

Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto

Maria Berenice Dias [\[1\]](#)

Vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão à solidão. Tanto que se tem por natural a idéia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, *como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso.* [\[2\]](#) Alerta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que não importa a posição que o indivíduo ocupe na família ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence, *o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.* [\[3\]](#)

Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma relação biológica, a família é muito mais um grupo cultural. Existe antes e acima do Direito. Dispõe de uma estruturação psíquica em que cada um ocupa um lugar, possui uma função. *Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente,* [\[4\]](#) segundo Rodrigo da Cunha Pereira, que alerta ser essa estrutura familiar que interessa investigar e trazer para o Direito.

Tanto o Estado como a Igreja acabaram se apropriando desse fenômeno, visando, cada uma dessas instituições, a atender a seus próprios interesses. A Igreja fez do casamento um sacramento. Pela máxima *crescei-vos e multiplicai-vos,*

atribuiu à família a função reprodutiva, para o fim de povoar o mundo de cristãos. O Estado viu a família como uma verdadeira instituição. Essa visão institucional da família acompanha a própria formação do Estado, que tem *o dever de promover o bem de todos*, conforme proclama o inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, acabando por pontificar seu art. 226: *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

A organização da sociedade dá-se em torno da estrutura familiar, e não em torno de grupos outros ou dos indivíduos em si mesmos.[\[5\]](#) O Estado delega à família a formação dos seus cidadãos, tarefa que acaba quase sempre onerando exclusivamente a mulher. Há um certo descomprometimento tanto do homem como das entidades públicas e entes governamentais em assumir o encargo de formar e educar crianças e jovens, único meio de assegurar o futuro da sociedade.

Ainda que não haja uma definição na lei do que seja casamento, ele sempre foi tido como *fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada*, conforme Laurent.[\[6\]](#) O casamento gera o “estado matrimonial”, em que os nubentes ingressam pela vontade, mas sua forma nasce da lei, que estabelece suas normas e seus efeitos. Segundo Salvat, as pessoas têm a liberdade de realizá-lo, *mas, uma vez que se decidem, a vontade delas se alheia e só a lei impera na regulamentação de suas relações.*[\[7\]](#)

O interesse estatal na manutenção do casamento levou, em um primeiro momento, à consagração de sua indissolubilidade, à obrigatória identificação da família pelo nome do varão e, por conseqüência, à relativização da capacidade da mulher. Reproduziu o legislador civil o perfil da família do início do século, uma instituição matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual. Mesmo após a Lei do Divórcio, que consagrou a possibilidade de rompimento do vínculo matrimonial, permaneceram inalterados os direitos e deveres recíprocos, bem como os ônus atribuídos distintamente

a cada um dos cônjuges.

Apesar do extenso rol, a doutrina reconhece que a lei não cogita de todos os deveres inerentes a ambos os consortes, *prevê os mais importantes, isto é, aqueles reclamados pela ordem pública e pelo interesse social.* [8] Essa assertiva, por si só, mostra que a tônica é o interesse de ordem pública, sem dar a mínima atenção ao interesse dos próprios cônjuges, que, por certo, deveriam ser prevalentes.

Os mútuos direitos e deveres estão postos no art. 1.566 do Código Civil. O primeiro deles é o de fidelidade recíproca, *que representa a natural expressão da monogamia, não constituindo tão-somente um dever moral, mas é exigido pelo direito em nome dos superiores interesses da sociedade.* [9] Porém, se eventualmente um ou ambos os cônjuges não cumprem dito dever, tal em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do vínculo matrimonial. Mas não é só. Cabe figurar a hipótese de não ser consagrado dito dever em norma legal. Seria de admitir-se que deixou de existir a fidelidade, deixou de se poder exigir quem sabe o mais sagrado compromisso entre os cônjuges? Não mais haveria a possibilidade de buscar a separação pelo fato de não estar estabelecido em lei esse direito-dever ou dever-direito dos consortes?

