

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

HISTÓRIA DO DIREITO

GUSTAVO SILVEIRA SIQUEIRA

RICARDO MARCELO FONSECA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H673

História do Direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Gustavo Silveira Siqueira, Ricardo Marcelo Fonseca – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-348-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. História do Direito. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

Nas primeiras páginas de “Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio”, António Manuel Hespanha, lembra a necessidade de instigar “uma forte consciência metodológica nos historiadores. ”. Fazer uma história do direito que não seja um simples entendimento do passado pelo presente, que não seja um marco de legitimação do direito atual e que entenda as discontinuidades, alterações de conceitos, sentidos e instituições, exige, em primeiro lugar, consciência metodológica.

É flagrante que a consciência metodológica, melhor é acompanhada da percepção dos poderes “periféricos” conviventes com o direito, e o entendimento do próprio direito como elemento imerso no contexto social.

A História do Direito, disciplina recente ou inexistente, em grande parte dos cursos de Direito (e de História) no Brasil desperta paixões e algumas confusões. Como área é destaque em produtividade, organização e internacionalização. No entanto, como disciplina, ainda sofre para se estabelecer e/ou se conhecer.

Explica-se: talvez por sua “juventude” a história do direito, ressaltando aqui uma série de instituições de ponta, do sul ao norte do país, ainda seja confundida como uma filosofia, sociologia ou uma pobre história das leis.

No Brasil, ainda é comum encontrar trabalhos pretendendo grandes análises que impõem cruzamentos arbitrários e superficiais de centenas ou milhares de anos de história, para legitimar o direito atual como sendo melhor, mais racional, justo ou moral. A preocupação com a alteração dos conceitos, a percepção que o direito muda no tempo e no espaço e o uso crítico da história do direito, ainda não fazem parte de grande maioria das grades disciplinares no país.

Frise-se aqui que a crítica não recai sobre uma história simplesmente positivista, mas a um ausente uso de qualquer tipo de metodologia para a história do direito.

Desta forma, todo debate de história do direito, necessariamente, é um debate de metodologia. Tal qual a forma, os olhos e as posições alteram a imagem de um caleidoscópio, as metodologias, os conceitos e os métodos alteram as percepções, as perguntas e respostas da história do direito.

Portanto, a criação de mesas e grupos de trabalho de História do Direito em vários Congressos e encontros jurídicos brasileiros, ainda mais quando são acompanhados de pesquisadores e professores do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD), pontuam para a expansão crítica e problematizante da área, assim como concorrem para o fortalecimento de intercâmbios e experiências entre as diversas pesquisas realizadas no Brasil.

Os artigos apresentados neste livro são o resultados dos trabalhos apresentados no Encontro Nacional do Conpedi em Curitiba no ano de 2016. O leitor perceberá que a consciência metodológica perpassa alguns trabalhos e fica de fora em outros. Como disciplina jovem no Brasil, a história do direito, ainda busca os passos firmes para se sedimentar como uma disciplina fortemente crítica em todos os países. Os debates no CONPEDI auxiliam a capacitação de professores e pesquisadores do tema e serve com o embrião de debates do tema.

O CASAMENTO SACRAMENTO E O CASAMENTO SECULAR, INSTITUIÇÕES IDÊNTICAS?

THE MARRIAGE SACRAMENT AND THE SECULAR MARRIAGE, SIMILAR INSTITUTIONS ?

Leticia Maria de Oliveira Borges ¹
Leonora Roizen Albek Oliven ²

Resumo

O presente artigo tem como finalidade analisar a transformação do casamento religioso em civil na passagem do Estado confessional para o laico com a proclamação da República no Brasil. A problemática gira em torno do estudo da nova normatividade, seu ajuste à realidade social e eventual contradição dentro da própria norma pátria uma vez que esta, apesar de garantir a liberdade religiosa, retira toda a validade do casamento religioso em uma sociedade juridicamente laica e faticamente religiosa.

Palavras-chave: Casamento, República, Estado laico

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims make the analyze the transformation of religious marriage in civil wedding when the religious State becomes secular with the with the proclamation of the republic in Brazil. The issue revolves around the study of new normativity and their adjustment to the social reality and possible contradiction within the law wed despite guarantee the religious freedom removes all the validity of religious marriage in a society, legally secular but really religious.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Marriage, Republic, Secular state

¹ Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida, Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, Professora da Universidade Veiga de Almeida e Universidade Estácio de Sá.

² Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida, Mestre em Psicanálise, Saúde e Sociedade pela Universidade Veiga de Almeida, Professora da Universidade Veiga de Almeida.

Introdução

O presente artigo tem como finalidade analisar o paradoxo que se apresenta no Brasil republicano quando da transformação do casamento religioso em civil, produto da passagem do Estado confessional para o laico e a liberdade religiosa e de culto, ambas as determinações legais presentes na Constituição de 1891. Não se tratou de simples mudança de ritos para a celebração do casamento, mas sim a secularização do instituto de forma concomitante à negativa de validade oficial e comprobatória da prática religiosa como anteriormente realizada.

