

DIREITO DE FAMÍLIA E RELIGIÕES: COLISÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E PRINCÍPIOS RELIGIOSOS

Pe. Alex Barbosa de Brito, EP

Doutor em Direito Canônico pela Pontifícia Universidade Lateranense (Roma). Membro da Sociedade Brasileira de Canonistas e Professor de Teologia no Instituto Teológico São Tomás de Aquino Sacerdote católico, membro capitular da Sociedade de Vida Apostólica de Direito Pontifício *Virgo Flos Carmeli* – Arautos do Evangelho.

Sumário: 1. Introdução. 2. Definição antropológica de matrimônio e família, segundo autores clássicos. 3. Conceito de família segundo as religiões monoteístas e segundo o Estado brasileiro. 3.1 O matrimônio e a família, segundo o Judaísmo. 3.2 O matrimônio e a família, segundo o Islã. 3.3 O matrimônio e a família, segundo a Igreja Ortodoxa. 3.4 O conceito de família em igrejas de confissão cristã não católicas. 3.5 O matrimônio e a família, segundo a Igreja Católica. 3.5.1 Os casos de nulidade matrimonial na Igreja Católica. 3.5.2 Casos de dissolução do vínculo matrimonial não sacramental. 3.6 O matrimônio e a família, segundo a Constituição Federal brasileira. 3.6.1 Importantes aspectos constitucionais a respeito de matrimônio e a família. 3.6.2 Inovações das posteriores reformas codiciais. 3.6.3 Breve análise da atual legislação brasileira em relação ao matrimônio e à família. 4. Colisão de princípios jurídicos e princípios religiosos. 4.1 Síntese dos conceitos de matrimônio nas grandes religiões. 4.2 A liberdade religiosa: uma primeira resposta para evitar eventuais colisões de princípios jurídicos e princípios religiosos. 4.3 Conflito se dá entre o direito natural e o direito positivo: uma tentativa de explicação para as eventuais colisões. 4.3.1 O direito natural e o direito positivo. 5. Estado e Igreja são detentores de ordenamentos jurídicos originários e autônomos *in ordine suo*. 5.1 O Estado é uma sociedade com ordenamento jurídico originário e autônomo *in ordine suo*. 5.2 A Igreja é uma sociedade com ordenamento jurídico originário e autônomo *in ordine suo*. 6. A singular situação jurídica da Igreja Católica. 6.1 É uma religião. 6.1.1 A Igreja como sociedade e como povo de Deus. 6.1.2 A personalidade jurídica internacional da Igreja Católica. 6.2 A sede principal fica numa Cidade-Estado. 6.2.1 Breve histórico dos Estados Pontifícios Do Editto de Milão (Séc. IV)

à Unificação Italiana (Séc. XIX). 6.2.1.1 A criação da Cidade-Estado do Vaticano com o Tratado de Latrão (1929). 6.3 A suprema autoridade da Igreja é a Santa Sé personalidade pública de Direito Internacional. 6.3.1 A Santa Sé antes da Unificação Italiana, quando havia os Estados Pontifícios. 6.3.2 A Santa Sé no período de transição, depois da Unificação Italiana. 6.3.3 A Santa Sé, a partir do Tratado de Latrão (1929). 7. Relação do Direito Canônico com o Direito Civil em matéria de direito matrimonial. 7.1 Como a Igreja, no seu ordenamento jurídico, costuma tratar os casos conflitantes com o direito civil nas causas matrimoniais. 7.2 Casos em que a Igreja canoniza ou recebe uma norma civil em seu ordenamento jurídico, nas causas matrimoniais. 8. O Acordo Brasil Santa Sé: decisivo instrumento para dirimir eventuais colisões de princípios jurídicos e princípios religiosos. 8.1 Exemplos da mútua relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o ordenamento canônico. 8.2 Algumas conclusões práticas desse Acordo. 8.2.1 A respeito da autoridade na Igreja. 8.2.2 Aspectos codiciais do Acordo relacionados com o matrimônio. 8.2.2.1 Um perfeito exemplo de maturidade jurídica da Justiça no Brasil. 9. Conclusão. 10. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Falar a respeito de Direito de Família e Religiões, em pleno século XXI, não é tarefa tão simples; acrescentar ao tema a “Colisão de Princípios Jurídicos e Princípios Religiosos tornaria a empreita inexequível, não fosse a menção aos Princípios Jurídicos: é a *aequitas*, em harmonia com os princípios religiosos, recordando a transcendência e a natureza mesma das coisas.

