

A família nas Constituições

Dilvanir José da Costa

Sumário

1. A Constituição do Império e o casamento apenas religioso. 2. A Constituição republicana de 1891 e o casamento apenas civil. 3. A Constituição de 1934 e o casamento religioso com efeitos civis. 4. A Constituição de 1937. 5. A Constituição de 1946 e o efeito civil imediato e *a posteriori* do casamento religioso. 6. A Constituição de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969. 7. A Emenda Constitucional nº 9 de 1977 e o fim do casamento indissolúvel. 8. As grandes inovações da Constituição de 1988. 9. A *união estável* como entidade familiar: conceito, forma, prova, efeitos e distinção do casamento e do concubinato. 10. Conclusões.

1. A Constituição do Império e o casamento apenas religioso

A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, assim dispunha em seu artigo 5º:

“A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo.”

Por isso o grande civilista e Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira (1956, p. 38-39), em obra publicada em 1869, afirmou:

“Prevalece, pois, entre nós, a doutrina que atribui à religião exclusiva competência para regular as condições e a forma do casamento e para

julgar da validade do ato. Todavia, a recente lei acerca do casamento entre os membros das seitas dissidentes (lei 1.144, de 11 de setembro de 1861) consagrou uma inovação que cumpre assinalar: passou para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar da nulidade desta forma de casamento.”

O casamento católico era regulado pelas normas do Concílio Tridentino e pela Constituição do Arcebispado da Bahia.

A Constituição imperial tratou dos cidadãos brasileiros, seus direitos e garantias, mas nada de especial sobre a família e o casamento, salvo sobre a família imperial e sua sucessão no poder.

Proclamada a República, em 15 de novembro de 1889, houve a separação entre a Igreja e o Estado e, portanto, a necessidade de regular o casamento, o que se fez pelo Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, que só considerou válidos os casamentos celebrados no Brasil se realizados de acordo com suas normas. Permitiu, porém, aos contratantes, celebrar, antes ou depois do casamento civil, o matrimônio segundo suas respectivas religiões. Ante a persistência da realização exclusiva do casamento católico, foi expedido novo Decreto, nº 521, em 26 de junho de 1890, dispondo: “O casamento civil, único válido nos termos do artigo 108 do Decreto 181, de 24 de janeiro último, precederá sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejam solenizá-lo os nubentes. O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil, será punido com seis meses de prisão e multa da metade do tempo. No caso de reincidência será aplicado o duplo das mesmas penas.”

2. A Constituição republicana de 1891 e o casamento apenas civil

Também a Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891 não contém disciplina especial sobre a família. No título IV, dos

cidadãos brasileiros, seção II sobre declaração de direitos, o § 4º do artigo 72 veio dispor:

“A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

O Código Civil de 1916, cujo projeto Bevilacqua (1955) fora de 1899, regulou exaustivamente o casamento civil em todas as suas formalidades, requisitos e efeitos, inclusive a sua nulidade e anulação e a simples dissolução da sociedade conjugal pelo desquite (arts. 180 e segts).

3.A Constituição de 1934 e o casamento religioso com efeitos civis

A Constituição de 16 de julho de 1934, primeira a consagrar os direitos sociais, introduziu inovações, diante da reiteração do casamento apenas religioso pelo interior do país. Tratou da família no capítulo I do título V, onde se lê:

“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, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. (...) A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.”

Leis especiais, ao longo do tempo, vieram regulamentar o casamento religioso com efeitos civis (Lei 379/37, DL 3.200/41, Lei 1.110/50, Lei 6.015/73, arts. 71 a 75 e Código Civil de 2002, arts. 1515 e 1516), inclusive com efeitos a partir do ato religioso e, obviamente, independentemente da celebração civil.

4. A Constituição de 1937

A Constituição de 10 de novembro de 1937 apenas reiterou que a família é constituída pelo casamento indissolúvel, sem se referir à sua forma (art. 124).

5. A Constituição de 1946 e o efeito civil imediato e a posteriori do casamento religioso

A Constituição de 18 de setembro de 1946 foi explícita em consagrar: a) o casamento de vínculo indissolúvel; b) o casamento civil; c) o casamento religioso equivalente ao civil se, observadas as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou *qualquer interessado*, e inscrito o ato no registro público; d) o casamento religioso celebrado sem prévia habilitação civil, mas inscrito posteriormente no registro público, *a requerimento do casal*, mediante habilitação civil posterior à cerimônia religiosa (art. 163, §§ 1º e 2º).