A problemática gira então em torno do estudo da nova normatividade, seu ajuste à realidade social e eventual contradição dentro da própria norma pátria. Tal situação se daria quando se colocasse em perspectiva primeiro a necessidade do reconhecimento do casamento civil para que se regulamentassem as relações fáticas sociais, sendo ele, a partir da proclamação da República, a única forma de legitimação da entidade família com as consequências jurídicas derivadas; de outro, a sociedade que ainda se mantinha com um forte traço de religiosidade. Destaca-se que o problema aqui analisado fica mais relevante quando se verifica que o governo e a legislação não apenas se afastam da sacralização dos institutos da vida civil, mas também garante a liberdade religiosa reconhecida dentro da mesma norma constitucional o que gera uma destacada incongruência legislativa: Liberdade religiosa e proibição de casamento religioso.

O artigo pretende como focos de análise a mudança legislativa de um Estado religioso para um Estado laico, o casamento como instituição religiosa, política e social e a percepção estatal da pluralidade de crenças, impondo a flexibilização da norma e a recepção do casamento religioso com efeitos civis, acolhendo as subjetividades individuais. Essas questões a serem enfrentadas pretendem ampliar o campo de compreensão dos fenômenos jurídicos nas famílias brasileiras, instituição em permanente mutação e plasticidade social e jurídica.

Ao olhar a família no Brasil e a sua historiografia, de só ser reconhecida em decorrência do casamento católico, considerando a religiosidade à época da colonização validada pelo Estado através do regime do padroado, até a secularização do instituto com o registro civil do ato, percebe-se a relevância e as modificações no instituto.

O instituto inicialmente era sacralizado, como instituído pelo Concílio de Trento como uma das formas de reação à Reforma Protestante, visando garantir a influência da

Igreja na vida familiar e patrimonial da sociedade. A intolerância ao concubinato impedia então o reconhecimento institucional das famílias que não adviessem do casamento sagrado, marginalizando as relações familiares, tornando filhos ilegítimos, impedindo que eles efetivamente se integrassem à família biológica, ou possuísse seus direitos reconhecidos, fossem eles referentes ao nome de família ou sucessório.

O alijamento de direitos matrimoniais e filiais, aliados ao aumento do processo migratório após 1808, implica na busca de modelos para regularizar a situação jurídica das famílias. A Lei nº 1.144 de 11 de setembro de 1861, complementada pelo regulamento nº 3.069 de 17 de abril de 1863, tratou do casamento leigo entre os acatólicos, sendo revogada em 1865 por pressão do clero, que pretendia manter o monopólio sobre as relações familiares e consequências patrimoniais.

O casamento civil só será implementado então no Estado republicano através do Decreto Lei nº 181 de 24 de janeiro de 1890, que seculariza o casamento e institui o divórcio como um meio hábil à separação de corpos e o fim do regime de bens, sem que houvesse a dissolução do vínculo conjugal, mas tão somente da sociedade conjugal. A força de Rui Barbosa nesse processo advém da convicção de que “o Estado garante direitos, a Igreja determina crenças” (BARBOSA, 1872, p.92).

Desta forma fica clara a relevância do tema, sendo o estudo da forma de reconhecimento da unidade básica de formação do Estado, em outras palavras, da família, densificador dos valores tanto sociais quanto jurídicos da sociedade brasileira. E é importante em especial no recorte temporal proposto, momento chave para a formação do Estado brasileiro contemporâneo, onde se encontra uma grande dissociação entre os valores da sociedade e o que é referendado pela norma máxima pátria fazendo com que houvesse um estímulo a mutação social com o aumento das garantias individuais dos cidadãos.

1. A transformação do Estado Brasileiro: do religioso ao secular

A proclamação da independência do Brasil feita de forma refletida e pacífica faz com que o Estado recém-criado institua a sua constituição em menos de dois anos completos e que com isso tenha os direitos assegurados e o Estado organizado e regulamentado. D. Pedro I realiza a outorga da primeira constituição a reger a sociedade

habitante das terras brasileiras após o trabalho de dez homens¹ de sua confiança e membros do partido português. A realização desta Carta Magna leva em conta diversas influências feita pelos grupos participantes do processo de independência, entre elas a Igreja Católica Apostólica Romana.

A Igreja no Brasil tem raízes profundas que vem desde a colonização, sendo fortalecidas pela sua ação desde o período colonial com as visitações da Inquisição. Essa política gerou uma profunda noção de obediência das práticas religiosas, ainda que em boa parte da população apenas de maneira formal, até a proclamação da república onde há um afrouxamento nesta relação tão próxima.

Devido à força da instituição Igreja, tão presente na história colonial por mais de três séculos, era inevitável que o Brasil, ao se fundar como Império, recorresse à religião e a forte influência do catolicismo continuasse a ser notória no país.

