

# A ESTATIZAÇÃO DAS RELAÇÕES AFETIVAS E A IMPOSIÇÃO DE DIREITOS E DEVERES NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL\*

**Maria Berenice Dias**

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul  
Vice-Presidente Nacional do IBDFAM

\* Palestra proferida no III Congresso do Instituto Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, no dia 25/10/2001, em Ouro Preto, Minas Gerais.

## 1. Um bem querer

Os vínculos afetivos são da ordem do desejo, impulso para vida que remete à necessidade de completude. São fenômenos naturais, que sempre existiram independentes de regras ou tabus e bem antes da formação do Estado e do surgimento das religiões. *São questões complexas*, refere Rodrigo da Cunha Pereira, *pois é de se indagar se o Direito pode mesmo legislar sobre a sexualidade, uma vez que esta pressupõe o desejo. Não se sabe, ou pelo menos não se escreveu ainda, se é o Direito que legisla sobre o desejo, ou se é o desejo que legisla sobre o Direito.*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *Direito de Família: uma abordagem Psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2. ed., p. 53.

Sob a justificativa de se estabelecerem padrões de moralidade e regulamentar a ordem social, foram gerados interditos – proibições de natureza cultural, e não biológica – e nominaram-se os relacionamentos afetivos de família. O Estado solenizou sua formação pelo casamento e transformou a família em uma instituição. A Igreja deu-lhe *status* de sacramento. Seja o Estado da espécie que for, tenha a formação que tiver, nomine a religião o seu deus da forma que o idealize, o fato é que ambos acabaram se imiscuindo na vida das pessoas e regulamentando suas relações amorosas.

Como lembra Virgílio de Sá Pereira: *A família é um fato natural, o casamento é uma convenção social.*<sup>2</sup> No entanto, a partir desse intervencionismo, os vínculos interpessoais, para merecerem aceitação social e o reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. Uma vez atendidos os pressupostos e requisitos estabelecidos, o casamento transforma-se em união praticamente indissolúvel.

Igualmente o Estado só reconhecia a existência da relação matrimonializada, vedando quaisquer direitos às relações nominadas por espúrias, adulterinas ou concubinárias. Somente a família “legítima” era reconhecida, sendo que a filiação estava condicionada ao estado civil dos pais, só merecendo reconhecimento a prole nascida dentro de um casamento.<sup>3</sup> Os filhos havidos de relações extramatrimoniais eram alvo de uma enorme gama de nomeações de conteúdo pejorativo e discriminatório. Nenhum direito possuíam, sendo condenados à invisibilidade, pois não podiam buscar seu

---

<sup>2</sup> in HIRONAKA, Giselda Maria F.Novaes. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 24.

reconhecimento ou sua identidade. Durante muito tempo, os filhos ilegítimos estavam fadados à morte, pois nem alimentos podiam buscar.<sup>4</sup>

## 2. Um querer sem liberdade

A vontade das partes é auscultada tão-só no momento da constituição da família. Não são questionados os noivos sobre seus sentimentos, nem é perquirida a causa do casamento, pois se colhe a simples manifestação da vontade de casar: *é de livre vontade que o fazeis?*

Porém, se a vontade é elemento essencial para a solenização do casamento, mais nenhuma relevância possui após ser proferida a palavra “sim”.

Parece que o Estado, com sua onipotência, olvida que são os vínculos e pactos íntimos que ligam o par, e não as imposições sociais ou os mandamentos legais que os mantêm unidos. Não se limita a lei a cancelar o casamento e atribuir responsabilidades ao casal, pois também busca interferir na sua vida íntima, impondo deveres e assegurando direitos para serem cumpridos durante o período de convívio. Além dos deveres impostos a ambos os cônjuges, como o de fidelidade recíproca, vida em comum e mútua assistência,<sup>5</sup> também divide a lei direitos e deveres entre o marido e a mulher<sup>6</sup>,

---

<sup>3</sup> Essa odiosa discriminação permaneceu até o advento da Constituição Federal, em 1988, que vedou qualquer designação discriminatória (§ 6º do art. 227).

<sup>4</sup> A Lei nº 883/1948 autorizou ao filho ilegítimo acionar o pai em segredo de justiça, mas só para buscar alimentos.

<sup>5</sup> Art. 231 do Código Civil.

<sup>6</sup> Arts. 233 a 255 do Código Civil.

distinção que se tem por não mais vigente desde o advento da Constituição Federal, que os considera *exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*.<sup>7</sup>

Essa ingerência, além de nitidamente descabida, é de todo despicienda. Ainda que tente a lei impor obrigações e assegurar direitos, o descumprimento de qualquer dos deveres não gera a possibilidade de ser buscado seu adimplemento em juízo. Como os imperativos previstos na lei não têm como ser impostos por decisão judicial, é mister concluir que tais previsões servem tão-só e eventualmente para fundamentar uma ação de separação. Ou seja, as regras estabelecidas para vigorarem durante a vida em comum têm utilidade para justificar o pedido de separação, isto é, são invocáveis somente depois de findo o casamento. A infringência aos deveres conjugais outorga legitimidade para a busca da separação mediante a imputação ao infrator da culpa pelo fim do amor.