A monogamia – *que é só monogamia para a mulher*, conforme alerta Engels [10] – não foi instituída como um fruto do amor sexual individual, mas mera convenção decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o condomínio espontâneo primitivo. A constituição da família pelo casamento tem por finalidade a procriação de filhos, que necessitam ser filhos do patriarca, pois estão destinados a se tornar os herdeiros da sua fortuna. Conclui Engels [11] que ainda assim a monogamia *foi um grande progresso histórico*, pois é o único meio em que o amor sexual pode se desenvolver.

A fidelidade, enquanto dever de um e direito do outro, vige durante o casamento, mas não permite buscar o seu adimplemento

durante a constância do vínculo matrimonial. A culpa pelo descumprimento do dever de fidelidade só é invocada quando do fim do casamento. A infidelidade serve de fundamento para o cônjuge enganado buscar a separação. Porém, mesmo sendo uma obrigação imposta por lei, não há como exigir em juízo o seu adimplemento. Ao menos, não se tem notícia de algum cônjuge traído haver proposto, na constância do casamento, demanda pleiteando o cumprimento do dever de fidelidade. Tratar-se-ia de execução de obrigação de não-fazer? E, em caso de procedência, de que forma poderia ser executada a sentença que impusesse a abstinência sexual extramatrimonial ao demandado?

Vincular a separação ao rígido pressuposto da identificação de um responsável justificava-se no sistema originário do Código Civil pretérito, que consagrava a insolubilidade do vínculo matrimonial. Sequer o desquite – que só era admitido ante a comprovação de causas taxativamente previstas na lei – desfazia o casamento. Após a consagração do divórcio, é imperioso reconhecer a absoluta dispensabilidade do reconhecimento da culpa pelo rompimento do vínculo afetivo. Tanto que cada vez mais vêm a doutrina e a jurisprudência – atenta à realidade social e muito à frente da estática legislação – desprezando a perquirição da culpa para chancelar o pedido de separação. Já tive a oportunidade de sustentar em sede doutrinária e em vários julgamentos. Essa postura acabou prevalecendo ao menos no Tribunal gaúcho, que abandonou a vã tentativa de punir alguém, passando a considerar dispensável a perquirição da culpa. Como assevera Luiz Edson Fachin: *Não tem mais sentido averiguar a culpa como motivação de ordem íntima, psíquica. Objetivamente é possível inferir certas condutas, não raro atribuídas, de modo preconceituoso, mais à mulher que ao homem. A conduta, porém, pode ser apenas sintoma do fim.* [\[12\]](#)

Basta a simples manifestação de vontade de um consorte para dar ensejo ao término do casamento, não havendo qualquer necessidade de imputar ao outro a responsabilidade pelo fim do

amor. Nem mesmo para fins alimentares se mantém a necessidade de perquirição da culpa. Não é pressuposto para sua concessão a “inocência” do par, bastando comprovar a necessidade de um de perceber e a possibilidade do outro de alcançar-lhe alimentos, *como forma de preservação da dignidade da pessoa humana, mesmo que esta pessoa não tenha sido digna na sua relação interpessoal(...)*.[\[13\]](#)

Como a fidelidade não é um direito exeqüível e a infidelidade não mais serve como fundamento para a separação, despicienda a permanência da previsão legislativa desse dever legal. Ninguém é fiel porque assim determina a lei ou deixará de sê-lo por falta de uma ordem consagrada em lei.

Os outros recíprocos direitos e deveres igualmente não resistem a uma análise acerca de sua efetividade. Impõe o inciso II do art. 1.566 do Código Civil a obrigação de vida em comum no domicílio conjugal. Cabe lembrar que, na expressão “vida em comum”, constante desse mesmo dispositivo legal, não está inserido o nominado *debitum conjugale*, infeliz locução que nada mais significa do que a exigência de uma vida sexual ativa. Não ocorre qualquer desdobramento temporal na solenização do matrimônio. O casamento constitui-se no momento do “sim”, perante o Juiz de Paz, e não depois, no leito nupcial. Não dá mais para continuar repetindo o que popularmente se afirma: que o casamento “se consuma” quando do exercício da sexualidade. Essa possibilidade é admitida pelo Direito Canônico, mas o Brasil é um país laico. O casamento consuma-se e aperfeiçoa-se no ato de sua celebração, somente podendo ser desfeito se verificado algum dos vícios que ensejam a desconstituição dos atos jurídicos em geral ou se houver infringência aos incs. I a IV do art. 1.571 do Código Civil. A ausência da virgindade não mais enseja a anulação do casamento desde a consagração constitucional do princípio da isonomia entre homens e mulheres.

