

O casamento como relação de associação

DIOGO LEITE DE CAMPOS

Em Homenagem ao Professor
Doutor Carvalho Fernandes

1. O casamento e o realismo radical

Tendo sido durante algumas décadas professor de Direito da Família, deparei-me constantemente, sem me parecer poder ultrapassá-las, com as “*contradições*” inerentes ao contrato de casamento.

Sendo um contrato, tinha de ser cumprido por ambas as partes – “*pacta sunt servanda*”. E cumprido com tanto mais rigor quanto é, e era, grande a sua importância para as partes (os cônjuges), para os seus “*próximos*” (sobretudo os filhos) e para a sociedade em geral.

Desempenhando as funções sociais de base – substituição da geração, transmissão dos valores morais, das ciências e das técnicas, assistência psicológica, afectiva e económica, defesa, etc. –, o casamento era profundamente regulado e controlado (“*imposto*”) pela sociedade e pelos seus valores essenciais.

Em termos, historicamente, de o adultério poder ser sancionado penalmente – e em alguns países sujeito à pena de morte; a mulher poder ser entregue pela força pública ao marido; este ter um vasto poder de punição, mesmo física, da mulher e dos filhos, etc.

O casamento transformara-se em instrumento de modelação social pelo poder, fosse este qual fosse. O Direito da família virava Direito público em que se afirmava a autoridade, a soberania do Estado/Igreja/Sociedade sobre os seus membros.

O “*favor do matrimónio*” mandava ao legislador e ao intérprete que mantivessem de pé casamentos na realidade inválidos, quando se entendesse que a sua invalidade conduzia a sérios inconvenientes pessoais e sociais.

Mas, ao mesmo tempo, sabia-se – e experimentava-se todos os dias – quão difícil era manter uma relação estável, duradoura (durante decénios) entre duas pessoas naturalmente (muito) diferentes, evoluindo necessariamente as pessoas e o próprio ambiente social em que se inseriam, evolução quantas vezes não sincrónica.

E como prever (pela lei? pela jurisprudência? pela doutrina?) o conteúdo dessa relação, os deveres e os direitos do quotidiano e a sua evolução?

A escolha tradicional era entregar o poder ao marido: o casamento seria o que o marido quisesse! Pondo-se ao seu serviço, não só um pesado constrangimento social, como medidas de coacção a exercer pelo próprio ou pelos poderes públicos ao seu serviço.

Tinha-se “*casamento*” – enquanto instituição social – mas não se tinha “*contrato*” enquanto acordo de vontades iguais e livres.

Estava-se num “*realismo*” radical, em que o casamento – instituição existe, é uma realidade superior, impondo os seus interesses aos daqueles que o integram.

Para salvar a situação, foi possível afirmar que o carácter contratual era só inicial, no momento do contrato de casamento em que os nubentes deviam manifestar uma vontade livre.

Depois, era o estado de casado, conjunto de direitos e de deveres definidos em termos muitos gerais pelo Estado e pela Igreja, e cuja execução era deixada ao marido. Renunciando os cônjuges a parte da sua autonomia (liberdade, direitos, etc.).

2. O “*casamento*” e nominalismo radical

Até que se chegou, sobretudo na Europa dos anos 60 – nos EUA o movimento era mais antigo – à afirmação dos direitos da personalidade no âmbito de família, destruindo a ordem hierárquica do estado de casado. O casamento deixando ser o que o marido quisesse, mas passando a ser o que os cônjuges quisessem (dentro de certos limites?...).

Caminhando-se para um nominalismo, tendencialmente radical, em que o casamento era um “*espaço*” em que se digladiavam os interesses

soberanos, absolutos, das partes, tutelados por direitos da personalidade intransponíveis.

Aparentemente, recuperou-se o contrato, mas “*perdeu-se*” o casamento. Este teria o conteúdo, a duração, o sentido que os cônjuges quisessem.

Mas, sendo assim, ainda seria um contrato a implicar normas acordadas entre as partes, a observar por estas, a poderem impor-se à parte faltosa?

A ideia de vínculo contratual exigia a definição de direitos e obrigações em abstracto e a sua coercibilidade. Caso contrário, estaríamos perante meras situações de facto, largamente estranhas ao Direito e necessariamente diferentes do casamento (tradicional?).

Uma das vias prosseguidas foi neste sentido, parecendo reduzir o casamento a um mero estado de facto.

Por um lado, retira-se a coercibilidade aos direitos e obrigações resultantes do casamento, falando-se de fragilidade da garantia, a ponto de o violador dos deveres conjugais só poder ser “sancionado” pelo divórcio – que era o resultado que ele queria. O estado de casado passa a suportar a não coabitação, a rejeição dos filhos ou da sua educação, o não auxílio mútuo, etc., conforme a vontade dos cônjuges ou do mais forte deles, ao ponto de ficar reduzido a um nome ou a um instrumento de predação do mais forte sobre o mais fraco (não necessariamente a mulher).

Perdendo-se as funções sociais de base desempenhadas pela família fundada no casamento, com as consequentes perdas sociais, só muito custosa e incompletamente preenchidas por outros meios e instituições.

Ao mesmo tempo, vem dando-se cada vez mais relevo jurídico às uniões de facto, pelo menos no campo patrimonial, aproximando-as muito do “*novo*” casamento (“de facto”).