Desta forma, quando a Constituição de 1824 reconhece a religião católica como sendo a religião oficial do Estado, com uma restrita liberdade religiosa (BUENO, José, 1978) nenhuma reação de surpresa ou indignação foi esboçada, quer pela população das camadas mais simples do império, como também pela nobreza. Assim sendo, o diploma constitucional não inaugura uma nova religião, ele apenas reconhece algo preexistente ao Império e consistente na sociedade. O legislador constitucional entendeu então que os privilégios legais dados a esta instituição eram naturais e um direito adquirido desta e de toda a nação brasileira que nela encontrava a segurança necessária para aceitar o novo regime governamental como algo bom, garantidor de direitos e legítimo.

A formação estatal brasileira então tem suas bases na relação existente ente o Estado e a Igreja, em específico a Igreja Católica Apostólica Romana, e na alternância de como esta relação se processa. O Estado brasileiro se inicia então sob o regime imperial, com uma constituição que determina no seu artigo 5º² a completa ligação entre estas duas instituições a fim de se garantir a continuidade (Silva, José, 2015) de uma relação que assegurava o apoio recíproco e o conseqüente benefício como suporte financeiro da igreja por parte do Estado e o auxílio no controle social buscado pelo

¹ João Severiano Maciel da Costa.- Luiz José de Carvalho e Mello.- Clemente Ferreira França.- Marianno José Pereira da Fonseca.- João Gomes da Silveira Mendonça.- Francisco Villela Barboza.- Barão de Santo Amaro.- Antonio Luiz Pereira da Cunha.- Manoel Jacintho Nogueira da Gama.- José Joaquim Carneiro de Campos. Membros do Conselho de Estado que elaboram a constituição de 1824. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

² “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo”.

Estado realizado pela igreja o que fazia esta situação trazer vantagem a ambos, Igreja e Estado.

Durante o período imperial, o elo entre os dois poderes era estreita, inclusive dividindo responsabilidades e compartilhando a sustentação da ordem social (BASTOS, Tavares, 1997. pg 45). O vínculo advinha do regime do padroado, onde a relação se dava, no Brasil, com a preponderância do Estado, uma vez que todas as ordens papais necessitavam de uma concordância imperial para ser cumprida, assim como os benefícios fiscais e isenções tributárias que a igreja gozava dependiam da vontade do imperador. Havia um sistema de trocas que dava suporte à manutenção do *status quo*. No período imperial, a relação entre as duas intuições servia como base para a consolidação do poder centralizador do monarca ressaltando a força do governo monárquico ao invés de solapá-lo com uma disputa de influência como havia ocorrido em terras europeias em uma grande ação do Santo Ofício.

A presença da Igreja Católica Apostólica Romana no correr do desenvolvimento da formação do estado brasileiro vem a ser reconhecida através dos valores sociais cristalizados em normas jurídicas que eram influenciadas pelos valores católicos.

Desta forma, desde a época da colonização brasileira a situação e a influência, mas não supremacia da Igreja Católica, já era vista. E se dava a situação com a Igreja desempenhando um papel eficiente de controle e de pacificação da sociedade, colaborando assim para a obediência da colônia e sua população em relação a normas jurídicas impostas pela Coroa Portuguesa, o que continuaria a ser feito no império.

A constituição imperial de 1824 é bastante peculiar na história brasileira. Ela foi outorgada, e por tal razão em grande parte reflete o valor de apenas uma pequena parte da população, os nobres e amigos íntimos do imperador Dom Pedro I. Entretanto, apesar de imposta, não houve grande rejeição por parte da população, realidade que a torna única no país e motivo de destaque. Na grande maioria dos casos de constituições impostas pelo poder central, há a rejeição por parte daqueles que não se sentem representados, mas sim lesados pela norma pátria que não os representaria, apenas os oprimiria.

O reconhecimento de uma religião oficial, que gozava de toda a proteção estatal, era pleno e reforçado por uma série de atribuições dadas a Igreja, sendo as aqui relevantes às associadas ao trabalho notarial, como nos casos da certidão de batismo, casamento, a fim de que houvesse através destas ações o reforço dos poderes instituídos. Isso foi fundamental para a aceitação social da constituição, pois ela apesar de imposta

validava a situação concreta da vida da sociedade imperial, uma religiosidade e valorização das ligações sociais através das práticas religiosas católicas.

O período monárquico traz para o Brasil a consolidação de um país que busca na religião da maioria esmagadora de seus súditos a base de consolidação de poder, com o objetivo de ali, na religião católica, assim o manter e também consolidar o controle social necessário para a densificação da nova nação. A sociedade a qual será regida por esta ligação de política e religião é uma sociedade extremamente religiosa, que tem os valores cristãos imiscuídos em sua formação. Trata-se de uma sociedade que não dissocia o público e o privado no que tange religião e comportamento social por ela dirigido. Como também não se espantam e se sentem amparados por contar com a validação dos seus atos pela igreja, o que garantia uma solidez e reconhecimento social do ato praticado.

A proclamação da República no ano de 1889 vem sacudir as bases políticas constituídas e valores sociais há muito implementados e observados. É possível identificar uma notória incongruência: um país com um novo regime de governo republicano que faz a escolha pelo laicismo secularizando diversos institutos, governando uma sociedade claramente religiosa e com grande apego a suas práticas e valores.

