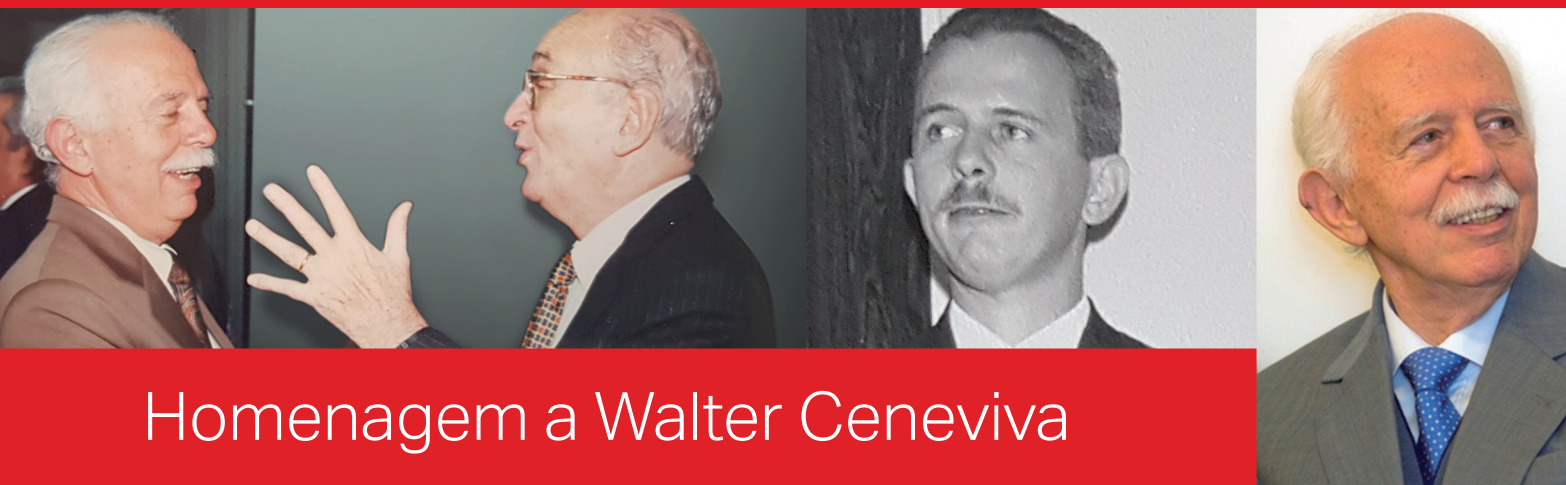


Revista do Advogado

Nº 145 | ABR | 2020



AASP
Editora



Homenagem a Walter Ceneviva



Espécies de casamento e de união estável.

Álvaro Villaça Azevedo

Doutor em Direito, professor titular de Direito Civil e ex-diretor da FDUSP. Ex-diretor e ex-professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo. Ex-professor de Direito Romano e ex-diretor da Faculdade de Direito da FAAP. Portador do Colar do Mérito Judiciário outorgado pelo TJSP. Ex-conselheiro federal e estadual da OAB-São Paulo. Advogado, parecerista e consultor jurídico.

Sumário

1. Origem
2. Espécies atuais de casamento
3. Interpretação do art. 226 da CF
4. Casamento civil típico
5. Casamento civil atípico
6. Casamento religioso com efeitos civis
7. Casamento religioso autônomo. Meu entendimento
8. Estatutos religiosos
 - 8.1. Estatuto católico
 - 8.2. Estatuto judaico
 - 8.3. Estatuto islâmico ou muçulmano
 - 8.4. Estatuto protestante
 - 8.5. Estatuto espírita kardecista
 - 8.6. Outros estatutos
9. União estável típica
10. União estável atípica
11. Conclusão

Bibliografia

1 Origem

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

No Direito romano, a mulher passava a integrar a família de seu marido, pela **conventio in manum**, sujeitando-se à *manus*, que era o poder marital, por uma das seguintes formas de constituição familiar: a) 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**); b) pela **coemptio**, casamento privativo dos plebeus, que implicava a venda simbólica da mulher ao marido, assemelhando-se, pela forma, à **mancipatio**; e c) pelo **usus**, que era o casamento pela convivência ininterrupta do homem e da mulher, por um ano, em estado possessório, que, automaticamente, fazia nascer o poder marital, a não ser que, em cada período de um ano, a mulher passasse três noites fora do lar conjugal (**trinoctii usurpatio**).

Além dessas formas de casamento, existiu o concubinato, em Roma, regulamentado, de modo indireto, à época do imperador Augusto, pela *Lex Iulia et Papia Poppaea de maritandis ordinibus*.