José Renato Nalini,¹ em seu tratado *Ética Geral e Profissional*, no subtítulo *A família hoje* e citando autores modernos, chega à conclusão, com base em uma análise sociológica, de que a “conceituação de família é polêmica”, especialmente em tempos nos quais para alguns não há mais a vinculação entre a finalidade unitiva e a procriativa, entre casamento e procriação. Contudo, o autor, com o gênio, simplicidade e clareza que o caracterizam, conclui simplesmente: “O dar à luz debilita a mulher. Ela não pode prescindir dos cuidados de um terceiro, o pai. Está biologicamente justificado o nascimento da família”.²

¹ José Renato Nalini é Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Membro da Academia Paulista de Letras.

² NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009, p. 148-149.

A seguir, passando do campo sociológico para o jurídico, o mesmo autor, citando pesquisa do IBGE, traz a lume a indagação de Paulo Luiz Neto Lôbo: Será que as entidades familiares constituídas constituem verdadeiramente *numerus clausus*, ou estariam distantes dos modelos apresentados pela legislação vigente? Com efeito, assim enumera as entidades familiares, segundo a referida pesquisa: a) “o par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos; b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos em que sobrelevam os laços de afetividade; c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável); d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável); e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental); f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental); g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais; h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; j) uniões concubinárias, com ou sem filhos; l) comunidade afetiva formada com ‘filhos de criação’, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular”.³

Hoje se poderia acrescentar ao item “i”, “com ou sem filhos naturais (inseminação artificial) ou adotivos”. Por fim, questiona o ilustre jurista e literato: “Quando se fala hoje de família, tem-se de indagar: qual família?”.⁴

Por isso, com o objetivo de evitarmos elaborar um tratado de filologia, nomeando ou mudando o nome das coisas, ou um tratado de sociologia contemporânea e recriar a sociedade, ou um romance de ficção científica, e antecipar o futuro, vimo-nos na contingência de limitar o campo de pesquisa tratando a respeito do matrimônio e família como o entendem as religiões monoteístas, cuja inspiração comum é o Antigo Testamento da Bíblia e, no caso do Islã, o Alcorão, e os princípios universais do direito natural, sujeitos a interpretações, não raras vezes peculiares; dando, entretanto, ênfase no pensamento da Igreja Católica.

Como contraponto, temos a legislação brasileira que, além de ser ampla, sofreu sucessivas reformas. Por isso, limitar-nos-emos a

³ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009., p. 150.

⁴ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009p. 150.

estudar principalmente o texto da Carta Magna, a Constituição Federal, e o Código de Direito Civil.

Outrossim, não se estará alheio às pluriformes opções de *modi vivendi* hodiernos, uma vez que este estudo tem como fundo de quadro a dignidade humana.

Sim, a dignidade humana, tão propagada, mas quão pouco compreendida e respeitada. Falar dela, como em direitos humanos, está na ordem do dia. Ora, o princípio fundamental a esse respeito é agir respeitando a natureza e a índole do homem, considerando a inteligência e o livre-arbítrio aspectos essenciais dele. Em razão disso, o mesmo deve ser conduzido pela persuasão. Para respeitá-lo, antes de tudo, é preciso apresentar a verdade à sua inteligência e convencê-lo racionalmente, caso contrário, faltaríamos com o respeito à sua própria dignidade de ser racional. Desta premissa, como se verá, está pervadido todo este estudo.

Trata-se, antes de tudo, de uma exposição que não pretende esgotar a matéria. Explica-se a ênfase na abordagem da Igreja Católica acerca do tema proposto pelo fato de ser a religião da maioria dos brasileiros, a singular situação jurídica⁵ e histórica da Igreja, e o simples fato de o autor ser sacerdote e especialista em Direito Canônico.

Serão também consideradas, com especial atenção, as relações jurídicas entre a Igreja Católica e o Estado brasileiro, mormente em matéria de matrimônio e família, tendo como parâmetros fundamentais os princípios normativos da Constituição Federal vigente e o Acordo celebrado e promulgado entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé (13 nov 2008),⁶ relativo ao estatuto jurídico da Igreja Católica no Brasil.