A Constituição republicana de 1891 torna o Brasil um país secular e adota para isso o modelo norte-americano de laicidade. Nesse, mesmo com o Estado oficialmente laico, há o reconhecimento da religiosidade do povo (RIVERO, Jean; MOUTOUH, Huges. 2006). Isto pode ser observado no Brasil através da possibilidade do exercício da tolerância de práticas religiosas³ diversas (CAMPANHOLE, 1981, pg 585), ressalvando que nos atos de maior relevância, como nascimento, morte e casamentos⁴ a validade não é mais do ato religioso (CAMPANHOLE, 1981, pg 585). No caso, não mais terá valor probante nem capacidade de legitimar juridicamente uma situação concreta. Portanto, os atos ainda assim fossem feitos possuiriam aceitação e observância do dever social, mas nenhuma relevância jurídica.

A constatação desta discrepância entre o juridicamente estabelecido e o socialmente relevante não ocorreu apenas no Brasil. Tocqueville, no livro a Democracia

³ Constituição brasileira de 1981, artigo 72 “§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observados as disposições do direito comum.”

⁴ Constituição brasileira de 1981 artigo 72 “§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

na América (2002. pg 226), descreve o fato que nos Estados Unidos, havia uma mistura entre religião e sociedade o que refletiria no governo e nas leis. Afirma o autor que no coração dos cidadãos o Estado não pode comandar, por esta razão, apesar de se poder constituir um Estado laico, não se tem como extirpar de um só golpe a religiosidade das pessoas. A observação parece ser válida também para a situação do Estado Imperial brasileiro no que diz respeito a forma de organizar o Estado no assunto religiosidade, seguindo o exemplo do realizado pelos Estados Unidos da América.

A neutralização estatal na imposição da escolha da religião traz automaticamente o direito de liberdade de pensamento (MORAES, Alexandre, 2008), ao permitir que o cidadão possa livremente escolher ou não, rejeitar, mudar ou aderir à religião que lhe for mais conveniente, já que “a crença pode manifestar-se pela conduta individual, notada pelos que com o indivíduo convivem, sem que a pessoa pretenda com isso proselitismo” (FERREIRA FILHO, Manoel, 2007. pg 299). Saliencia Jorge Miranda (2000) que a liberdade religiosa não deve ser vista apenas como a impossibilidade de se impor uma religião, mas também na possibilidade de se professar uma crença em todo o seu alcance. Tal situação no Brasil recém tornado república traz uma experiência contraditória: a república laica, tolerante, garantidora da secularização de suas instituições que tomava para si os deveres notariais de legitimação dos atos da vida civil, mas que não garantia a possibilidade do livre exercício da religião e do cumprimento dos deveres que dela decorrem, fosse em matéria de culto, reconhecimento familiar ou de ensino.

Assim, é possível afirmar que as relações entre Estado e religião sofreram uma profunda mudança com a Proclamação da República, mas não apenas com esta situação. A edição do decreto 119-A de 7 de janeiro de 1890 foi fundamental na secularização do Estado ao tratar justamente da separação entre as duas instituições ora estudadas. As consequências que atingiram diretamente a população quando se muda a forma de validar os atos sociais passam então a serem legitimados não mais pela igreja, mas por um registro civil.

O Brasil sempre adotou como estratégia de desenvolvimento e crescimento, tanto jurídico quanto intelectual e cultural, o exercício da cópia de valores e institutos de países centrais e ditos desenvolvidos. Por vezes, adotou o formalismo puro para alcançar o desenvolvimento, o que ocorreu também no que tange à questão da secularização. O Brasil ao buscar o idealismo utópico, transformando *mano militare* sua legislação, parece esquecer que para a efetivação real de uma mudança prevista por uma

lei ela deve ser acompanhada pela mudança da sociedade na qual ela vai vigor e reger. Assim, o Brasil que seculariza sua legislação interna com o objetivo de dotar o Estado de mais força, não possui uma sociedade laica que acompanhe as inovações legislativas, gerando internamente um paradoxo que só vai ter o início da sua dissolução por volta da década de 1930.

Apesar de todas as considerações tecidas acima sobre a incongruência legal e social, deve-se compreender o advento do novo regime como um momento institucional singular para a reorganização das relações entre Estado a Igreja e a forma de pensar a religião, mudança esta que interessava universalmente a todas as confissões religiosas bem como ao Estado civil, ainda que de forma distinta. Assim sendo só restaria o confronto entre texto constitucional e contexto social para se definir as bases da república.