Embora tendo reprovado o concubinato, como forma de constituição de família, a Igreja Católica tolerou-o, quando não se cuidasse de união comprometida do casamento ou quando incestuosa, até sua proibição pelo Concílio de Trento em 1563.

Ressalte-se, em verdade, que a existência do casamento, nos moldes de antigamente, sem os formalismos exagerados de hoje, não possibilitava, praticamente, a formação familiar sob o modo concubinário.

Realmente, bastava que um homem convivesse com uma mulher, por algum tempo, como se casados, com ou sem celebração religiosa, para que se considerassem sob casamento. Isso, porque, nessa época, o concubinato puro, não adúltero nem incestuoso, que foi utilizado até adotar, hoje, o nome de união estável, como modo de constituição de família, era o casamento de fato, provado por escritura pública ou por duas testemunhas.

Esse casamento de fato, que, sob a singela forma de convivência no lar, selava a união dos cônjuges, sob o pálio do direito natural.

O concubinato, portanto, existia somente adúltero, como concorrente e paralelamente ao casamento, de modo excepcional e desabonador da família.

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

Todavia, desrespeitando essa lei natural e simples de convivência, entendeu o legislador de criar

formalismos ao casamento, concebendo-o de modo artificial, na lei, quando, em verdade, ele é um fato social, que a legislação deve regular somente no tocante a seus efeitos, para impedir violações de direitos.

Assim, editou-se no Brasil o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, que secularizou o casamento. A partir dele, o formalismo tomou conta da legislação brasileira, em matéria de casamento, reeditando-se o sistema no Código Civil (CC).

Com isso, deixou o Estado brasileiro não só de considerar o casamento de fato (por mera convivência duradoura dos cônjuges), bem como o casamento religioso, que, por si só, sem o posterior registro, era, e é, considerado concubinato puro, hoje, união estável. Não tem ele existência autônoma, independentemente, como antes desse decreto de 1890.

2 Espécies atuais de casamento

Após as situações que foram objeto de discussão legislativa, doutrinária e jurisprudencial, admitimos que existem as seguintes espécies, na atualidade, de casamento e de união estável: a) casamento civil típico; b) casamento civil atípico; c) casamento religioso, com efeitos civis, ou casamento religioso autônomo; d) união estável típica; e e) união estável atípica.

3 Interpretação do art. 226 da CF

Como sempre entendi, o art. 226 da Constituição Federal (CF) não é taxativo ao relacionar os modos de constituição familiar, como se pudesse o Estado mencionar no Texto Maior como deve o povo constituir sua família.

Desse modo, toda forma lícita de convivência no lar está albergada pelo texto constitucional de caráter enunciativo.

Assim, para enquadrar nesse artigo qualquer outra espécie de convivência matrimonial, não há necessidade de reforma constitucional, como

reconheceram o Supremo Tribunal Federal (STF) e, especialmente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, recentemente, admitiu a existência de casamento homoafetivo, entre o mesmo sexo (de duas mulheres).

4 Casamento civil típico

Existe pelo consenso das vontades dos nubentes, que são declarados casados pelo juiz, após essa manifestação.

Nasce o casamento civil de um contrato estipulado entre um homem e uma mulher, atualmente dissolúvel (após o advento do divórcio), regulamentado pelo CC e legislação própria.

O elemento diferenciador do casamento típico é a diversidade de sexo.

Esse contrato de casamento existe com intervenção da autoridade pública, com caráter declaratório, que apenas confirma o acordo manifestado pelos nubentes, criando relações jurídicas de família, com regramento de ordem pública.

5 Casamento civil atípico

O casamento civil atípico é o que não foi registrado pelo CC. Ele difere do típico, porque é entre o mesmo sexo. Bastaria dizer o Código que o casamento civil seria solene quando realizado entre pessoas, sem discriminação da diversidade de sexo.

Ele é atípico porque a lei civil não o regulamentou, ou melhor, não o admitiu. Teve-o de fazer, ante o caso concreto, especialmente o STJ, que criou a figura jurisprudencial do casamento homoafetivo.

Como visto, o STJ admitiu o casamento homossexual ao julgar, por sua 4ª Turma, em 25/10/2011, o recurso de duas mulheres lésbicas do Rio Grande do Sul, que cassara autorização para a realização de casamento civil.¹

Esse julgamento foi acolhido por quatro votos contra um, o do ministro Raul Araújo, que entendeu ser a matéria de competência do STF.

Como visto, o STJ, ao autorizar o casamento civil entre mulheres,² facilitou a vida dos “casais” homossexuais, que não mais necessitam de união estável reconhecida.

Toda forma lícita de convivência no lar está albergada pelo texto constitucional de caráter enunciativo.

Assim, de simples proteção de união de família que tinham esses “casais”, com aplicação analógica da legislação da união estável, passaram a existir autonomamente como casados (casamento civil), enquadrada a união nas normas sobre esse casamento, no CC.