Para melhor compreender a razão de ser de um Acordo entre uma República e a Igreja Católica, será necessário um “mergulho” histórico e jurídico na estrutura da Igreja, da Santa Sé, do Estado do Vaticano e da pessoa do Romano Pontífice, à luz dos princípios jurídicos do Direito Internacional, que fundamentam a incontestável validade de concordatas deste gênero.

⁵ O ordenamento jurídico da Igreja Católica se encontra estruturado fundamentalmente no Código de Direito Canônico (CDC), promulgado em 1983, em que se determinam os direitos e deveres tanto das autoridades eclesiais como dos fiéis católicos; e sua organização e disciplina interna. O CDC se divide segundo as matérias em Livros, Partes e Seções, e cada Artigo se denomina “Cânon”. As disposições deste Código se mencionam neste parecer com a abreviatura “c.” e o número correspondente (v.g.: c. 1.731, cc. 1.730, 1.731).

⁶ Para maior aprofundamento sobre o Acordo Brasil-Santa Sé há a seguinte obra: BALDISSERI, Lorenzo; MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coord.). Acordo Brasil-Santa Sé: comentado. São Paulo: LTR, 2012.

Para se procurar chegar a alguma conclusão foram de singular apoio as palavras de apresentação do ilustre e lúdimo membro do Conselho Científico do IBDFAM, o Ministro Luiz Edson Fachin, ao recordar que: “Viver e conviver traduzem, em um país tomado por desafios e em uma sociedade complexa, desigual e polissêmica, demandas sobre os limites e as possibilidades da instância jurídica ofertar respostas, propor caminhos e acolher a realização de um direito fundamental: TER E SER FAMÍLIA”. É preciso, continua o mesmo autor: “Propor construções de pontes em direção ao futuro, recolhendo o legado pretérito e transformando o presente em abrigo teórico e prático do afeto, da tolerância, da liberdade, da autonomia, da responsabilidade e de todas as estruturas que sonham e vivem como famílias”.⁷

2 DEFINIÇÃO ANTROPOLÓGICA DE MATRIMÔNIO E FAMÍLIA, SEGUNDO AUTORES CLÁSSICOS

Matrimônio e família são realidades humanas anteriores ao Cristianismo e, historicamente, em todas as civilizações existiram em estreita relação, numa relação andrógina, gerando filhos, tendendo a ser monogâmica, apesar de não raras vezes conhecerem e viverem a poligamia e, em casos mais isolados, a poliandria.

Os povos primitivos eram regidos pelo princípio de que a existência de dois sexos na espécie humana, bem como em outros seres vivos, tem como função a reprodução e a propagação da própria espécie, que, em nosso caso, no âmbito religioso, conjuga natureza e transcendência. Por isso, comenta Gonzalo Flórez, que para estes povos e para aqueles que lhes sucederam, a relação mais típica e comum era a da heterossexualidade.⁸

Este mesmo autor, abordando o tema do ponto de vista antropológico e deitando olhar nos primórdios da civilização, recorda que a existência de dois sexos “significa que o homem tem uma dupla imagem”, e esta diferença fazia com que se considerasse a necessidade da complementaridade, capaz de gerar e de perpetuar a própria espécie, embora a análise desta primitiva relação deve ser sempre matizada.⁹

Por exemplo, continua o autor, os sentimentos de amor em relação aos filhos, não se produzem da mesma forma no pai e na mãe, pois o amor maternal sempre se caracterizava por estar mais

⁷ FACHIN, Luiz Edson. Apresentação do X Congresso de Direito da Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/congresso/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

⁸ FLÓREZ, Gonzalo. Matrimonio y familia. Madrid: BAC, 1995, p.17.

⁹ FLÓREZ, Gonzalo. Matrimonio y familia. Madrid: BAC, 1995, p. 6-14.

diretamente comprometido com as necessidades imediatas da prole.¹⁰

A união heterossexual, a geração de filhos e a necessidade de protegê-los e criá-los, aliados ao desejo de perpetuar a própria espécie, faz surgir o núcleo social celular e primário da formação da sociedade humana.