Em relação ao aspecto religioso, a Constituição de 1891 apresentava as seguintes características em seus artigos, primeiro vedava aos estados e à União estabelecer, subvencionar, ou embaraçar o exercício de cultos religiosos (art.11, §2) buscando a separação financeira entre os dois com objetivo de ser responsável pela organização e manutenção dos cultos; segundo, vedava o alistamento eleitoral dos religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações, ou comunidades de qualquer denominação sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto, que importe renúncia da liberdade individual (art.70, §4) como o objetivo de separar a política e a religião diminuindo a influência da segunda na primeira; terceiro, assegurava a liberdade religiosa a todos os indivíduos e confissões, que poderiam exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum (art.72, §3), garantindo assim o direito a liberdade tão caro aos países democráticos; em quarto, dispunha que a República reconheceria apenas o casamento civil, cuja celebração seria gratuita (art.72, §4) com a finalidade de trazer para o seio do Estado a formação da família e todas as suas consequências jurídicas; em quinto determinava a secularização dos cemitérios, que viriam a ser administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos crentes, desde que esses não ofendessem a moral pública ou as leis (art.72, §5) pois controlar esta situação seria o controle completo do cidadão por todo seu ciclo de vida; em sexto, dispunha que o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos deveria ser leigo (art.72, §6) para que a influencia da religião fosse diminuindo na sociedade e seus ensinamentos não fosse reproduzidos nas novas gerações de

brasileiros; sétimo, estabelecia que nenhum culto ou igreja gozaria de subvenção oficial, nem teria relações de dependência ou aliança com o governo da União, ou o dos estados (art.72, §7) o que servia para a dissociação completa dos dois institutos; oitavo, assegurava que, por motivo de crença ou função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderia ser privado de seus direitos civis e políticos, nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico (art.72, §28); em nono, dispunha que os que alegassem motivo de crença com o fim de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República impusessem aos cidadãos perderiam todos os direitos políticos (art.72, §29), sendo estes dois últimos itens exemplificadores claros de que o Estado respeitaria a liberdade, mas que não iria se submeter as exigências com respaldo unicamente religioso.

Ocorre que as constituições devem ter como objetivo primordial a proteção do povo e de sua consciência, e não a opressão do mesmo. Uma constituição não pode ser criada única e exclusivamente para proteger um ideal político, ela deve ser criada para refletir os valores de uma sociedade e densificá-los. Daí decorre então a já mencionada incongruência que é observada quando da proclamação da república.

O Brasil não surge do nada com a república, como se fosse um toque da varinha de condão de alguma fada republicana, ele já existia. Ele nasce cristão e assim permanece como defendido por Rui Barbosa (1872) motivo pelo qual para a real organização do Brasil como era o desejado pelos republicanos se deveria primeiramente ter respeito pela sua trajetória e a maneira de se tratar a liberdade constitucional, na república, deveria ser uma fórmula minimamente cristã. Portanto a constituição de 1891 deveria transformar o espírito religioso da sociedade e não extirpá-lo com um golpe de espada, emancipando a religião do jugo oficial e tornando ilegal as celebrações matrimoniais religiosas.

Essa manifestação de Rui Barbosa é relevante por deixar claro que não há interpretação pacífica no que se refere à dissociação do político e religioso. Como se pode ser factualmente comprovado quando se observa as revoltas da época, Canudos (MONIZ, Edmundo,1987)⁵ e Contestado (Queiroz, Mauricio, 1981)⁶, que deixam claro

⁵ Guerra de Canudos foi o confronto entre o Exército Brasileiro e os integrantes de um movimento popular de fundo sócio religioso liderado por Antônio Conselheiro, que durou de 1896 a 1897, na comunidade de Canudos, no interior do estado da Bahia. MONIZ, Edmundo A Guerra Social de Canudos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. Rio de Janeiro: Elo, 1987.

⁶ A Guerra do Contestado foi um conflito armado entre a população cabocla e os representantes do poder estadual e federal brasileiro travado entre outubro de 1912 a agosto de 1916. Originada nos problemas sociais, foi agravado pelo fanatismo religioso, expresso pelo messianismo e pela crença, por parte dos caboclos revoltados, de que se tratava de uma guerra santa. Queiroz, Mauricio Vinhas de. Messianismo e conflito social, a guerra sertaneja do Contestado: 1912-1916. São Paulo. Ática, 1981.

que no dia a dia a população brasileira ainda era extremamente religiosa vinculada a suas práticas, a ponto de participar de revoltas ditas como santas, para defender direito que julgavam seus, entre outros o de manter o país católico.

Razão pela qual ao se afirmar que a proclamação da república tornou o Brasil laico deve-se sempre atentar para a ressalva de que se trata de um país juridicamente laico, porém com uma população ainda extremamente religiosa e apegada aos valores da Igreja Católica Apostólica Romana. O que fazia com que houvesse um anacronismo entre o texto constitucional formal e a prática diária dos que a ele se submetiam com a consequente necessidade de se analisar os institutos jurídicos alterados nesta época a fim de se compreender o seu conteúdo, aplicação e efeitos.

2. O casamento religioso no Brasil Colônia e Império

Desde a chegada dos portugueses ao Brasil que a família só era reconhecida se decorrente do casamento católico. As Ordenações do Reino, em suas três formatações, absorveu os ditames católicos para regular a constituição da família: através do casamento entre católicos, monogâmico, indissolúvel e atribuindo mais e diferentes direitos aos homens do que às mulheres.