Em seu voto, o ministro relator Luis Felipe Salomão afirmou

“que não é possível vetar aos casais homoafetivos os direitos garantidos aos heterossexuais. Impedir que se casassem [...] seria violar princípios expressos na Constituição”.

Entendo que a competência do STJ foi admitida corretamente, pois julgou matéria de Direito de Família e não exclusivamente de Direito Constitucional, embora estivessem presentes no julgamento vários princípios constitucionais. Aliás, atualmente, esses princípios integram as relações jurídicas, principalmente quando está presente a preservação da dignidade humana.

O casamento civil é instituto jurídico do Direito Civil da Família, que sempre teve proteção, maior ou menor, nos textos constitucionais. Tenha-se, mais, que o texto do art. 226 da CF é de natureza

1. Tribuna do Direito, Direito de Família 1, nov. 2011, p. 18, REsp nº 1.183.378.

2. O Estado de S. Paulo, reportagem de Felipe Recondo, em 26 out. 2011, Vida, p. A 19.

enunciativa, cabendo nele o casamento homoafetivo, como visto.

Pontifica-se, assim, o Poder Judiciário a resolver os problemas dos cidadãos, mesmo sem o apoio da legislação específica. Principalmente porque o Poder Legislativo tem sido expresso em negar a união homoafetiva, por ele celeremente reprovada, com duros termos dos segmentos religiosos que o integram, desde o projeto da deputada Marta Suplicy, que era mais suave do que a atual decisão do STJ, pois não considerava a parceria homossexual como casamento.

Com essas decisões judiciais ainda não vinculativas, cada interessado, para a defesa de seus direitos homoafetivos, tem que recorrer ao Poder Judiciário, alegando os precedentes existentes para que seus direitos sejam reconhecidos, com aplicação analógica das regras do casamento civil típico.

6 Casamento religioso com efeitos civis

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 CC, a CF 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 Chaves (1978, p. 453) 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 STF, 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.

Fica, então, completamente desprestigiada a celebração religiosa, como os eventuais estatutos religiosos (como direito extralegal).

7 Casamento religioso autônomo. Meu entendimento

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 históricos existenciais mais importantes.

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

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.

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

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 o 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.

8 Estatutos religiosos

Na prática, continuam a existir casamentos pelos respectivos estatutos religiosos. Esses casamentos, enquanto não regulamentados, produzem seus efeitos em suas comunidades religiosas, sendo, entretanto, na esfera civil, mera união estável.

Menciono, a seguir, alguns casamentos realizados na esfera religiosa.

8.1. Estatuto católico

Assim, o estatuto católico encontra seus fundamentos no Direito Canônico, cujas fontes principais são as Decretais de Gregório IX de 1234, com o Livro Sexto de Bonifácio VII, o *Corpus Iuris Canonici*, inspirado nessas Decretais, Concílio de Trento, que

restaurou o Direito Canônico, o Código de Direito Canônico de 1917 e o Código de Direito Canônico vigente de 1983.

O casamento religioso católico foi uma das formas mais importantes de constituição de família, reconhecida nas Ordenações Filipinas de 1603, até 24 de janeiro de 1890, quando foi editado o Decreto nº 181, que secularizou o casamento no Brasil.

Essa espécie de casamento canônico sempre foi uma tradição do povo brasileiro.

Como visto, embora celebrado, a lei não reconhece a ele efeitos civis, se não obedecer às regras impostas do casamento civil. Verdadeira situação inconstitucional, que fere, também, a dignidade de quem se casa, sendo católico, sem o reconhecimento de seu casamento, permanecendo por outra imposição legal, como conviventes em união estável.

8.2. Estatuto judaico

Quanto ao casamento judaico, ele é regulado pelo estatuto judaico.

A religião judaica encontra-se regulada pelas normas da *Torah*, que são os cinco livros de leis e mandamentos (Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio), recebidos por Moisés, no Monte Sinai, destinados por Deus ao povo de Israel.

O casamento judaico é uma expressão do plano divino, sendo obrigatório aos homens, para a propagação da espécie, e facultativo às mulheres, com natureza contratual.

O casamento civil não é admitido em Israel, aplicando-se-lhe o Direito religioso.

O sistema do casamento hebraico é bastante rígido, podendo ser admitido no sistema brasileiro, com autonomia, sem necessidade de celebração de casamento civil.

8.3. Estatuto islâmico ou muçulmano

O Direito muçulmano admite a poligamia, podendo o homem ter até quatro mulheres legítimas com alguns direitos e honras, além das concubinas.

As esposas devem ser tratadas igualmente, podendo residir em casas separadas.

É evidente que, no Direito brasileiro, não é possível reconhecer, autonomamente, um casamento, seja religioso ou não, em um regime de poligamia.

