

CASAMENTO RELIGIOSO AUTÔNOMO (RESGATE HISTÓRICO)

Colaboração de

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO

Doutor em Direito, Professor Titular de Direito Civil, Regente de Pós-Graduação e ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professor Titular de Direito Romano, de Direito Civil e ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo. Professor Titular de Direito Romano e Diretor da Faculdade de Direito da Fundação Armando Alvares Penteado – FAAP, em São Paulo. Advogado e ex-conselheiro Federal e Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil. Parecerista e Consultor Jurídico.

1. – Origem

Na antiguidade, a família era, em geral, constituída por meio de celebrações religiosas das famílias ou de simples convivência, conhecida como casamento de fato.

No Direito Romano, perduram essas formas matrimoniais pela *confarreatio*, que consistia em uma cerimônia religiosa, reservada ao patriciado, com excessivas formalidades, com a oferta a Júpiter de um pão de farinha (*panis farreum*), que os nubentes comiam juntos, realizada perante dez testemunhas e perante o Sacerdote de Júpiter (*flamen dialis*); pela *coemptio*, que era um casamento privativo dos plebeus, com a venda simbólica da mulher; e pelo *usus*, casamento pela convivência contínua em estado possessório.

Além do *concubinatus*, à época do Imperador Augusto.

Esses modos de casamento persistiram na época do direito luso brasileiro, do descobrimento do Brasil, em 1500, até o advento do Código Civil Português, de 1867.

Existiam, então, três espécies de casamento: religioso, por escritura e de fato, como vieram do Direito Romano (*confarreatio, coemptio e usus*), que passaram a integrar o texto das Ordenações do Reino (Afonso, de 1446, Manuelinas, de 1521 e Filipinas, de 1603).

Quando descoberto o Brasil, vigorava em Portugal o casamento religioso, celebrado nos moldes da religião católica, regulado pelo Direito Canônico.

Destaque-se, aqui, o parágrafo 1 do Título 46, do Livro 4º das Ordenações Filipinas, que assenta: “... quando o marido e a mulher forem casados por palavras de presente à porta da Igreja, ou por licença do Prelado fora dela, havendo cópula carnal, serão meeiros em seus bens e fazenda”.

Nessa época do direito luso brasileiro, o Brasil adotava, portanto, além do casamento religioso, o casamento de fato, conhecido também por casamento presumido regulado pela legislação canônica, até o advento do Concílio de Trento, de 1563, e pela legislação portuguesa.

É certo que esse casamento presumido ou de fato continuou existindo nas Ordenações Filipinas, mesmo depois do mencionado Concílio Tridentino que o proibiu.

Existiu, ainda, nesse período, o casamento por escritura, como se observa, também pelo art. 100 da Consolidação das Leis Cíveis de Augusto Teixeira de Freitas, em que se admite que o casamento se comprova por qualquer outro instrumento público ou por testemunhas, que evidenciem que os cônjuges “estiveram em casa teúda e manteúda; e em pública voz e fama de marido e mulher, por tanto tempo, quanto baste para presumir-se o matrimônio entre eles” (ver, ainda, art. 118, no mesmo sentido, quanto à comunhão de bens).

Finalmente, por força do Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890, que secularizou o casamento, tornou-se obrigatório o casamento civil (art. 108), que revogou todas as formas de casamento, anteriormente admitidas.

A partir dele, o formalismo tomou conta da legislação brasileira, em matéria de casamento, reeditando-se o sistema no Código Civil.

Assim, o casamento religioso, sem a anterior ou posterior habilitação para casamento, passou a ser considerado concubinato puro, atualmente união estável. Não tem ele existência autônoma, independente como antes desse Decreto de 1890.

Existiu, então, o concubinato puro, não adúlterino e não incestuoso para quem constituísse novas famílias, estando separados; até adotar, atualmente, o nome de união estável, como modo de constituição de família.

Em matéria de casamento, no Brasil, vigoravam nessa época as regras religiosas do Direito Canônico.