6. A Constituição de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969

A Constituição de 1967, no artigo 167 e §§, e a Emenda nº 1 de 1969, no artigo 175 e §§, mantiveram os conceitos supra do artigo 163 e §§ da Constituição de 1946.

7. A Emenda Constitucional nº 9, de 1977 e o fim do casamento indissolúvel

A Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, pôs fim ao caráter indissolúvel do casamento civil e instituiu o divórcio em nosso país. O artigo 1º dessa Emenda deu a seguinte redação ao § 1º do artigo 175 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969:

“O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.”

E o artigo 2º da mesma Emenda nº 9 assim dispôs:

“A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser, de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda.”

A chamada Lei do Divórcio – Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, hoje disciplinados nos artigos 1571 a 1590 do novo Código Civil, em tudo o que derogou a Lei do Divórcio.

8. As grandes inovações da Constituição de 1988

Inovações de vulto na família e no casamento trouxe a Constituição de 1988 ou Constituição cidadã, assim chamada em razão da evolução que promoveu nos direitos da personalidade e da família, com destaque para a indenização do dano moral, o reconhecimento de novas entidades familiares, a igualdade dos cônjuges e dos filhos e a facilitação do divórcio. O seu artigo 226 veio dispor na linha das Constituições precedentes:

“ § 1º O casamento é civil.

§ 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.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

E o artigo 227:

“§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

9. A união estável como entidade familiar: conceito, forma, prova, efeitos e distinção do casamento e do concubinato

Merecem destaque especial, no texto supra da Constituição e seu regulamento no Código Civil, o conceito, os requisitos e efeitos da união estável e o seu confronto com o casamento e com a nova figura do concubinato.

Quanto à forma, o casamento é formal: além do consentimento manifestado perante o juiz, representante do Estado e da proclamação deste, é ele inscrito no registro público. A união estável admite todas as formas de constituição tendentes a demonstrar seus requisitos, desde fatos e circunstâncias até o contrato verbal ou escrito, particular ou público, inclusive o casamento religioso sem os efeitos civis.

Quanto à prova, a certidão do registro civil faz prova plena do casamento civil, do casamento religioso inscrito no registro civil e da união estável convertida em casamento e inscrita naquele registro. A união estável sem conversão, se contestada sua existência, dependerá de ação própria e sentença para prová-la, ainda que resulte de escritura pública. Essa a sua *capitis diminutio* formal e probatória, a exigir comprovação judicial quando posta em dúvida a sua existência e sobrevivência. Não obstante, o colendo STJ, por acórdão unânime de 17.02.04, de sua egrégia 4ª Turma, admitiu o pedido cautelar de alimentos provisionais independentemente da prévia e cabal prova da existência da união estável. “O *fumus boni juris*, no processo cautelar, pode ser apurado em instrução sumária, sem a qual não se poderá considerar inviável a caute-

lar de alimentos provisionais por ausência de prova da união estável. Admite-se o poder geral de cautela (art. 798 do CPC)” (BRASIL, 2004, p. 178).

Os requisitos da união estável são: a) a união entre o homem e a mulher – entre dois homens ou duas mulheres poderá existir contrato de trabalho, prestação de serviço, empreitada ou sociedade de fato ou de direito com efeitos obrigacionais apenas, sem direito a alimentos e herança, salvo por contrato ou testamento; b) convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituir família, independentemente de prazo definido ou limitado. Não o será se com objetivo outro, como trabalho subordinado, serviço autônomo ou sociedade civil ou comercial.

Na união estável, ocorrem os impedimentos do casamento, pelas mesmas razões éticas e eugênicas. Não obstante, embora casados, os separados de fato ou de direito podem constituir união estável. Isso demonstra que o próprio casamento pode decair de seu *status* legal, se lhe faltar o requisito fundamental da convivência ou estado de espírito de casado. Não se constitui união estável em concorrência com o casamento sem separação de fato ou de direito. Meras causas suspensivas (art. 1523) não impedirão a constituição de união estável.

Quanto aos efeitos, além do respeito e assistência moral, os companheiros estão sujeitos aos deveres máximos dos cônjuges no casamento, sobretudo a fidelidade e os alimentos. Pelo que a infração desses deveres abre ensejo às ações cabíveis, inclusive para a dissolução da união estável, por iniciativa do companheiro inocente. Quanto a herança, os companheiros estão sujeitos às restrições do vigente artigo 1790 do Código Civil, *in verbis*: “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL, nas condições seguintes:” (BRASIL, 2002a, grifo nosso).