Aproximando-se a união de facto – “*quasi-casamento*” – do casamento – “*quasi-união de facto*”.

3. O problema

Mas sempre com o sentimento de que não pode ser de outra maneira: como é possível que duas pessoas passam viver casadas dezenas de anos? Em verdadeira comunhão de vida, com tudo o que isto implica de amor, de renúncia, de vontade, de perseverança, de sacrifício e de entusiasmo. Perante circunstâncias imprevisíveis, mutáveis, contrárias.

Mas, ao mesmo tempo, lamentando-se – a justo título – a perda do carácter contratual do casamento assente no velho brocardo “*os pactos são para se cumprir*”.

Todavia, como organizar, repito-o, um programa contratual para todos os momentos da vida, mesmo os mais íntimos, e para toda a vida, entre duas pessoas diferentes e perante um **futuro que é impossível prever**?

Foi neste momento que me dei conta de que, há alguns anos, apresentara como tema de doutoramento na Faculdade de Direito de Coimbra o princípio “*A total impossibilidade de prever o futuro*”.

Como é conciliável este princípio com a rigidez do contrato, organizado, clausulado, completo, programa a cumprir pontualmente entre as partes?... a enclausurar o futuro, a ser “cumprido” pela autoridades públicas se necessário, através de sanções e indemnizações.

Abandonando-se o elemento unificador que era a vontade do marido/pai. E lembrei-me da passagem do Evangelho (Mt. 19, 3-12): “...*Ora Eu digo-vos: Se alguém se divorciar da sua mulher, excepto em caso de união ilegal e casar com outra, comete adultério*”. Os discípulos disseram-lhe: “*Se é essa a situação do homem perante a mulher não é conveniente casar-se!*” Respondeu-lhes Jesus: “*Nem todos compreendem esta linguagem, mas apenas aquele a quem isso é dado. Há eunucos que nasceram assim do seio materno, há os que se tornaram eunucos pela interferência dos homens e há aqueles se fizeram eunucos a si mesmos, por amor do Reino do céu. Quem puder compreender, compreenda*”.

Este casamento indissolúvel, em que era retirado o principal poder de coacção do marido, o repúdio, foi regulado estritamente pela Igreja, no âmbito da sua legitimidade de regular um casamento/sacramento, vivo pela presença de Deus que tornava viável o casamento.

Mas o problema do casamento (civil), sem aquele suporte, recolocava-se sempre e hoje com mais agudeza.

O contrato de matrimónio pode englobar situações duradouras, envolvendo o empenhamento total das pessoas dos contraentes (comunhão de vida). A prolongar-se durante decénios.

Ou não seria que o conceito de contrato de que dispúnhamos se deveria reduzir ao que cria obrigações pontuais que nascem para se extinguir num momento de tempo?

A compra e venda de um livro numa livraria; o arrendamento de uma casa de praia durante as férias; o aluguer do automóvel durante o fim de semana. Em que tudo – ou quase tudo – é possível prever e cumprir, por tudo ser previsível, estar situado num momento em que a figura se define e se estabiliza.

Ou servirá a noção de contrato para regular meras relações patrimoniais em que as pessoas se esbatem, como uma locação, por ex.?

Não seria o modelo de contrato que temos em mente, unicamente assente nos contratos sobre coisas que se transmitem ou que se gozam, “*objectivamente*”, de acordo com a sua materialidade quantificável, indiferente da pessoa/parte? Em que os sujeitos podem ser abstractos, perante uma coisa adequada a satisfazer necessidades típicas de quem quer que seja?...

Por outras palavras: não estaria a nossa concepção de contrato, e as exigências da sua regulamentação jurídica, condicionadas por um certo contrato, o que cria uma relação jurídica entre dois sujeitos (“*abstractos*”, “*fungíveis*”), sobre uma coisa (também fungível)? E que portanto podem compreender direitos impostos pela força, cumprimentos exigíveis em juízo?...

Sendo assim, haverá que criar uma teoria da **relação de associação** estabelecida entre duas pessoas, a mais ou menos longo prazo, exigindo uma relação de carácter eminentemente pessoal, assente nas qualidades pessoais concretas e influenciada pelo evoluir do tempo?

Em que pouco ou nada é possível prever, pela total impossibilidade de prever o futuro; em que a pouco ou nada se podem obrigar as partes, pois ninguém pode ser obrigado a um acto preciso: o marido não pode ser obrigado a amar a mulher e esta a colaborar nas suas necessidades sexuais ou afectivas.

Em que o contrato se transforma numa promessa.

Campo por excelência dos direitos da personalidade, invioláveis, nos quais cada um se fecha como no seu castelo.

Mas será que estas relações de associação – relações entre pessoas – serão ainda contrato? Não estaremos perante uma figura diversa? Ou serão estas as verdadeiras relações jurídicas, por serem as verdadeiras relações de vontade entre as pessoas, sendo as “*outras*” remetidos para o domínio da circulação das “*coisas*”?

4. Regresso ao Direito de Família... impregnado pelos direitos

Vamos continuar no Direito de Família, especialmente no Direito matrimonial.

Para nos darmos conta da características do contrato de pessoas típico que é o casamento. Cuja problemática poderá servir de base justificativa do discurso subsequente que versa a possibilidade, mais, a necessidade da teoria das relações de associação.

Com efeito, a actual crise da família e do seu Direito, se é uma crise do Direito da família, nada mais é do que um momento de crescimento da família, esta a transformar-se numa relação de associação depois de ter sido um contrato cogente e autoritário.