2. – Casamento religioso com efeito civil

É certo que a legislação vem considerando o casamento religioso com efeitos civis. Entretanto ele nada tem a ver com o casamento religioso autônomo, que sempre existiu, antes do aludido Decreto nº 181, de 1890.

Abreviando citações, afora o Código Civil, a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, estabelece, no § 2º de seu art. 226, que o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. Portanto, o casamento continua a ser civil, só a ele se equiparando o religioso, se forem cumpridas as exigências legais. Não só o celebrante religioso, como qualquer pessoa interessada, poderá providenciar seu registro.

Continua devendo ser observada, portanto, toda a legislação examinada, que cuida da matéria.

Como bem se pode notar, afora as exigências da lei, para que o casamento religioso produza efeitos civis, é fundamental que seja ele levado a registro público. Todavia, esse registro, embora essencial, não é constitutivo do casamento, pois, realizado ele, o matrimônio opera seus efeitos desde quando celebrado. Isso quer dizer, em face da lei atual, que o casamento já existe em latência, no aguardo do cumprimento dessa formalidade. É como se essa união matrimonial fosse nascitura, sob condição de confirmar-se com o registro.

Elucidando sobre esse registro, mostra Antônio Chaves¹ que, antes que ele ocorra, “o casamento praticamente não existe aos efeitos civis”, daí resultando a absurda situação de poder o casado religiosamente “contrair casamento civil válido, sob os olhos complacentes do direito”. E não é só, aduz, pois, não sendo “inscrito no registro civil”, no prazo de três meses, depois dele, somente os nubentes podem requerer esse registro de seu casamento religioso, em conjunto. Cita, em seguida, um caso decidido por nosso Supremo Tribunal Federal, a demonstrar que os casados, no religioso, embora possam colocar-se no estado de casados, simplesmente registrando seu matrimônio, enquanto não o fizerem, continuam solteiros.

3. – Meu entendimento quanto à autonomia do casamento religioso

Entendo que deveria voltar a existir o casamento religioso, só com celebração religiosa, ao lado do casamento civil, com os formalismos abrandados. No tocante ao divórcio, essa simplificação já ocorreu.

Assim, com maior ou menor liberdade, teríamos o casamento sob todos os seus aspectos histórico existenciais mais importantes.

A sociedade moderna está repelindo os excessos de formalismo, com uma tendência ao casamento simples, do passado, principalmente o religioso autônomo.

É certo, pois os rigores de forma, hoje existentes no Brasil, datam do Decreto nº 181, de 1890, que instituiu, somente há pouco mais de cem anos, entre nós, o casamento civil. Antes, tudo era natural em matéria de casamento, como sempre foi no passado.

Todavia, ainda que existam as aludidas modalidades matrimoniais, preferindo a sociedade constituir família sob a forma de união estável, homoafetiva ou outra, não pode o Estado impedi-lo, por qualquer de seus Poderes. O Poder maior é do povo. O Estado deve regulamentar o que existe, impedindo lesões de direito.

E o povo pode querer constituir sua família, somente, pelo casamento religioso, independentemente do civil.

¹ Casamento religioso, verbete in Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 13, p. 453.

Considerações finais

Interpretando entendimento doutrinário, Yussef Said Cahali² lembra que, tendo sido proscrito da seara civil, “o casamento simplesmente religioso passou a se constituir mero concubinato, destituído de existência legal e validade”.

Realmente, quando se secularizou o casamento, que passou a existir, tão somente civil, criou-se problema dos mais graves, aponta Washington de Barros Monteiro³ pois “do ponto de vista estritamente legal, o casamento religioso não passava de mero concubinato, que não gerava qualquer direito. Por seu turno, perante a Igreja, o casamento civil era também uma união livre, contrária à moral religiosa”.

Por todos esses inconvenientes, o legislador brasileiro buscou a solução de atribuir efeitos civis ao casamento religioso.