Se com D.Manuel, o Venturoso, era importante seguir as regras católicas para agradar aos seus sogros, os Reis Católicos de Espanha, todos os sistemas políticos posteriores tinham vinculação a interesses e acordos com a Igreja através do sistema do padroado. O sistema de concessão de poderes pela Igreja a determinadas entidades civis estabelecia alianças entre eles. De um lado a Coroa Portuguesa tinha liberdade para a escolha de clérigos no Brasil, de outro lado permitia e até mesmo fomentava a conversão das almas indígenas e negras pela Igreja. Essa troca atendia a ambas as instituições, que dependiam assim reciprocamente para a satisfação de seus interesses.

O casamento, sacralizado a partir do Séc. XII, passa a seguir as regras do Concílio de Trento⁷. Era uma das formas de reação da Igreja católica às reformas protestantes. Ao reforçar os dogmas religiosos, o documento eclesiástico de fortalecimento da Igreja impunha regras cada vez mais rígidas e interferia na vida privada das famílias.

⁷ 1563.

A Igreja formalizou e tornou públicos os casamentos, impondo a presença de padres e de testemunhas para a sua realização e validade e ainda impediu os casamentos secretos. Havia uma intolerância às relações informais e ao concubinato, o que afastava da proteção institucional os grupos de pessoas que não se unissem pelo casamento religioso, católico.

A medida ampliou o conceito de ilegitimidade filial ao impedir os filhos de reconhecidos pelos pais, de forma que os elos familiares eram afeitos apenas às famílias maternas. Ocorre que o sistema de morgadio, através do qual a herança paterna e o nome de família eram transmitidas aos filhos homens primogênitos, impedia a inserção desses filhos na sociedade familiar.

E assim, no Brasil colônia houve um modelo de catolicismo denominado de Crisandade em que havia uma vinculação entre a Igreja e o Estado. Essa simbiose criou uma religião oficial, a qual, para Azevedo (AZEVEDO, Dermi, 2004) “funcionava como instrumento de dominação social, política e cultural”. A partir de 1840, a Igreja se desvincula do Estado e se volta para Roma. Também o Estado irá, posteriormente, caminhar para um processo de separação da Igreja, mas o país é católico e como tal será mantido, atado à Igreja Católica.

O Brasil tinha no catolicismo a religião oficial e obrigatória. A orientação advinha das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, que se propusera a organizar a vida religiosa no Brasil Colônia⁸, detalhando cada um dos ritos e a forma como deveriam ser realizados.

O casamento indissolúvel implicava na perpetuação dos laços familiares e de parentesco, forma também de resguardar o patrimônio privado dentro do mesmo grupo de origem. Se a partir do Séc. XVII, girando para o Séc. XVIII, a Europa ocidental inicial o processo de recepção do casamento por afeto, decorrente do Romantismo, no Brasil o casamento garantia o patrimônio e deveria ser realizado nesse interesse, permanecendo o casamento da razão.

Essa família colonial, eminentemente patriarcal, se estrutura em torno do pai e de seus interesses. A economia estava assentada em grandes propriedades monocultoras da cana-de-açúcar e posteriormente do café, cultivadas por escravos. Eles habitavam nesse entorno doméstico, e por vezes participavam das atividades da casa-grande,

⁸ <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/222291>

especialmente as mulheres. E nesse ambiente eram criados os filhos, brancos e negros, até que fossem separados, geralmente em torno dos sete anos.

Essas famílias se estruturavam em torno de um mesmo pátio, de um mesmo fogo e sob a proteção de um mesmo chefe, o patriarca, o senhor do engenho. Ele tinha um espaço diferente e reservado na família, fora do lar doméstico, tratando de seus interesses, que seriam os interesses da família. Para Jurandir Freire Costa, as diferenças não eram apenas culturais, mas até mesmo geográficas e sociais, na qual cada ator tem um papel bem delineado (COSTA, 1979).

As famílias dos escravos seguiam um modelo semelhante às senhoriais, com predominância da conjugalidade (VAINFAS, 2000), demonstrando um início de privacidade da vida familiar. Esses casamentos poderiam ser realizados sem a autorização dos seus senhores, como permitido na legislação portuguesa e canônica, nem sempre respeitadas⁹. Havia um significado de restringir a autonomia da vontade ao dificultar ou impedir a celebração de casamento de seus escravos, que eram poucas vezes realizados¹⁰. Apenas a partir das Lei do Ventre Livre e dos Sexagenários, seguidas pela proibição ao tráfico humano, há um salto quantitativo para o número de casamentos entre os escravos.

Nesse espaço, a presença religiosa era bem marcada pela capela e pela visita temporária de clérigos para celebrar casamentos, batizados e missas. Os sacramentos, para brancos e negros, reforçava a religiosidade familiar, em um processo que não garantia direitos.

O impedimento a que pessoas de outras religiões, com costumes diversos aos portugueses católicos, precisava ser enfrentado: o processo migratório, que crescera com a chegada da família real, tem um crescimento a partir de 1850, com a proibição da continuidade ao tráfico negreiro¹¹. Os imigrantes alemães, no Rio Grande do Sul e em Santa Catarina; os italianos, os eslavos, dentre outras nacionalidades, que vinham trabalhar no Brasil advindos de culturas que por vezes permitiam as reconfigurações familiares e em que havia o casamento civil a legitimar o grupo familiar, implicando na busca de modelos para regularizar a situação jurídica das famílias.

