse trabalho foi apresentada uma explicação e defesa da natureza conjugal do casamento, ressaltando seus benefícios⁹⁵, sobretudo às crianças, sem qualquer alusão às escrituras bíblicas ou outros documentos religiosos. Resta demonstrado, portanto, que a defesa da posição conjugal não é apenas racional, mais racionalmente *superior* à frágil argumentação do discurso revisionista, que suprime as diferenças naturais entre as pessoas em favor de uma igualdade utópica e falaciosa, realizável apenas por meio da imposição estatal e violação dos direitos fundamentais de tantas outras pessoas.

⁸⁹ ANDERSON; GEORGE; GIRGS, 2012, loc. 965.

⁹⁰ MORGAN, § 3º.

⁹¹ ANDERSON; GEORGE; GIRGS, 2012, loc. 975.

⁹² ADI 4277, p. 58.

⁹³ ADI 4277, p. 62.

⁹⁴ ADI 4277, p. 39.

⁹⁵ Este trabalho não foi exaustivo quanto a apresentação dos benefícios relativos a posição conjugal. Existem ainda vários argumentos, como por exemplo, a liberdade de mercado e os limites do Estado, mas não houve oportunidade para desenvolvê-los. Para conhecê-los, no entanto, consultar sobretudo o livro “The Meaning of Marriage”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse trabalho buscou-se apresentar uma análise da progressiva desconstrução do conceito de casamento e família no Brasil e a importância de que o Estado afirme e honre a natureza conjugal dessa instituição. Para tanto, foi realizada uma breve exposição do pensamento político liberal, seguido por uma crítica denunciando a impossibilidade da neutralidade estatal na matéria em epígrafe. Passou-se então a uma análise jurídica das transformações que sobrevieram aos conceitos de família e casamento, evidenciando o progressivo enfraquecimento dessa última instituição e, por conseguinte, a respectiva indefinição da primeira.

O objetivo do terceiro capítulo foi explicar a natureza conjugal do casamento, mostrando em detalhes como apenas ela oferece o embasamento racional objetivo para a vida familiar, monogâmica, exclusiva e permanente. Finalmente, o último capítulo tratou de algumas consequências sociais ensejadas pela redefinição de casamento, mostrando como, efetivamente, a equiparação da união homossexual às uniões heterossexuais constitui o último ato de uma longa jornada de desvalorização e redefinição do casamento, repercutindo de diversas formas na sociedade, afetando, sobretudo, o entendimento público do valor dos pais biológicos para a formação dos filhos e a liberdade religiosa e de consciência.

O ideal de neutralidade do Estado em assuntos morais, a exemplo do casamento, é impossível de ser atingido. A moralidade é parte integral daquilo que diferencia o homem de outros animais e o constitui enquanto ser humano. No julgamento e na elaboração de leis, portanto, o Estado, ao se posicionar, deve fazê-lo de maneira justa e não arbitrária, racional, e não emotiva, levando em consideração as repercussões sociais de suas decisões.

Este trabalho, ao apresentar a natureza conjugal do casamento e as repercussões sociais de sua negação, oferece material para reavaliação do posicionamento do STF quanto ao julgamento da ADI 4277, tornando-nos conscientes dos riscos e prováveis consequências negativas se continuarmos estabelecendo leis e decisões desmerecedoras da posição conjugal.

Portanto, para o bem estar social das futuras gerações, é imperiosa a busca de medidas visando restabelecer o valor do casamento, enquanto uma união conjugal, como base da família brasileira.

REFERÊNCIAS

American Psychological Association. **Lesbian and gay parenting**. Disponível em: <<http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting-full.pdf>>.

AZEVEDO, Reynaldo. **Escolas de SP acabam com o “Dia das mães” e instituem o “Dia dos Cuidadores”**. Viva o fim da família prefeito Fernando Haddad. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/escolas-de-sp-acabam-com-o-dia-das-maes-e-institui-o-dia-dos-cuidadores-viva-o-fim-da-familia-prefeito-fernando-haddad/>>.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** São Paulo: Almedina, 2009.

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.

ESOLEN, Anthony. **Defending marriage: twelve arguments for sanity**. Charlotte: Saint Benedict Press, 2014. E-book.

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.

GEORGE, Robert. P.; ELSHTAIN, Jean Bethke (org.). **The meaning of marriage**. New York: Scepter, 2010. E-book.

GEORGE, Robert P; LEE, Patrick. **Conjugal Union: what marriage is and why it matters**. New York: Cambridge University Press, 2014. E-book.

GEORGE, Robert P. **Making men moral: civil liberties and public morality**. Oxford: Clarendon Press, 2002. E-book.

_____. **The clash of orthodoxies: law, religion, and morality in crisis**. Wilmington: ISI Books, 2001. E-book.

GIRGS, Sherif; GEORGE, Robert P.; ANDERSON, Ryan T. What is marriage?. **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Boston, v. 34, n. 1, 2011. E-book.

_____. **What is marriage? Man and woman: a defense**. New York: Encounter Books, 2012. E-book.

GRISEZ, Germain; SHAW, Russel. **Beyond the new morality: the responsibilities of freedom.** 3 ed. Indiana: Notre Dame, 1988. E-book.

GONZÁLEZ, Letícia. **Maria Berenice Dias: a juíza que mudou a cara do casamento gay no Brasil, os direitos das mulheres e foi pioneira em reconhecer a união gay.** Revista TMP, n. 129, São Paulo, 13 mar 2013, Páginas vermelhas. Disponível em <<http://revistatpm.uol.com.br/revista/129/paginas-vermelhas/maria-berenice-dias.html>>.

Institute for American Values. **A Report From Family Scholars Why Marriage Matters: Thirty Conclusions From The Social Sciences.** 3 ed. New York: 2011. E-book.

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

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

MARKS, Loren. **Same-Sex Parenting and Children's Outcomes: A Closer Examination of the American Psychological Association's Brief on Lesbian and Gay Parenting.** Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0049089X12000580>>.

MORGAN, Patricia. **What happens to marriage and families when the Law recognises "same-sex marriage"? Experience of legalizing marriage for same-sex couples in Europe and North America.** Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmpublic/marriage/memo/m94.htm>>.

PERALES, Enrique Bonete. **Éticas Contemporâneas.** Madrid, Tecnos, 1990.

RAWLS, John. **Political Liberalism.** New York: Columbia University Press, 1993.

SAMUEL, Ana. **Investigación de las Nuevas Estructuras Familiares y la Afiración "No Hay Diferencia".** Disponível em: <<http://www.familystructurestudies.com/es/summary>>.

SANDEL, Michael J. **Justice: what's the right thing to do?** New York: FSG, 2010.

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

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Ulisses e o canto das sereias: Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. São Leopoldo, v. 1, n. 2 (jul./dez. 2009), p. 75-83, 2009.

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.

WHEATHERBE, Steve. **Decriminalize incest, says german gvmt's council of ethis.** Disponível em: <<https://www.lifesitenews.com/news/decriminalize-incest-says-german-gvmts-ethics-council>>.

DECISÕES

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.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Sixth Circuit of the Court of Appeals. Caso April DeBouer vs Richard Snyder. Opinião 14ª 0275p.06. Publicada em 06 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/14a0275p-06.pdf>> e <<http://www.ca6.uscourts.gov/opinions/opiniondate.php>>.