Os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável são, em regra, comuns, por efeito da sociedade de fato e em razão do próprio regime legal da comunhão parcial de bens entre os companheiros (art. 1725). Outro é o direito de herança que, segundo o texto supra do artigo 1790, incide sobre a meação do companheiro morto nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Tudo a depender ainda da existência de outro regime escrito de bens entre os companheiros. Pode até ocorrer que os bens adquiridos onerosamente durante a união estável sejam produto de sub-rogação de outros bens exclusivos de um dos companheiros, pelo que não incidiria o direito de herança do outro. Os companheiros podem contratar, por instrumento particular ou público, desde o regime da comunhão universal até a separação total de bens. Na falta de convenção, prevalece o regime legal da comunhão parcial (art. 1725).

A conversão da união estável em casamento depende de três requisitos: a) ausência de impedimentos; b) pedido dos companheiros ao juiz de casamentos; c) assento no registro civil. Assim surge o casamento formal, de prova plena e com todos os efeitos legais (art. 1726), inclusive o direito de herança inerente aos cônjuges. As Leis 8.971/94, 9.278/96 e os artigos 1723 a 1727 do novo Código Civil regularam o § 3º do artigo 226 da Constituição de 1988, sobre união estável, mas não esclareceram a eficácia imediata ou retroativa da conversão, tal como o fez o Código Civil em relação ao casamento religioso (art. 1515).

As relações sexuais estáveis ou contínuas, ainda que exclusivas, entre o homem e a mulher impedidos de casar constituem concubinato (art. 1727). Logo, não caracterizam união estável. Só geram efeitos patrimoniais e obrigacionais, sem amparo do direito de família, tais como as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Direito a alimentos e de herança entre os mesmos dependem de convenção e testamento lícitos.

a) A Constituição de 25 de março de 1824 proclamou que a Religião Católica Apostólica Romana continuaria como Religião do Império e, em consequência, o casamento católico. A Lei 1.144, de 11 de setembro de 1861, regulou o casamento dos não católicos, a dispensa de impedimentos e a nulidade desses casamentos.

Proclamada a República, em 15 de novembro de 1889, houve a separação entre a Igreja e o Estado. O Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, regulou o casamento civil e só considerou válidos no Brasil os casamentos celebrados de acordo com suas normas. O Decreto 521, de 26 de junho do mesmo ano, determinou que o casamento civil precedesse sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto, sob cominação da pena de prisão por seis meses do ministro que celebrasse o ato religioso antes do civil

b) A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 declarou que “a República só reconhece o casamento civil”. O Código Civil de 1916 o regulou exaustivamente.

c) A Constituição socializada de 16 de julho de 1934 dedicou título especial à família e atribuiu efeitos civis ao casamento religioso, desde que atendidos os requisitos do casamento civil e inscrito no registro público (art. 146). Foi a primeira abertura para ampliar as formas de casamento com eficácia civil. Leis especiais vieram regular o casamento religioso com efeitos civis (Lei 379, de 16.1.37; DL 3.200/41; Lei 1.110/50; Lei 6.015/73 e CC de 2002, arts 1515 e 1516). A Constituição de 10 de novembro de 1937 apenas reiterou o casamento civil indissolúvel, sem se referir ao casamento religioso (art.124).

d) A Constituição de 18 de setembro de 1946 foi mais ampla e explícita em admitir o efeito civil do casamento religioso, distinguindo: I – o celebrado com observância dos requisitos legais e inscrito no registro civil *equivale* ao civil; II – o celebrado sem a prévia observância dos requisitos *terá efeitos ci-*

vis se, a requerimento do casal, vier a ser inscrito no registro civil posteriormente (art. 163, §§ 1º e 2º).

e) A Constituição de 1967 (art. 167 e §§) e a Emenda constitucional nº 1 de 1969 (art. 175 e §§) reiteraram os termos da Constituição de 1946, quanto à equivalência e à eficácia civil posterior do casamento religioso.

f) A Emenda constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, finalmente deu o grande passo para a flexibilização do casamento e sua adaptação à realidade familiar: instituiu o divórcio e permitiu o fim dos casamentos frustrados e inoperantes, ensejando sua renovação. A chamada “Lei do Divórcio” – Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, regulou a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, complementada hoje pelo novo Código Civil (arts. 1571 a 1590).

g) A vigente Constituição federal trouxe o maior avanço nos direitos da personalidade e da família, donde a sua fama de “Constituição cidadã”. Consagrou não somente a socialização como a personalização dos direitos subjetivos privados, com repercussão no novo Código Civil e nos microsistemas de proteção ao cidadão, à família, à criança e ao adolescente, ao idoso, ao consumidor e a outros vulneráveis.