Assente “*outrora*” em direitos subjectivos, herdeiros (mesmo que muito “*domesticados*”) do poder do soberano sobre os súbditos.

O grande momento de transição ocorre na Europa, nos anos 60 do século XX, com a introdução dos direitos da personalidade no âmbito da família. Passamos de um realismo radical, em que só existia a família e os seus interesses, corporizados no marido/pai, para um nominalismo, também radical, em que matrimónio e família são mero nome que designa um espaço de livre actuação de interesses individuais.

Um factor importante terá sido o acesso da mulher ao mercado de trabalho, tornando-a independente dos ganhos auferidos pelo marido, até aí o principal sustentáculo da economia familiar. Assim como, a partir dos anos sessenta, surgiu uma nova representação social do papel dos filhos no seio da família e no meio social que os considera largamente independentes, desde cedo, da autoridade do pai

A família transforma-se num espaço privado, de exercício da liberdade própria de cada um dos seus membros, na prossecução da sua felicidade pessoal, livremente entendida e obtida. A ordem pública passa a ser vista como o resultado da interacção dos cidadãos, e não das famílias. E, de qualquer maneira, a família deixa de ser ou, mais precisamente, deixa de poder ser utilizada, como um instrumento dessa ordem. O espaço familiar é um espaço privado.

O Direito da Família deixa de ser um Direito público, para ser Direito civil, Direito privado, de cidadãos iguais, livres de constrangimentos, exercendo a sua autonomia pessoal e patrimonial. Isto, tanto nas relações entre os cônjuges, como nas relações entre estes e os filhos. Mas ao abrir-se

na família o espaço para o livre desenvolvimento da personalidade de cada um, abre-se a possibilidade (e a "necessidade") de que esse novo relacionamento seja afectivo e solidário.

Embora com o risco – e veremos adiante a verificação do "dano" – de a família, sem "lei" nem "poder" passar a ser o produto dos interesses, sempre variáveis, de dois sujeitos de igual poder; ou dependendo dos sucessivos equilíbrios e desequilíbrios que entre esses poderes se vão estabelecendo.

Todos os aspectos estruturais e funcionais da família foram afectados por esta evolução.

Encontramos, hoje, duas realidades: a família assente no amor, na solidariedade, na associação com vista a fins comuns, entre pessoas iguais ou pelo menos dotadas de protecção jurídica igual.

A família espaço "livre" do exercício da vontade ilimitável de cada um, em constante desagregação, dissociação. Sendo esta zona que se encontra em crescimento na generalidade do mundo euro-americano.

Família desvinculada de normas e de obrigações. Com comportamentos não exigíveis pela força pública.

Será inevitável esta evolução?

O homem moderno é constantemente atraído, sobretudo desde o século XIX, numa progressão constante, a acompanhar o progresso das ciências e das técnicas, integrado numa concepção liberal do Estado de Direito, favorecendo-se o compromisso, sempre instável, entre interesses em concorrência, em que vence o mais forte.

O sujeito deixa de integrar o tipo legal, para passar a constituir síntese de todos os efeitos, aparecendo a norma legal cada vez menos como norma e sempre mais como decisão. Surgindo o império da subjectividade, entendida esta no sentido etimológico daquilo que está no fundamento do fluxo variável de relações sempre mutáveis. A norma, tornada decisão, acaba por ser ligada aos que têm maiores possibilidades de fazer valer a sua vontade, contra aqueles em benefício dos quais se pensava afirmar as tutelas subjectivas.

O indivíduo aparece como o "único" actor social, pronto a assumir-se como o "único" autor de si próprio e dos outros. Dotado de uma vontade ilimitada e não limitável – sobretudo pela norma geral e abstracta, prévia à sua vontade – assente em "*direitos da personalidade absolutos*".

O referido conceito de direitos da personalidade leva a que qualquer norma externa à vontade do sujeito, criando limites externos, seja considerada intolerável para a sua liberdade. A vontade de cada um estaria legitimada em si mesma, sem precisar de qualquer outra referência. Ou, se quisermos, a vontade individual e absoluta positiva-se em Direito (do caso concreto) na situação concreta. A ética, a genética, a fisiologia, a biologia, etc., são talhadas livremente pela onipotente vontade do sujeito.

Assim, vem-se negando não só o Direito positivo, como a própria positivação das “normas” referentes à pessoa humana, à sociedade e ao interrelacionamento natural e constitutivo do ser humano.

5. A possibilidade

Mas não será possível antes uma solidariedade feita de miríades de conexões, de vasta liberdade, de jogos subtis de influências e de interdependências, que tornam o futuro impossível de se predizer, mas que o vão construindo solidária e amorosamente no dia-a-dia, em mútua (com –) paixão?

Possibilidade desde sempre conhecida pelo crente, confiante no amor de Deus, para o qual se remete com todos os outros – ninguém se salva sozinho. Mas que tem lançado na perturbação o não-crente que, desde o iluminismo, doutrinado no contínuo progresso e na física social, procura as leis sociais e os determinismos individuais da necessidade absoluta que o dominem e o tranquilizem.

