

INDISSOLUBILIDADE DO CASAMENTO E CONSTITUIÇÃO

Marcos Elias Freitas Barbosa
Procurador do Estado de Minas Gerais

Muitas das constituições modernas fazem referência ao casamento.

Dispõe a constituição alemã: "o casamento, como base de família, da conservação e do desenvolvimento da Nação, é colocado sob a proteção particular da Constituição. Ele repousa sobre a igualdade dos direitos dos dois sexos. As comunas devem velar pela pureza, pela saúde e pelo melhoramento social da família (art. 119). A Constituição da Checoslovaquia é incisiva: "O casamento, a família e a maternidade estão sob a proteção especial das leis" (S 126).

A Constituição brasileira de 1824 e a de 1891 não cuidaram da matéria.

Somente na Constituição de 1934, sob o título - "Da Família, da Educação e da Cultura" é que se iria estabelecer, através do art. 144, que "a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção do Estado".

A Carta de 1937 repetiria a mesma redação (art. 124) e a Constituição de 1946, mais preocupada com a técnica de expressão, iria dizer: "a Família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção do Estado (art. 163).

E a de 1967, com emenda de 1969, dispõe enfaticamente em parágrafo especial: "O casamento é indissolúvel" (art. 175, § 1º).

Neste trabalho, não nos propomos a examinar os argumentos de natureza religiosa, sociológica e até mesmo naturalista dos que se batem pró ou con-

tra a implantação do divórcio.

Modestamente, iremos desenvolver a tese de que a questão da dissolubilidade ou indissolubilidade do vínculo conjugal é assunto impertinente aos diplomas constitucionais.

Diga-se de passagem que um incorrigível erro brasileiro é o de elevar à categoria de lei magna preceitos que nunca deveriam constar da Constituição.

Autores de prestígio sustentam que nas Constituições brasileiras há de tudo: "preceitos de direito privado, direito de família, direito de ordem econômica e, até aspirações de futuro, ou conselhos paternais, que, em rigor, não são sequer matéria de legislação" (Raul Machado Horta, "Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica", nº 1, artigo sobre "Grandeza e Miséria das Constituições").

Dai, a lamentável multiplicidade de Constituições no Brasil.

Enquanto que nos Estados Unidos da América vigora ainda a elaborada por Washington, Hamilton, Franklin e Madison em 1787, no Brasil, tirante a Imperial de 1824, já tivemos cinco constituições republicanas!

Vale recordar aqui a observação do Ministro Cândido Mota Filho, de que a "decadência do direito se faz sentir pela multiplicidade dos diplomas legais e que, Agesilan, na Antiguidade, já dizia que onde há muitas leis, há muita injustiça" (revista citada, p. 25).

No campo do direito constitucional cumpre salientar, no ensinamento do festejado Sampaio Dória, que "leis constitucionais são apenas aquelas que modelam o Estado, as que estabelecem atribuições dos Poderes, as que definem e garantem princípios cuja prática habitual suscita coações e violações das autoridades públicas". ("Direito Constitucional", 1º tomo, p. 256).

Assim, aduz o eminente mestre, "não é apenas a fundamentabilidade do preceito que o leva a tornar-se matéria constitucional".

A ter de elevar à categoria de lei magna tudo o que for fundamental, e não dever, por isso, ficar exposta a revogações fáceis, as constituições teriam que ser inciclopédicas, compendiando todos os fundamentos, em todo o direito positivo".

Referindo-se à indissolubilidade matrimonial, como ilustração ao seu pensamento, afirma o insigne Mestre: "a indissolubilidade do casamento não traz irritação aos governantes, não lhes abala a estabilidade, não os põe em perigo, não os incomoda com responsabilidade" (obra citada, p. 256).

Por que então incluir a indissolubilidade do casamento no bojo das nossas constituições?

Dirão os mais radicais e intransigentes que a aceitação da dissolubilidade do vínculo matrimonial importa na destruição da família, base da sociedade, supedâneo do Estado.