Esse sistema só pode ser exercido sem que se contravenha o brasileiro, entretanto, esse casamento se realiza, valendo de acordo com os costumes da comunidade islâmica e sem contravenção com as normas brasileiras.

Esse exercício religioso, como qualquer outro lícito, é protegido por princípio constitucional brasileiro, como expressão da liberdade religiosa.

Esse casamento muçulmano é regulado pelas normas do Alcorão.

8.4. Estatuto protestante

Para o estatuto protestante, o casamento é uma instituição civil, sem caráter sacramental.

Os nubentes são livres para manifestar seu consentimento perante seu celebrante religioso ou perante o oficial civil.

8.5. Estatuto espírita kardecista

Também o casamento segundo os estatutos da Igreja Cristã Espírita Universal programa-se nestes, que estão devidamente registrados, alicerçados na doutrina kardecista explanada por Allan Kardec em suas obras fundamentais.

8.6. Outros estatutos

Cada religião possui suas normas morais e religiosas, relativas ao casamento, que podem ser aplicadas, desde que não atentem contra a moral e os bons costumes.

Qualquer casamento religioso diversifica-se do civil, por existir uma celebração oficiada por uma autoridade religiosa. O que não pode ser desprezado.

O disposto estatutário religioso, entretanto, não pode ser contrário ao ordenamento civil.

9 União estável típica

A primeira lei que regulamentou o § 3º do art. 226 da CF foi a Lei nº 8.971, de 29/12/1994, que assegurava aos concubinos direito a alimentos e à sucessão.

A segunda lei, que regulamentou o aludido texto constitucional, foi a Lei nº 9.278, de 10/5/1996, fundada no meu esboço de anteprojeto de lei,³ utilizado pela deputada Beth Azize, em seu Projeto de Lei nº 1.888, de 1991, com a constante presença do grupo CFEMEA, de Brasília, que apresentou novo conceito de união estável, que é, na essência, o estampado no art. 1.723 do atual CC.

O conceito de união estável no atual CC, nos moldes do *caput* do art. 1.723, é o mesmo constante do art. 1º da Lei nº 9.278, de 1996, apresentando-se com seus elementos essenciais. Ela não abarca a união homossexual, que, constitucionalmente, e no citado art. 1.723, é a convivência, sem casamento, de um homem e uma mulher, sendo também pública, contínua e duradoura.

Funda-se ela no intuito de constituição de família, ainda que se desenvolva em tetos separados (Súmula nº 382 do STF).

Não havendo contrato escrito entre os conviventes, aos bens adquiridos, por um ou por outro, durante a união, aplicam-se as regras do condomínio.

A união estável pode converter-se em casamento, desde que nenhum dos conviventes seja casado.

10 União estável atípica

Ao seu turno, a união estável atípica ocorre da mesma forma que a típica, somente entre pessoas do mesmo sexo.

3. No meu livro *Do Concubinato ao Casamento de Fato* (VILLAÇA, 1986).

Muitas vezes, pessoas do mesmo sexo procuram proteção com sua convivência estável, mas não pretendendo se casar.

Essa união estável atípica apresenta uma singularidade, que impede sua conversão em casamento se um dos conviventes for casado.

O mesmo acontece, como visto, no casamento atípico, no qual pode um dos conviventes do mesmo sexo ser casado, ainda que separado de fato ou juridicamente de seu cônjuge.

11 Conclusão

Interpretando entendimento doutrinário, Yussef Said Cahali lembra que, tendo sido proscrito da seara civil, “o casamento simplesmente religioso passou a se constituir mero concubinato, destituído de existência legal e validade” (CAHALI, 1978, p. 457).

Realmente, quando se secularizou o casamento, que passou a existir, tão somente civil, criou-se problema dos mais graves, aponta Washington de Barros Monteiro (2001, p. 74), 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 os 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 casadas fossem, perante a lei civil, sentindo-se como tal.

No casamento religioso, bem ou mal, existiu uma celebração oficiada por 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 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 religioso. Desse modo, é de considerar, **de iure constituendo**, a celebração religiosa, sem formalidades registrares no registro civil, não mero concubinato, ou união estável, mas casamento autônomo. ■

Bibliografia

CAHALI, Yussef Said. Casamento religioso com efeitos civis (verbete). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 13. São Paulo: Saraiva, 1978.

CHAVES, Antônio. Casamento religioso (verbete). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 13. São Paulo: Saraiva, 1978.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 36. ed. Atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2001.

VILLAÇA, Álvaro. *Do Concubinato ao Casamento de Fato*. Belém: Cejup, 1986. 2. ed.: 1987.



Rua Álvares Penteado, 151
Centro | Cep 01012 905 | São Paulo | SP
(11) 3291 9200

www.aasp.org.br