Falhados estes tranquilizantes por força das ciências quânticas e do desabar das experiências colectivistas do século XX, o ser humano redescobre a necessidade vital de uma nova ética, de uma nova solidariedade – o ser é generosidade¹ – sem as quais a humanidade aparece como um navio sem rumo, e o ser humano se converte numa “paixão inútil” (Sartre). E em que a ideologia acaba por conformar às duras necessidades de uma realidade que se tornou incapaz de entender, alienando o ser humano e encontrando na sua vitória a sua própria derrota (e do ser humano).

Parece-me que o Direito em EU está, sempre esteve, ultrapassado, e que a apologia do “singular” de Kirkegaard, passou.

Não serão as relações jurídicas demasiado importantes para as deixarmos entregues aos egoísmos individuais?

¹ E. MOUNIER, *Il personalismo*, trad. it, Roma, 1964, p. 97.

O Direito é em “*nós*”, num duplo sentido.

Primeiro, na acepção de que o Direito está em nós, que somos capazes, naturalmente capazes, de caminhar no sentido da Justiça, de uma sociedade mais justa e filantrópica, em que cada um se reconheça em todos os outros. Em que se procure o bem do outro, simultânea e inseparavelmente do bem de si mesmo.

Depois, em segundo lugar, por se ter vindo a introduzir, também em Direito, a certeza de que só por existir influencio os outros; todos os meus actos actuam sobre os outros; e não existo/vivo/evoluo/autocrio-me sem os outros. Assim, relação jurídica quer dizer realisticamente *nós*.

Não estamos a reduzir a análise a um Direito *filantrópico* – embora seja característica do Direito esta referência amorosa ao humano. Estamos a afirmar um Direito *realista*, assente na verdadeira dimensão do ser-humano-com-os-outros².

Para este efeito, para fundarmos um casamento e uma família revelando um realismo moderado, em que as pessoas estão antes da instituição mas se confundem, e aos seus interesses, com ela, vamos partir, como tantas vezes fizemos, do personalismo cristão, na perspectiva de *Bruno Forte*.

6. O ser humano numa antropologia aberta

Em aliança com o Amor Eterno, o homem é artífice do seu próprio destino em comunhão com os outros, capaz de amar e de ser amado, num verdadeiro êxodo de si próprio sem possibilidade de regresso, em total abertura do seu espaço aos outros³. Assim se cumpre o mandamento da Nova Aliança: “*Amarás o Senhor Deus com todo o coração, com toda a mente. Este é o maior e o primeiro dos mandamentos. O segundo é similar ao primeiro: amarás o próximo como a ti mesmo. Destes dois mandamentos dependem a Lei e os Profetas*” (Mt 22, 37 – 40).

A ideia bíblica da aliança entre o humano e Deus é a de uma antropologia da liberdade assente no amor. Fugindo aos dois extremos: à necessidade “*matemática*” das leis da matéria e da sociedade (reduzida a matéria) e à angústia do zero.

² Vd. o nosso “*O Direito em Nós*”; R. O. Ads, Lisboa, 2009.

³ Vd., para desenvolvimento, BRUNO FORTE, *Trinità come storia*, Milano, 1985, pág. 76 segs.

“A fé significa a emancipação absoluta de qualquer espécie da lei natural e portanto a mais elevada liberdade que o homem possa imaginar: a de poder intervir sobre o próprio estado ontológico do universo () Qualquer liberdade moderna, por muitas satisfações que possa proporcionar a que a usufrua, é impotente para justificar a história, e isto, para qualquer homem sincero para consigo mesmo, equivale ao terror da história”⁴.

Na abertura permanente do ser humano ao seu Criador e aos homens, o ser humano, estabelece relações de solidariedade com os outros seres humanos, com toda a criação, imagem do Amor. Aproximando-se do ser humano, Deus, Verbo incarnado, *“trabalhou com mãos de homem, pensou com mente de homem, agiu com vontade de homem”*, encontrando nele *“verdadeira luz o mistério do homem”⁵*.

A antropologia que assim se descobre é uma ética fundamental, indicando como morada última do ser pessoal o mistério da Trindade divina. Fundando nesta o comportamento responsável do sujeito histórico e o seu modo de agir, inseridos nas relações com o Deus vivo⁶.

Esta antropologia constitui o fundamento de um *“ethos”* plenamente responsável e totalmente fruto da graça livre do Deus vivo⁷.

A teologia cristã do Deus vivo tornado carne, nos quadros do Deus Trinitário, é o quadro necessário para a compreensão da pessoa humana.

Partamos da inclusão do múltiplo no uno, no mistério da trindade: Deus é Trino⁸; logo, Deus é Amor (1 Jo. 4, 8.16). O amor do Pai gera o Filho desde o início dos séculos e introduz-Lo no tempo; face a face no Seu diálogo eterno, diálogo de amor, deste procede o Espírito Santo⁹.

O Uno não é solidão, mas dádiva permanente ao Outro, recepção permanente do Outro, comunhão de amor.

No Verbo, o Pai ama o mundo em que o filho encarna, e o Espírito, unindo Um ao Outro, une todos os seres humanos a Deus.

⁴ M. ELIADE, *Il Mito dell'eterno ritorno*, Milano, 1975, pág. 162 segs.

⁵ Concílio Vaticano II, Constituição pastoral sobre a Igreja no mundo contemporâneo “*Gaudium et Spes*”, 22.

⁶ Vd., sobre este ponto K. BARTH, *Die Kirchliche Dogmatik*, II/1, Zürich, 1942, p. 564 e segs.