O raciocínio porém é afoito e sem base em estudo sociológico.

Nos países divorcistas, os quais se pode exemplificar com os Estados Unidos da América, permanece a família no seu melhor conceito, com a mulher elevada à posição de verdadeira companheira do homem.

Já a reabilidade brasileira iria permitir a Noé de Azevedo uma afirmação que, não obstante afirmar-nos um tanto exagerada, tem muito de verdade.

Dizia o eminente professor que "se Cristo vivesse hoje e visse o seu ideal de elevação da mulher quase realizado, mas conhecesse a situação em que fica a mulher brasileira, condenada à união monogâmica porque respeita a moral cristã, enquanto que o homem vai implantando, através de relações clandestinas, uma família verdadeiramente poligâmica, porque não atenta para os seus ensinamentos,

ele, Cristo, em face dessa situação, seria também divorcista".

Repetimos, entretanto, que não é objetivo desta tese agitar argumentos pró ou contra o divórcio.

A nossa meta é demonstrar que a indissolubilidade ou dissolubilidade do vínculo matrimonial não apresenta aquela relevância ou fundamentabilidade de princípio que se torne necessário erigi-la em matéria constitucional.

Objetar-se-á que tal indissolubilidade, no caso brasileiro, estaria arraigada na consciência do povo e é o povo soberano que está a exigir a constitucionalização do preceito.

Todavia, à coarctada de Sampaio Dória, "o argumento erra o alvo. Se certo princípio é sustentado pela consciência nacional, e se é a consciência nacional que dita as leis, tal princípio seria mantido sempre, em toda sua plenitude pela consciência nacional, mesmo na situação de direito comum".

Vale responder ainda a tais objetantes, que o argumento a favor da tese da inclusão do princípio da indissolubilidade do casamento na constituição peca pela base. Se Rui Barbosa, há setenta e cinco anos atrás, apregoava que a opinião pública era o grande e invencível adversário do divórcio no Brasil, paira hoje a dúvida sobre se a assertiva é ainda verdadeira.

Nelson Carneiro, senador da República, sente-se autorizado a proclamar que "se fosse possível constitucionalmente realizar-se um plebiscito em todo o território nacional, a vitória do divórcio seria ainda mais expressiva do que aquela obtida na Itália, no recente pleito ali realizado" (entrevista à revista "O Cruzeiro" de 29/1/1975).

Até mesmo um sodalício cristão, o Conselho Regional da Igreja Metodista do Rio Grande do Sul, em manifesto enviado ao Presidente Ernesto Geisel, traduziu seu convencimento "de ser necessária,

com urgência, uma legislação que, respeitando a ética cristã, solucione, mediante permissão de nova oportunidade de casamento, o problema dos lares desfeitos (noticiário do jornal "Estado de Minas", de 29.1.1975).

Ninguém duvida mais que já se procura conciliar, em termos de moral e ética, cristianismo e divórcio. O próprio Noé de Azevedo, no trabalho citado, faz referência a uma decisão do Concílio de Trento, segundo a qual a própria Igreja Católica teria tolerado o divórcio entre os povos do Oriente filiados à Igreja, proclamando a indissolubilidade do vínculo conjugal apenas como princípio de disciplina para os povos do Ocidente, e não como dogma.

De resto, voltando ao fulcro daquilo que pretendemos sustentar, não é de nosso modesto conhecimento a existência de qualquer constituição alienígena que se abalance a decretar, em termos peremptórios, a indissolubilidade ou dissolubilidade do vínculo matrimonial.

Assim, somos de opinião que o constituinte brasileiro deve abster-se de erigir a matéria em preceito constitucional, deixando-a aos cuidados do legislador ordinário, que mais facilmente poderá ajustar a instituição do casamento aos reclamos vindouros.

CONCLUSÃO:

A indissolubilidade ou dissolubilidade do casamento é matéria impertinente às constituições, não devendo ser contemplada em "Lei Fundamental".