Durante a vigência da sociedade conjugal, o eventual ou reiterado, dissimulado ou público inadimplemento dos deveres por um ou ambos os cônjuges em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do casamento. Assim, é de concluir-se que de nada adianta o legislador tentar impor condutas ou modo de viver a quem optou por oficializar o seu relacionamento afetivo. O compromisso assumido perante o Estado dispõe de inúmeras seqüelas, quer quanto à prole, quer com relação a terceiros, quer ainda, e principalmente, quando do desfazimento do vínculo, pela separação, pelo divórcio ou ainda pela morte. Ainda que, com referência a tais questões, seja necessário o regramento legal, descabido é tentar interferir na intimidade do casal, intromissão que ninguém quer e de nada serve.

---

<sup>7</sup> § 5º do art. 226 da Constituição Federal.

### **3. Um querer limitado**

Ainda que a lei imponha algumas restrições para o casamento e estabeleça certos impedimentos, ao menos um deles se mostra de todo descabido: é presumir a incapacidade para as mulheres a partir dos 50 anos e para os homens a contar dos 60 anos, impondo a obrigatoriedade do regime de separação de bens.<sup>8</sup> Identificada como norma de ordem pública de natureza protetiva – isso quando da edição do Código, nos idos de 1916 –, hoje tal dispositivo não resiste ao confronto com os mais elementares princípios que merecem proteção constitucional: o direito à liberdade, à igualdade e o respeito à dignidade. Descabe restringir a capacidade de alguém pelo mero implemento de determinada idade, limitação estabelecida de forma absolutamente aleatória tão-só para impedir a prática de um determinado ato. Ao depois, tal gera a possibilidade do enriquecimento injustificado ao subtrair a presunção do estado condominial dos bens adquiridos na vigência do casamento. Finalmente, como dita limitação inexiste na união estável, o tratamento desigualitário afasta a possibilidade de sua permanência no ordenamento jurídico. Felizmente vem a jurisprudência afastando essa restrição, tendo-a como não recepcionada pelo estatuto constitucional.

### **4. Um querer cheio de responsabilidades**

---

<sup>8</sup> O inc. II do art. 258 do CC mereceu abrandamento pela Súmula 377 do STF: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

O casamento parece ser o destino de todos os cidadãos, pois, como afirma Sérgio Resende de Barros, *a sociedade humana não é uma sociedade de indivíduos, nem a sociedade política é uma sociedade de cidadãos, mas sim de famílias.*<sup>9</sup>

Celebrado o casamento, tem-se por constituída a família, a qual se transforma na *base da sociedade*, passando a merecer a *especial atenção do Estado*.<sup>10</sup> Apesar de a Constituição *assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram*,<sup>11</sup> é imposta à família o dever de garantir, à criança e ao adolescente, com absoluta primazia, todos os direitos que lhes são assegurados, bem como o dever de amparar as pessoas idosas. Só em caráter secundário tal dever é atribuído à sociedade, ou, em ordem sucessiva, é invocada a participação do Estado de forma supletiva ou residual.<sup>12</sup> Ou seja, exime-se o Estado de seus deveres sociais, delegando-os à família, sem garantir-lhe condições ou repassar-lhe recursos para o desempenho de tais funções. *Inconscientemente, vale-se o Constituinte da ideologia da família para assim desonerar o Estado – ou ao menos compartilhar o ônus – de certas funções públicas e deveres sociais, para cujo desempenho e adimplemento a grande maioria das famílias brasileiras não têm recursos econômicos, nem outras condições.*<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> *A Ideologia da Família*, palestra proferida na X Jornada de Direito de Família, promovida pelo IARGS, dia 1º/9/2001, em Porto Alegre-RS.

<sup>10</sup> Art. 226 da Constituição Federal.

<sup>11</sup> § 8º do art. 226 da Constituição Federal.

<sup>12</sup> Arts. 227 e 230 da Constituição Federal.

<sup>13</sup> Loc. cit.

## 5. Um querer sem fim

Outorgados tantos privilégios à família e atribuindo-lhe também tantas responsabilidades, o Estado só pode insurgir-se contra sua dissolução.

Em um primeiro momento, o casamento era indissolúvel e só podia ser desconstituído pela anulação. Para isso, indispensável a ocorrência de erro essencial, ou quanto à identidade ou quanto à personalidade do outro. Fora disso, era possível o rompimento do casamento apenas pelo desquite, que, no entanto, não o dissolvia, restando os cônjuges numa situação *sui generis*. Não mais eram casados, mas cessavam os “deveres” matrimoniais. Porém, o vínculo do casamento permanecia, o que impedia os desquitados de buscarem reconstituir suas vidas mediante novo casamento.