⁷ BRUNO FORTE, ob. cit., pág. 76 segs.

⁸ Vd., sobre o que se segue, tb. B. FORTE, *Trinitá come storia*, Milano, 1985, esp. págs. 60 e segs.

⁹ BRUNO FORTE, ob. cit, págs. 75-81.

Aqui se enquadra a “*pessoa*”, como sujeito das relações que pertencem ao plano da natureza humana.

Pessoa **em si e para si**, mas com uma natureza filantrópica que dá capacidade à pessoa humana de se transcender relacionando-se com outros e visando tendencialmente a totalidade do ser.

A pessoa, para além de ser **em si e para si**, relaciona-se com os outros: sendo também e do mesmo modo, **ser para**, numa coincidência ontológica – a “*exemplo*” da Trindade. Enquanto na Trindade, a relação é uma comunhão ontológica, na pessoa humana é o indivíduo que se abre às relações com os outros e com o Outro, sem perder a sua singularidade, e superando a sua solidão ontológica em relações de amor.

Relações de reciprocidade – **ser com**¹⁰.

Recapitulando: ser em si; ser para o outro; ser com.

Ser em si traduz a subjectividade incomunicável, a resistência a qualquer objectivação ou massificação¹¹. “A pessoa é uma actividade como autocriação comunicação e adesão que se reconhece no seu acto como movimento de personalização¹². Incomunicabilidade, originalidade e não participação em unicidade ontológica. Ser “*perabundante*” que, revelando-se na autoconsciência livre, se abre aos outros. “*O ser pessoal é generosidade*”¹³.

Ser por si traduz a subjectividade incomunicável, a resistência a qualquer objectivação ou massificação. “*A pessoa é uma actividade vivida de autocriação, comunicação e adesão que se reconhece no seu movimento de personalização*”¹⁴. Incomunicabilidade, originalidade e não participação em unicidade ontológica.

Ser “*superabundante*” que revelando-se na autoconsciência livre, se abre aos outros, “*o ser pessoal é generosidade*”, repito.

A correlação entre o sujeito e o objecto permite uma segura perspectiva da totalidade pessoal espírito-corpo, sendo o corpo acolhimento da exterioridade pessoal incorporada.

¹⁰ BRUNO FORTE, ob. loc. citis.

¹¹ BRUNO FORTE, *Trinità come storia*, pp. 76-7.

¹² E. MOUNIER, *Il personalismo*, p. 11.

¹³ Ob. aut. citis., pág. 97.

¹⁴ E. MOUNIER, *Il personalismo*, p. 11.

Nesta medida, o ser por si, em vez de fechar a pessoa na sua interioridade, abre-a sobre os outros. Reconhecendo a dignidade pessoal insuperável do sujeito, reconhece-a também nos outros, comparáveis através da sua exterioridade. E, assim funda a eticidade, enquanto responsabilidade para consigo mesmo e para com os outros.

Segue-se nesta gradação, o **ser para com o outro**. Este exprime a constitutiva abertura do eu para os outros, e a dinâmica de saída, de autotranscendência, inerentes à vida pessoal¹⁵: “A vida da pessoa é afirmação e negação de si própria

A expansão da pessoa implica, como condição interior, uma expropriação de si mesma e dos próprios bens, que priva o egocentrismo de um dos seus pólos: a pessoa só se encontra perdendo-se”¹⁶. A comunicação com os outros torna-se experiência fundamental constitutiva da pessoa: “*A primeira experiência da pessoa é a experiência da segunda pessoa: o tu e, assim, o nós, vem antes do eu ou pelo menos, acompanha-o...*

*Quando a comunicação se afasta ou se corrompe, perco-me profundamente a mim mesmo o alter torna-se alienus e eu, por minha vez, torno-me estranho a mim mesmo, alienado. Poderia quase dizer-se que existo para os outros e, no limite, viver significa amar”*¹⁷. O ser para o outro é, pois, constitutivo do ser pessoal, como relação em que se dá e se recebe¹⁸.

O **ser com** exprime, nesta sequência, a completude do ser: a interioridade comunicante com a exterioridade, estabelecendo com as outras pessoas uma relação de reciprocidade e de solidariedade “*necessária*”¹⁹. Verifica-se, assim, a concretização do ser que é a comunidade dos seres humanos. O ser humano que, no início da análise, é singularidade irrepetível e dignidade suprema realiza-se enquanto tal, só na comunhão ética com os outros²⁰. No pensamento oriental encontra-se a ideia de que a vida é a dança dos deuses, sendo o deus o dançante e o ser humano o dançado. Na comunhão ética com os outros, ao tornar-se sujeito responsável da história, o ser humano torna-se dançante.

¹⁵ BRUNO FORTE, L'eternità, cit., pp. 78-9.

¹⁶ E. MOUNIER, ob. cit., p. 65.

¹⁷ E. MOUNIER, ob. cit., p. 44.

¹⁸ BRUNO FORTE, ob. ult. cit., p. 79.

¹⁹ BRUNO FORTE, ob. cit., pág. 79.

²⁰ Aut. ob. cits., pág. 80.

“... *A dualidade supera-se intencionalmente na síntese do objecto e interioriza-se efectivamente no conflito da subjectividade*”²¹. A tristeza do finito, inerente ao ser humano, só se transcende na comunicação afectiva com os outros.²²

Deparamo-nos, pois, com uma antropologia aberta na qual se situa o outro, nomeadamente o **(totalmente) Outro que é Deus**; o desejo natural da visão de Deus: “*A criatura espiritual não tem o seu fim em si próprio, mas em Deus*”²³.