O casamento civil é a regra para instituição da família em caráter formal e para todos os efeitos de direito. O casamento religioso com efeitos civis imediatos ou por transformação posterior adquire o mesmo *status* formal e os mesmos efeitos, desde que inscrito no registro civil, retroagindo esses efeitos à data da celebração e dispensando a celebração civil. Eram essas as formas de casamento formal e de prova plena mediante simples certidão do registro público. A Constituição de 1988 instituiu mais uma, ou seja, a *união estável* convertida em casamento e inscrita no registro civil. Tudo o mais, desde o casamento religioso sem efeitos civis e outras uniões livremente pactuadas, verbais ou por escrito, ainda que por escritura pública, constituem, no máximo, *uniões estáveis*, que, embora reconhecidas

como entidades familiares, *não se equiparam* ao casamento, tanto que o texto constitucional manda a lei ordinária “facilitar sua conversão em casamento.” E tanto mais que o Código Civil exige, para a conversão, o pedido de ambos os companheiros ao juiz e o assento no registro civil (art. 1726). E tudo ao pressuposto de que a união estável seja entre o homem e a mulher, com os requisitos e sem os impedimentos legais. As uniões estáveis não convertidas, se contestadas, dependem, para constituírem entidades familiares protegidas, de serem comprovadas por todos os meios de prova, com os requisitos legais e ausência de impedimentos, o que exige procedimento nas vias ordinárias e sentença judicial. Nem mesmo a escritura pública constituirá prova plena e imediata de sua existência. Essa a razão de uma típica união estável, não convertida em casamento, quando contestada, depender dessa prova judicial prévia, ainda que em instrução sumária cautelar, para gozar do direito a alimentos. E mais: a união estável sem conversão em casamento e assento no registro civil, mesmo comprovada judicialmente, não tem os mesmos direitos sucessórios do casamento, *ex vi* do artigo 1790 do Código Civil, segundo o qual o companheiro só tem direito de herança “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”.

Daí a diferença, de forma e de fundo, entre a união estável sem conversão e a convertida em casamento. Donde a razão da discriminação sucessória: o legislador quis estimular a conversão, dando proteção maior ao casamento. Napoleão já dissera, a propósito do Código Civil francês: “os concubinos (companheiros) driblam a lei, não se casando. Por isso o Código os ignora.” O nosso Código discrimina, mas não ignora, visando atraí-los para melhor situação.

Diante dos requisitos da união estável, o novo Código conceituou ainda o concubinato como “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar” (art. 1727), as quais não podem constituir união

estável. O mesmo ocorre com a união entre dois homens ou duas mulheres, com os mesmos efeitos apenas obrigacionais e patrimoniais (sociedade de fato), fora da proteção do Direito de Família e das Sucessões, por mais que a defendam correntes doutrinárias e jurisprudenciais minoritárias, com fundamento em analogia. Essa prática ainda não foi assimilada pela sociedade, encontrando melhor suporte no artigo 17, parte final, da Lei de Introdução ao Código Civil (costume restrito que ainda choca e é tratado jocosamente). Além disso, os conceitos de “entidade familiar” e de “união estável”, por serem de ordem pública, não comportam aplicação analógica. “As prescrições de ordem pública, quando ordenadoras ou vedantes, visam a proteger o interesse da coletividade, motivo por que se sujeitam à interpretação estrita, impossibilitada, assim, a extensiva e o aplicar da analogia.” (BRASIL, 2002b). As exceções constitucionais ao casamento civil não comportam aplicação analógica. A “união estável” deve ser entre o homem e a mulher, para constituir “entidade familiar” (art. 226, § 3º da CF). Como dissera Miguel Reale, em exposição sobre o Projeto do Código na Faculdade de Direito da UFMG: “a família não deve ter por horizonte o concubinato”. *E muito menos a união homossexual.*

Referências

- BARRETO, Carlos Eduardo. *Constituição federais*. São Paulo: M. Limonad, 1954.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código civil comentado*. São Paulo: F. Alves, 1955.
- BRASIL. *Novo código civil (2002)*. Brasília: Senado, 2002a.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 186.013, 4ª turma, São Paulo, 17 fev. 2004. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 825, p. 178, 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandato de Segurança n. 14697. Relator: Ministro Paulo Medina. São Paulo, [200-?]. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 16 dez. 2002b.
- CAHALI, Yussef Said. *Código civil, código de processo civil e constituição federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- COSTA, Dilvanir José da. *Curso de hermenêutica jurídica*. 2. ed. Rio: Forense, 2005.
- _____. *Sistema de direito civil à luz do novo código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1956.