⁹ No mapa de casamentos de 1847 da Freguesia de Sacramento da Antiga Sé, no Rio de Janeiro, não há nenhum registro de casamentos entre escravos. Fonte: Biblioteca Nacional. Disponível em http://objdigital.bn.br/objdigital2/acervo_digital/div_manuscritos/mss1426946/mss1426946.pdf

¹⁰ No mapa de casamentos de 1847 da Freguesia de Nossa Senhora da Candelária, no Rio de Janeiro, há registros de dois casamentos entre escravos, realizados em outubro e em novembro de 1847, respectivamente. Fonte: Biblioteca Nacional. Disponível em http://objdigital.bn.br/objdigital2/acervo_digital/div_manuscritos/mss1426936/mss1426936.pdf

¹¹ Lei Eusébio de Queiroz.

Nesse percurso, a Lei nº 1.144 de 11 de setembro de 1861, complementada pelo regulamento nº 3.069 de 17 de abril de 1863, tratou do casamento leigo entre os acatólicos, para tornar possível a regularização dos casamentos e das famílias. No entanto, a lei foi revogada em 1865 por pressão do clero, que pretendia manter o monopólio sobre as relações familiares e os desdobramentos patrimoniais delas advindas.

Assim, permanece no Brasil que a família instituída e reconhecida pelo Estado será apenas a família advinda do casamento entre católicos, sendo as demais relações espúrias e não chanceladas pelo Estado. O estatuto da filiação fica vinculado ao casamento, sendo legítimos os filhos havidos na constância da sociedade conjugal e ilegítimos, bastardos, os advindos de relações outras que não o casamento. Ainda que as pessoas se reconhecessem como um casal ou como família, não seria possível a transmissão do nome, o primeiro identificador social de uma pessoa, ou de bens e direitos para esses filhos, à margem da sociedade em nome da moral e dos interesses religiosos.

3. Na República, o casamento civil

O processo de secularização do Estado no Brasil será demorado, ganhando força apenas ao final do Séc. XIX, com a crise da Monarquia e a força do pensamento iluminista. A força de Rui Barbosa nesse processo advém da convicção de que “o Estado garante direitos, a Igreja determina crenças” (BARBOSA, 1872, p.92).

O casamento civil só será implementado no Estado Republicano através do Decreto Lei nº 181 de 24 de janeiro de 1890, que seculariza o casamento e institui o divórcio¹² como um meio hábil à separação de corpos e o fim do regime de bens, sem que houvesse a dissolução do vínculo conjugal, mas tão somente da sociedade conjugal. Com isso, não seria possível qualquer possibilidade de reconfiguração familiar. Assim como no casamento religioso, a indissolubilidade do vínculo conjugal deveria permanecer no estatuto familiar, garantindo a pureza nas relações e a certeza na filiação. Não havia qualquer indício de que o país poderia suportar um sistema divorcista que implicasse na dissolução do vínculo por ato *inter vivos*.

¹² Art. 109, Decreto 181/1890.

Ao tornar civil o casamento, há um fortalecimento do Estado, que pretende garantir o seu espaço de atuação. E através do Decreto 318 de 1890, o Brasil torna obrigatório o casamento civil antes do religioso. Para Beviláqua (1896, p. 159), “A legitimidade da família resulta do casamento valido”. Logo, a família permanece dependente do casamento, agora civil, como única forma de regularização do grupo familiar.

Nessa mudança de paradigmas, a demonstração de força do Estado é tão forte que impede a realização e casamentos religiosos antes da celebração do civil. Com isso, parece pretender demonstrar que o seu poder deve prevalecer às questões religiosas. As penas de prisão e de multa previstas no Decreto 318/1890¹³ também estavam dispostas no Código Penal vigente. Dessa forma, os clérigos ficam impedidos de realizar o sacramento antes do ato civil, já que esse tem a força jurídica. Para controlar o cumprimento da norma, trimestralmente deveriam os tabelionatos remeter um mapa de registro civil, para dar conhecimento ao Estado dos casamentos realizados¹⁴.

Esse sistema não satisfazia a população como um todo, pois nem sempre as pessoas se casavam. Seja por questões financeiras, já que tanto o Estado como a Igreja cobravam emolumentos para a celebração do ato, ou pela existência de impedimentos civis ao casamento, como no caso das pessoas já casadas, na medida em que não era possível a dissolução do vínculo matrimonial pela manifestação da vontade.

Essas pessoas criavam novas possibilidades e formas de grupos familiar que ficavam afastados da legitimidade estatal e com isso alijadas de direitos. As mulheres acabavam por receber tratamento degradante, chamadas de concubinas e não reconhecidas como integrantes da família, repercutindo muitas vezes esse alijamento quando do óbito do varão, por vezes o titular das propriedades. E os problemas sociais permaneciam, seja através dos filhos bastardos ou das relações concubinárias, o país real em muito distava do país legal

As vedações foram mantidas até o ano de 1934, quando então foi possível a realização do casamento religioso com efeitos civis, desde que o casal se submetesse a todas as regras e avaliações exigidas pela norma civil. Durante esse período, para a satisfação das regras estatais e das crenças religiosas, os casais deveriam se realizar duas cerimônias distintas, se quisessem atender ao Estado e à religião.