Tem o seu “*fim*” nos outros, através dos quais chega a Deus. Também aqui a comunicação e a solidariedade: O Incarnado e o Ressuscitado – imagem de Deus Invisível – é em pessoa a aliança entre o ser humano e Deus, fazendo participar aquele do Deus Trinitário²⁴.

Neste quadro, qualquer oclusão da pessoa para com Deus ou os outros, leva a um ofuscamento do próprio eu. É através do contínuo relacionamento com os outros quês e constrói a relação com Deus e o próprio eu. O exercício efectivo desta capacidade de relacionamento dirigido a estabelecer relações de diálogo estáveis, realizando o homem como sujeito de uma história humana, pessoal e “*colectiva*”, abre o espaço para o “*nós*”, ética e ontologicamente fundado²⁵.

Daqui resulta, repetimos, que à crise do Direito tradicional da família não tem de corresponder uma crise duradoura da família. Esta é obra dos costumes – já fora da nossa análise.

É possível construir uma família sólida e solidária assente na responsabilidade e na liberdade ao serviço dos interesses de todos e de cada um.

7. A recuperação da família num quadro de um realismo moderado

O dever na família assume radicalmente a característica do dar(-se). Cada um, sem renunciar a si mesmo, mais, sendo completamente e cada vez mais “*amorosamente*” ele mesmo, vê em cada um dos outros o que precisa para ser completamente. Dá-se e recebe; ama e é amado;

²¹ PAUL RICOEUR, *Finitude et culpabilité, I, L'Homme faillible, II, La Symbolique du mal*, Paris 1960, p. 224.

²² BRUNO FORTE, ob. cit., pág. 79.

²³ H. DE LUBAC, *Il Misterio del Soprannaturale*, trad. It, Bologna, 1967, p. 137.

²⁴ BRUNO FORTE, ob. cit., pág. 79.

²⁵ Aut. ob. cits., pág. 80.

perdoa e é perdoado; disponibiliza-se e vive em comunhão; tenta, de tal maneira, ser um com os outros, que os outros se tornam elementos constitutivos do seu ser.

É na família que cada um primeiro se apercebe da sua incompletude radical e se humaniza no intercâmbio constante com os outros. Completando-se. Ninguém existe sem os outros. Na família cada um descobre que o eu é os outros, os outros fazem parte do eu. Na família (re) descobre-se o amor (como doação original, como vida encarnada na Vida).

Os humanos recebem antes de dar, no ventre da mãe, nos primeiros anos da vida familiar, na aprendizagem. Os seus primeiros actos de amor são pedir e receber. No início está a relação. O Tu é inato. A relação interpessoal exprime a estrutura originária do ser. Em que o ser só se realiza no acolhimento do outro.

O ser não é pois alteridade inalcançável, mas êxodo imanente. O Eu-Tu (-Eles) são “*palavras-base*” expressivas de realidade. Não são palavras isoladas, mas um casal de termos, recolhendo a realidade como encontro (Martin Buber). Quando um ser humano diz ao outro: amo-te para sempre, significa que precisa do outro radicalmente. Prometendo dar-se completamente, para receber o outro até serem um só. Cada um constituindo o ser do outro, ultrapassando as limitações do outro, preenchendo as suas lacunas, tornando-o mais humano, através da doação total de si próprio.

Nunca conseguindo ser totalmente um, nunca sendo uma só carne (uma só carne significa, uma só realidade, corpo e espírito), tentam unificar e objectivar os seus seres e o seu amor nos filhos. Amando-se um ao outro nos filhos, dando-se um ao outro na recriação de si mesmos-outros, ao darem-se totalmente aos filhos.

Daqui que a procriação esteja naturalmente presente no casamento como um dos seus elementos constitutivos. Amar só um ao outro tem sempre um sabor de incompletude se não existirem filhos.

A partir da concepção-criação dos filhos e durante a sua vida, cada um dos cônjuges revive a vida do outro desde o início, desde a concepção, sendo um com ele desde a concepção, unificando-se e revivendo na memória. As duas vidas conhecem-se e unem-se na sua totalidade. Superando a ardente aspiração de amor de Santo Agostinho por Deus: “*Tarde te amei, Beleza tão antiga como nova. Tarde te amei*”, os cônjuges amam-se desde o início.

Poderia dizer, neste momento, que o amor significa fidelidade, que o amor significa constância, disponibilidade e doação totais. Os esquimós têm quarenta e nove nomes para designar o gelo, em todos os seus estados, aspectos e utilidades. Os nomes para designar o amor dentro da família são tantos quanto os actos da vida quotidiana ou os estados de espírito.

A pessoa, para ser, edifica uma comunidade de próximos e, negando-se, reencontra-se nos outros, na universalidade da pessoa. Só se encontra renunciando. Existe, comunicando.

E é neste momento que a pessoa é cada vez mais completamente, cada vez mais enriquecedoramente, ao dar-se totalmente e ao receber.

O circuito do dom que é particularmente intenso no âmbito da família, leva à natural fusão de dois ou mais seres num único conjunto. Ao dar-se para receber, ao ser co-autor de todos os outros e obra de todos os outros, cada membro da família vai-se transformando e amoldando ao conjunto em sucessivos actos de amor.