Igualmente a capacidade procriativa não é condição para a validade do casamento. A falta de filhos não compromete a

higidez do consórcio matrimonial. A ter-se como existente a exigência de fertilidade, a ausência de prole ou o advento da menopausa deveria autorizar a anulação ou dissolução do casamento. Tal obrigaria, inclusive, a desconhecer a possibilidade de ocorrência do casamento *in extremis*.

Não é a imposição legal de normas de conduta que consolida a estrutura conjugal. São simplesmente a sinceridade de sentimentos e a consciência dos papéis desempenhados pelos seus membros que garantem a sobrevivência do relacionamento, como sede de desenvolvimento e realização pessoal. No atual estágio das relações afetivas, o fundamental é a absoluta lealdade recíproca, viés que deve pautar todos os vínculos amorosos, principalmente quando existente um projeto de comunhão de vidas, uma identidade de propósitos. A cumplicidade é a razão mesma de seu surgimento e o motivo de sua permanência. Despontam novos modelos de família, *mais igualitárias nas relações de sexo e idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo.* [14]

Quem sabe está na hora de abandonar a expressão “cônjuge”, que tem origem na palavra *jugum*, nome dado pelos romanos à canga que prendia as bestas à carruagem. Daí o verbo *conjugere* designar a união de duas pessoas sob o mesmo jugo, a mesma canga. Talvez seja o caso de se resgatar a palavra “amante”, que significa tanto a pessoa que ama como quem é o objeto do amor de alguém, expressão que melhor identifica a razão de as pessoas ficarem juntas: porque se amam.

Quem sabe é de se apropriar do conceito de Savatier à “união livre”, até porque a liberdade enseja a forma mais pura para a manutenção de um relacionamento afetivo, no qual *não há fidelidade, obediência, assistência obrigatória. Tudo isso, dado por amor, não deve durar senão enquanto puder durar esse amor. Os amantes nenhum compromisso assumem para o futuro; a independência de ambos é sagrada. Nas páginas de sua vida nada se escreve com tinta indelével.* [15]

Em lugar de direitos e deveres previstos inocuamente na lei, melhor se o casamento nada mais fosse do que um ninho, em que se estabelecem laços e nós de afeto, servindo de refúgio, proteção e abrigo. Como diz Michele Perrot, *o que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e de amor. Belo sonho.* [\[16\]](#)

Publicado em 24/11/2009.

[\[1\]](#) Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFam

www.mariaberenice.com.br

[\[2\]](#) TURKENICZ, Abraham. *A aventura do casal*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995. p. 6.

[\[3\]](#) HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e Casamento em Evolução *in* Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. 1999. v. 1, p.8.

[\[4\]](#) PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey. 2ª ed., 1999, p. 36.

[\[5\]](#) BRUNO, Denise Duarte. *Mulher e família no processo constituinte de 1988*. Tese de mestrado em Sociologia da UFRGS. p. 82.

[\[6\]](#) *Apud* MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva. p. 13.

[7] Ibid, p. 16.

[8] MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva. p. 112.

[9] BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil*, ... v. 2. p. 110.

[10] *in* CANEVACCI, Massimo. *Dialética da Família Moderna*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 75.

[11] *ob. cit.*, p. 84.

[12] *Elementos Críticos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p. 179.

[13] AURVALLE, Luis Alberto D'Azevedo. *Alimentos e culpa na União Estável*. *in* COAD. Edição especial. out/nov. 96, p. 53.

[14] PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*, *in* Reflexões para o futuro. São Paulo: abril. 1993, p. 81.

[15] *Apud* MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva. p. 27.

[16] *O nó e o ninho*, *in* Reflexões para o futuro. São Paulo: abril. 1993, p. 81.