¹³ O artigo 2º do decreto 318 trazia: "O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do acto civil, sera punido com seis meses de prisão e multa correspondente à metade do tempo".

¹⁴ Decreto nº 722, de 6 de Setembro de 1890.

4. Conclusão

A república brasileira se forma então com a secularização do Estado, que a seu turno é composto por uma população maciçamente religiosa. Esta incongruência se verifica em diversos momentos da constituição de 1891 o que gerava a necessidade de se pensar em como se poderia coadunar uma sociedade religiosa arraigada às práticas formais da religião com um Estado laico e tolerante. Esta dicotomia no que dizia respeito aos valores jurídicos e valores sociais, força da constitucionalização dos aspectos fundamentais concernentes à complexa relação entre o Estado e a religião, de ser identificada no que tange à validade do instituto casamento.

A secularização do país se deu de forma concomitante com a adoção da liberdade religiosa e da prática da tolerância. A referida liberdade teve início no Brasil com a separação da Igreja do Estado. Como marco, a Proclamação da República e o decreto 119-A de 1890, redigido por Rui Barbosa, onde há claramente a afirmação de que autoridades públicas não possuem mais o direito de se imiscuir em assuntos religiosos, não podendo mais normatizá-los.

A questão é importante ao se estudar o instituto do casamento, pois a sociedade ainda conferia ao casamento, evento religioso, uma posição de relevância, mesmo que nesta ação não houvesse mais nenhuma força de validade. A legislação tornara o casamento religioso ineficaz no que diz respeito à possibilidade de reconhecimento e validação da prole, bem como a garantia dos direitos patrimoniais em eventual situação sucessória ou mesmo ao nome.

Os institutos do casamento sacramento e do casamento secular possuem razões de instituição semelhantes, bem como a finalidade. O que faz com que eles se diferenciem é a base de legitimação de cada um, o religioso representando uma forma mística de sustentáculo do poder mesclando a religião ao legal, e o civil que representaria uma exteriorização do poder estatal absoluto e forte concernente com as características políticas da época que visavam o engrandecimento dos Estados com a centralização dos poderes na mão do governo. Desta forma podendo-se afirmar que ambos os institutos são criados com uma similitude de motivos e de objetivos, mas que se desenvolvem e se densificam de formas diversas, cada qual acrescentando valor e relevância a instituição que representa. O casamento religioso protegendo a instituição Igreja, dando relevância à sua atuação na sociedade enquanto o casamento secular fortalece o Estado, deixando em sua mão a regulamentação e sistematização da vida dos

cidadãos, situação esta que deixa claro que no instituto aqui analisado há similitudes e diferenças, que demonstram com ele era utilizado a fim de se densificar situações jurídicas e sociais.

BIBLIOGRAFIA REFERÊNCIA

- AZEVEDO, Dermi. **A Igreja Católica e seu papel político no Brasil**. Dossiê religiões no Brasil. Estud. av. vol.18 no.52 São Paulo Sept./Dec. 2004 Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000300009> Acesso em 28 ago, 2016
- BEVILAQUA, Clovis. **Direito de Família**. Recife: Ramiro M. Costa Editores, 1896.
- BARBOSA, R. **Obras Completas de Ruy Barbosa (1872-1874)**. v.1. t. 2. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1947.
- BASTOS, Tavares. **A Província**. Rio de Janeiro. Academia Brasileira de Letras 1997.
- BUENO, José Antônio Pimenta, **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Ed Sebadó Federal, Brasília, 1978.
- CAMPANHOLE, Adriano. CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 1981.
- COSTA, J. **Ordem Médica e Norma Familiar**. São Paulo: Graal Editora, 1979.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MONIZ, Edmundo **A Guerra Social de Canudos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. Rio de Janeiro: Elo, 1987.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2008.
- QUEIROZ, Mauricio Vinhas de. **Messianismo e conflito social, a guerra sertaneja do Contestado: 1912-1916**. Sao Paulo. Atica, 1981.
- RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo - 38ª Ed.**, São Paulo, Malheiros 2015.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **La Democracia en América**. 1 ed. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

VAINFAS, Ronaldo. **Dicionário Do Brasil Colonial** (dir) Rio de Janeiro: Objetiva, 2000.

WEHLING, Arno e Maria José C.M. **Direito e Justiça no Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

_____. **Formação do Brasil Colonial**. 1994. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira. 5ª edição, 2012.

LEGISLAÇÃO

Lei nº 1.144 de 11 de setembro de 1861.

Regulamento nº 3.069 de 17 de abril de 1863.

Decreto Lei nº 181 de 24 de janeiro de 1890.

Decreto 318 de 1890.

Decreto nº 119-A de 7 de janeiro de 1890.