Para se chegar à totalidade do amor, há que reconhecer, antes, o outro. É preciso que o eu esteja em relação com o outro que me cria e me põe em causa. O outro não pode ser reduzido ao mesmo. Só o acolhimento do outro, na sua diversidade irreduzível, constrói o ser e abre caminho ao amor que é alteridade, não domínio.

Mas, passemos da possibilidade à realidade contemporânea.

8. O casamento como relação de associação

A própria dignidade da pessoa humana que integra e de onde decorrem os direitos da personalidade (ou a necessária justiça de ordem jurídica e social, em outra perspectiva) afasta a possibilidade do direito de uma pessoa sobre outra, de uma pessoa – seja sob a forma de um seu comportamento – ser objecto de uma relação jurídica²⁶. Pode haver autoridade – e deve haver autoridade – de uma pessoa em relação a outra ou outras, mas não poder²⁷.

As relações em que há um empenhamento da pessoa das partes não são relações de obrigação, de direito subjectivo, mas de associação. Já que uma das partes não tem um direito subjectivo em relação à outra.

²⁶ Vd. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *As relações de associação, O Direito sem direitos*, Coimbra, Almedina, 2011.

²⁷ Vd. a interessante análise de JOHN OWEN HALEY, *Authority without power, Law and the Japanese paradox*, Oxford University Press, London/New York (s.d. – 1991).

Tradicionalmente, e como referimos, o Direito aparece munido de gládio para castigar, de cadeias para coagir.

Ainda assim será hoje nas relações obrigacionais, ou reais, que versam sobre coisas – o contrato de compra e venda, de locação, de mútuo, o direito de propriedade, a posse, etc.

Do outro lado temos os contratos pessoais ou “*intuitu personae*”. Estes são “*outro mundo*” (ou outra “*teoria*”).

Desde logo, também aqui há que denunciar o dogma da autonomia contratual como único e suficiente fundamento da força vinculativa do contrato: só é contrato, enquanto instituto jurídico, o que for justo.

As partes (como o povo soberano na produção das leis) podem enganar-se, não prova, ser surpreendidas pela alteração das circunstâncias, etc.

Por outro lado, a teoria da relação jurídica tem sido construída de modo uniforme, de modo a englobar todos os tipos de contratos. Sem distinguir entre os contratos sobre as coisas e os contratos entre pessoas, vendo em todos os mesmos motivos, os mesmos fundamentos, a mesma força vinculativa. Acabando, nesta homogeneização, por as pessoas serem transformadas em objectos dos contratos.

Afastemos, desde já, alguns pressupostos do pensamento jurídico moderno.

O primeiro é a de que as normas jurídicas procedem de princípio racionais muito gerais, visando reger racionalmente as condutas humanas, em qualquer tempo, lugar ou circunstâncias. O que leva a esquecer a justiça (do caso concreto) para só aplicar os ditames dos interesses do grupo dominante.

Depois, o Direito não é uma ciência dos direitos subjectivos – sobre si próprio, sobre as coisas, sobre os outros. Direitos que os cidadãos recebem do soberano (do rei, do parlamento, da lei, do povo, etc.).

Direitos subjectivos entendidos como domínio. Em termos de puro nominalismo, ignorando-se a natureza da sociedade – para se acabar por ignorar a natureza do ser humano.

Ora, mesmo os contratos mais “*reais*”, mais objectivos, mais desprendidos das pessoas das partes, exigem a colaboração (incoercível) destas para serem cumpridos. Se o contrato não é cumprido, surge outra relação, a de indemnização, por muito “*in natura*” ou em espécie que seja.

Isto é ainda mais assim nas relações de associação, em que há um – *intuitu personae*” ou um empenhamento das próprias partes, através das suas qualidades pessoais, do produto dos seus direitos de personalidade

– casamentos, filiação, parentesco, adoção, mandato, prestação de serviços, sociedades, associações, etc.

Aqui, há que pôr em relevo a colaboração das partes em vista a fins comuns, as suas afinidades, a sua idêntica formação cívica e ética; usos e costumes; e, sobretudo, a circunstância de as pessoas se moverem mais por motivos éticos ou usos sociais de que pelo receio da força pública ou pelo desejo de adquirir bens materiais.

Estes contratos tendem a contar cláusulas muito gerais, pouco determinadas, a serem deliberadamente flexíveis e a serem dotados de poucas – ou “nenhumas” – garantias.

Aqui se situa, repetimo-lo, o casamento, visto como um conjunto de relações de associação.

Em que há um interesse (institucional) comum dos cônjuges, perseguido em diálogo, em consenso, em negociação, em amor, de acordo com os interesses de cada um. Mas sempre em vista de um bem superior, só este bem podendo realizar o bem de cada um.

9. Cont. – O casamento e o direito constituído

O Direito constituído ou a constituir deve reflectir a realidade antropológica que funda e dinamiza o casamento (religioso ou não). Mas abandona a regulamentação a curto momento (muito cedo)²⁸.

E é a isto que temos vindo a assistir, enquadrando facilmente a relação matrimonial nas relações de associação²⁹.

Embora tenhamos referido que a noção de relação de associação não coincide totalmente com a de contrato de relação (Mac Neil)³⁰ vamos

²⁸ Estou a referir-me, pelo menos, ao casamento civil.