A realidade atesta que o casamento religioso, não registrado, entre nós, atualmente, em face da legislação presente, reveste-se, mesmo, dessa roupagem de concubinato puro (união estável).

Todavia, o que restou patente foi a diferença, em verdade, entre o concubinato e o casamento religioso, que não é encarada pela legislação vigente.

Realmente, no concubinato, os parceiros não se sentem casados e vivem no estado de união livre. No casamento religioso, ao contrário, existe a posse do estado de casado, não entre cônjuges, mas entre pessoas que vivem como se casados fossem, perante a lei civil, sentindo-se como tal.

No casamento religioso, ou bem ou mal, existiu uma celebração oficiada por uma autoridade religiosa.

O que a lei permite, atualmente, é que o casamento religioso seja registrado, para adquirir efeitos civis. Entretanto, como visto, para que surta esse registro, é necessário um

²Casamento religioso, verbete in Enciclopédia Saraiva de Direito, São Paulo, Saraiva, 1978, v.13. p.457.

³ Curso de direito civil, direito de família, 36ª ed. atual por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 74.

processo de habilitação anterior ou posterior, o que importa, propriamente, o cumprimento dos mesmos requisitos do casamento civil.

A diferença é que aquele celebrou-se por ministro religioso e este por autoridade civil, com prévia habilitação. Todavia, também a celebração do casamento civil pode ser deferida à autoridade eclesiástica.

Por isso, de *iure constituendo*, há que se admitir na lei essa diferenciação, entendendo-se o casamento religioso como autônomo, valendo por si só, por seus próprios atos constitutivos, no âmbito de cada religião, com seu respectivo estatuto religioso. Desse modo, é de considerar, de *iure constituendo*, a celebração religiosa, sem formalidades registras no Registro Civil, não mero concubinato, ou união estável, mas casamento autônomo.

Alguns problemas a serem contornados:

1) – Pode haver divórcio do casamento religioso com efeitos civis?

Se o casamento for celebrado pelo rito canônico e com habilitação, anterior ou posterior, diz-se casamento com efeito civis. Divórcio não é admitido entre os católicos, que podem, entretanto, optar por ele.

Se o casamento for protestante, judaico, pode haver divórcio.

O mesmo não acontecerá no casamento religioso puro, se for católico, por exemplo.

2) – Será necessário fazer registro?

Sim, tão somente para declarar-se ao Estado sua existência. A entidade religiosa comunicará ao Estado (Registro civil, com livro próprio, somente noticiando o enlace).

3) – Seriam aplicáveis aos casamentos religiosos, no que couber, a legislação nacional?

Sim.

4) Exemplo: casamento muçulmano é válido? Sim. Mas não pode contrariar a legislação nacional. Ex. marido com 4 mulheres não poderá divorciar-se pela lei civil. Aplica-se o estatuto religioso do Alcorão.

5) Em caso de litígio, serão aplicadas as normas religiosas do estatuto próprio da religião das partes. Estatuto extra legal.

Esboço de projeto de lei

Art. 1^a – Podem os interessados casar-se pelo casamento religioso ou espiritual por seus respectivos estatutos religioso, sem qualquer celebração estatal.

Art. 2^o - O Estado reconhece esse casamento religioso autônomo, mas sem conflitar com as normas da legislação nacional, sob pena de ineficácia.

Art. 3^o - Realizado o casamento, a autoridade religiosa comunicará sua realização, para constar em livro próprio do Registro Civil.

Art. 4^o - A prova do casamento religioso consiste na certidão extraída do assento matrimonial de sua celebração.

Art. 5^o - Ao casamento religioso aplica-se no que couber, a legislação civil, quando a do estatuto for insuficiente, se requererem ambos os cônjuges.

Art. 6^o - A competência para conhecimento da matéria é, além da jurisdição eclesiástica a das Varas de Família, observado sempre o segredo de justiça. Esta lei terá vigência a contar de sei meses de sua promulgação.

Art. 7^o - Revogam-se as disposições em contrário.