A Lei do Divórcio limitou-se a proceder a uma alteração exclusivamente terminológica. O desquite passou a ser chamado de separação, com idênticas características, isto é, rompe o casamento, mas não o dissolve, fazendo-se necessário, após o decurso de um ano, volver à via judicial para transformar a separação em divórcio.

Mesmo após o advento da dissolvabilidade do vínculo do matrimônio, continua não bastando a vontade dos cônjuges para se desvencilharem do casamento. Ainda que haja consenso das partes, mister que estejam casados há mais de dois anos para buscarem a separação. Somente depois do decurso de mais um ano é que podem buscar a chancela judicial para o reconhecimento do fim do casamento. De outro lado, mesmo de forma consensual, o divórcio só pode ser buscado se já estiverem separados de fato há mais de dois anos.

Curioso que, após o decurso do prazo de um ano do fim da vida em comum, se desinteressa o Estado em identificar e punir o responsável pela separação. Antes de decorrido esse prazo, somente o cônjuge “inocente” pode buscar a separação, devendo atribuir e provar a culpa do réu: conduta desonrosa ou infringência aos deveres conjugais, necessitando demonstrar também que tais posturas tornam insuportável a vida em comum. Assim, cumulativas as causas para ser buscada a separação: além da prova da culpa, mister que o magistrado reconheça que o comportamento do réu tem o condão de inviabilizar a convivência do par.

Hoje, ainda que tal causa de pedir conste da lei, *cada vez mais vai saindo de cena o tópico da culpa*<sup>14</sup> e vem a jurisprudência auscultando a melhor doutrina e decretando a separação mediante a mera alegação de desencontros e desentendimentos ou evidência de personalidades distintas ou incompatibilidade de gênios.

Diante da quantidade de regras impostas, pouco ou quase nada vale a vontade dos nubentes, o que permite concluir que o casamento não passa de um mero “contrato de adesão”, com cláusulas, condições, regras e até posturas prévia e unilateralmente estabelecidas, e, pior, por quem não faz parte do contrato. Assim, mister reconhecer que se está diante de um paradoxo. Para casar basta a mera manifestação da vontade dos noivos, que, no máximo, podem, mediante pacto antenupcial, escolher o regime de bens que vigorará quando da dissolução do casamento.

---

<sup>14</sup> RIBEIRO, Renato Janine. A família na Travessia do Milênio In Anais do II Congresso de Direito de Família, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 19.



## 6. Mesmo não querendo

Não só em relação ao casamento ocorre a interferência estatal na vida afetiva das pessoas.

Os vínculos de convivência formados sem o selo da oficialidade ingressaram no mundo jurídico por obra da jurisprudência, sob o nome de concubinato. Essas estruturas familiares acabaram aceitas pela sociedade, impondo que a Constituição Federal albergasse no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável. Assumiu o Estado, no entanto, o encargo de promover sua conversão em casamento, norma que, no dizer de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, é a *mais inútil de todas as inutilidades*.<sup>15</sup>

A legislação infraconstitucional que veio a regular essa nova espécie de família<sup>16</sup> acabou praticamente copiando o modelo oficial do casamento. Além de estabelecer os requisitos para o seu reconhecimento, impõe deveres e cria direitos. Assegura alimentos, estabelece o regime de bens, insere o convivente na ordem de vocação hereditária, institui usufruto e concede direito real de habitação. Aqui também pouco resta da vontade do par, cabendo concluir-se que a união estável se transforma em um “casamento por decurso de prazo”.

A exaustiva regulamentação da união estável a faz objeto de um dirigismo estatal não querido pelos conviventes. Tratando-se de relações de caráter privado, cabe questionar a legitimidade de sua publicização.

---

<sup>15</sup> Ob. cit, p. 27.

<sup>16</sup> Leis nºs 8.971, de 29/12/84, e 9.278, de 10/5/1996.

Assim, passou o Estado a regular não só os vínculos que buscam o respaldo legal para se constituírem, mas também os relacionamentos que escolhem seus próprios caminhos e que não desejam qualquer interferência.

Conforme bem lembra Rodrigo da Cunha Pereira, *a sexualidade, que é da ordem do desejo, sempre escapará ao normatizável. O Estado não pôde mais controlar as formas de constituição das famílias... ela é mesmo plural. O gênero família comporta várias espécies, como a do casamento, que maior proteção recebe do Estado, das uniões estáveis e a comunidade dos pais e seus descendentes (art. 226, CF). Estas e outras formas vêm exprimir a liberdade dos sujeitos de constituírem a família da forma que lhes convier, no espaço de sua liberdade.*<sup>17</sup>

No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões, quer morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais, que justifiquem essa excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas.

A esfera privada das relações conjugais tende cada vez mais a repudiar a interferência do público, não se podendo deixar de concluir que está ocorrendo uma verdadeira estatização do afeto.

---

<sup>17</sup> Ob. cit., p. 55.