²⁹ Tal como sucede com a união de facto.

³⁰ Nas páginas seguintes e sem prejuízo de adaptação, inovações utilizámos as seguintes obras:

- «Power of contract and agreed remedies», *Cornell Law Review*, 1962, Vol 47, pp. 495-528.
- «Exercise in contract damages: city of Memphis v. Ford Motor Company», *Boston College Industrial and Commercial Law Review*, 1963, Vol 4, p. 331.
- «Time of acceptance: too many problems for a single rule», *University of Pennsylvania Law Review*, 1964, Vol 112, pp. 947-979.
- «The master of arts in law», *Journal of Legal Education*, 1965, Vol 17, pp. 423-431.
- «Whither contracts?», *Journal of Legal Education*, 1969, Vol 21, pp. 403-418.

-
- «The many futures of contract », *Southern California Law Review*, 1974, Vol 47, pp. 691-816.
 - *Restatement (second) of contracts and presentation*», *Virginia Law Review*, 1974, Vol 60, pp. 589-610.
 - «A primer in contract planning», *Southern California Law Review*, 1975, Vol 48, pp. 627-704.
 - «Contracts: adjustment of long term economic relations under classical, neoclassical. and relational contract law», *Northwestern University Law Review*, 1978, Vol 72, pp. 854-905.
 - «Essays on the nature of contract», *North California Central Law Journal*, 1979, Vol 10, pp. 159-200.
 - «Power, contract, and the economic Model», *Journal of Economic Issues*, 1980, Vol XIV, p. 909.
 - «Economic analysis of contractual relations: its shortfalls and the need for a «rich classificatory apparatus»», *Northwestern University Law Review*, 1981, Vol 75, pp. 1018-1063.
 - «Efficient breach of contract: circles in the sky», *Virginia Law Review*, 1982, Vol 68, pp. 947-969.
 - «Values in contract: internal and external», *Northwestern University Law Review*, 1983, Vol 78, pp. 340-418.
 - «Bureaucracy and contracts of adhesion», *Osgoode Hall Law Journal*, 1984, Vol 22, pp. 5-28.
 - «Reflections on relational contract», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1985, Vol 141, pp. 541-545.
 - «Relational contract: what we do and do not know», *Wisconsin Law Review*, 1985, pp. 483-525.
 - «Bureaucracy, liberalism, and community – American style», *Northwestern University Law Review*, 1985, Vol 79, pp. 900-948.
 - «Exchange revisited: individual utility and social solidarity», *Ethics*, 1986; pp. 567-580.
 - «Relational contract theory as sociology: a reply to professors Lindenberg and de Vos», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1987, Vol 143, pp. 272-285.
 - «Contract land invaded again: a comment on doctrinal writing and Shell's ethical standards », *Northwestern University Law Review*, 1988, Vol 182, pp. 1195-1197.
 - «A brief comment on Farnsworth's «suggestion for the future»», *Journal of Legal Education*, 1988, pp. 301-303.
 - «Contract remedies: a need for better efficiency analysis», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1988, Vol 144, pp. 6-30.
 - «Political exchange as relational contract», in *generalized political exchange: antagonistic cooperation and integrated policy circuits*, Westview Press, 1991, pp. 151-172.
 - «Contracting worlds and essential contract theory», *Social and Legal Studies*, 2000, p. 431.
 - «Relational contract theory: unanswered questions», *Northwestern University Law Review*, 2000, Vol 94, pp. 877-907.
 - «Reflection on relational contract theory after a neo-classical seminar», 2001.

utilizar algumas das características apontadas por este Autor para as cotejarmos com as do casamento hoje.

Contrato incompleto – As relações pessoais entre os cônjuges e demais familiares são “*reguladas*” por cláusulas gerais com carácter indeterminado (comunhão de vida, fidelidade, assistência, etc.) dependentes, em parte, do meio social, da época histórica e das características das partes.

Carácter pessoal – As relações matrimoniais (ou de parentesco) não visam (tanto) o interesse egoísta e imediato das partes, como a prossecução de objectos comuns assentes em valores, usos e outras referências. Além disso, há um empenhamento profundo, pessoal, das partes, sendo “*intuitu personae*”.

Não se está perante (espera-se!) trocas quantificáveis em dinheiro.

O cumprimento é assegurado, não pelo meio de sanções, mas por razões internas às pessoas (valores, emoções, amor, etc.), havendo uma repartição de benefícios e de encargos.

O casamento como relação de associação é tendencialmente perpétuo, não tendo termo pré-fixado.

São contratos flexíveis, não planificados, adaptando-se aos tempos e às partes.

A garantia é frágil. O contrato é uma promessa, de qual derivam deveres que fundam uma pretensão uma autoridade, mas **não um poder** em termos de direito subjectivo. Pelo que, no caso de inobservância dos deveres, resta à outra parte resolver o contrato e pedir uma indemnização àquele que não cumpriu nos seus deveres.

As posições subjectivas em tais contratos não são transferíveis, como o não são no casamento.

É neste sentido que tem vindo a evoluir o Direito do casamento em muitos países, entre os quais Portugal. Para uma relação de associação. Sem nunca se dever abandonar a função do Direito de ensinar e indicar a importância fundamental do matrimónio e da família na sociedade, e na pessoa, como expressões do viver **para** e **com** os outros. Como uma excelente e eficaz expressão da com-paixão humana.