A este propósito, Fustel de Coulanges comenta:

Pode-se entrever um longo período durante o qual os homens não conheceram nenhuma outra forma de sociedade senão a família... Cada família tem a sua religião, os seus deuses, o seu sacerdócio... cada família tem também a sua propriedade, ou seja, a sua parte de terra, que lhe está ligada inseparavelmente pela sua religião... Enfim, cada família tem o seu chefe, como uma nação teria o seu rei. Tem as suas leis, que sem dúvida não são escritas, mas que a crença religiosa grava no coração de cada homem. Tem a sua justiça interna, acima da qual nenhuma outra há à qual se possa apelar. Tudo aquilo de que o homem tem rigorosa necessidade para a sua vida material ou para a sua vida moral, a família o possui em si. Não precisa de coisa alguma de fora; a família é um estado organizado, uma sociedade que basta a si própria. Mas esta família das antigas eras não se reduz às proporções da família moderna. Nas grandes sociedades a família desmembra-se e diminui, mas na ausência de qualquer outra sociedade, estende-se, desenvolve-se, ramifica-se, sem se dividir. Diversos ramos mais novos ficam agrupados em torno dum ramo mais velho, junto do lar único e do túmulo comum.¹¹

Em todas as culturas e religiões, a entrega do homem e da mulher como marido e esposa vem sempre precedida de um pacto de doação mútua, tendente a ser monogâmico e estável, como testemunham, por exemplo, as antigas legislações, como o Código de Hamurabi e as leis dos faraós egípcios. A etimologia latina ratifica essa característica do matrimônio, ao chamar de amor conjugal.

A palavra conjugal vem do latim *cum-iugum*, para significar que estão unidos pelo mesmo jugo. O mesmo se diga de consórcio, de *cum-sortitus*, donde a distinção entre o ato de entrega, *matrimônio in fieri*, cuja essência é o consentimento, e o matrimônio *in facto esse*, cuja essência é o vínculo resultante do pacto conjugal.

Se é verdade que o aforismo latino que ensina *non amor, sed consensus matrimonium facit*, sem o *affectus contratualis* esse pacto terá

¹⁰ FLÓREZ, Gonzalo. Matrimonio y familia. Madrid: BAC, 1995, p. 15.

¹¹ COULANGES, Fustel de. La Cité antique. Paris: Hachette, v. II, p. 126-127.

dificuldades para proporcionar que os cônjuges compartilhem a mesma sorte e o mesmo jugo, *in facto esse*.

Conforme o pensamento tomista, no matrimônio primeiramente se considera a união ou o vínculo, que seria a essência e, em segundo lugar a causa, que é a aliança, a qual chamamos de casamento.¹² A quidditas ou a essência – o vínculo e o consentimento – é a causa.

Dessa concepção clássica, Agostinho de Hipona, em defesa da bondade do matrimônio, desenvolve a teoria dos três bens (*tria bona*) a ele inerentes: *bonum fidei*, *bonum prolis* e *bonum sacramenti*. Segundo ele, o *bonum fidei* diz respeito à unidade e à fidelidade; o *bonum prolis*, à geração e educação da prole; o *bonum sacramenti*, diz respeito à indissolubilidade do vínculo.¹³

A partir dos *tria bona* de matriz agostiniana, Tomás de Aquino desenvolve a teoria dos fins, donde afirma que o homem procria enquanto animal, é fiel enquanto homem e torna sacramental a união, enquanto fiel cristão.¹⁴

Karl Marx, ao comentar as raízes naturais do matrimônio, comenta que aquele ou aquela que “contrai matrimônio não cria, não descobre o matrimônio [...]. Por conseguinte, não é o matrimônio que deve submeter-se a seu arbítrio, mas seu arbítrio ao matrimônio”,¹⁵ e Hegel, em comentário de caráter sociológico a respeito do matrimônio da família, afirma que o “matrimônio, e, essencialmente a monogamia, é um dos principais absolutos nos quais se baseia a moralidade de uma coletividade. Esta é a razão pela qual a instituição do matrimônio aparece como um dos episódios da fundação dos Estados pelos heróis ou pelos deuses”.¹⁶

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o que daria forma e essência à família seria o conjunto desses laços, que se reduzem a três relações básicas: a primeira tem um polo masculino e outro feminino, e é chamada relação conjugal, reconhecida como matrimônio pelos membros da sociedade; a segunda se dá entre o complexo conjugal e os filhos, e é chamada relação paterno-filial; a terceira tem lugar entre os irmãos, chamada relação fraternal.¹⁷

¹²TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae*, q. 44, a. 2.

¹³AUGUSTINUS, *De Genesi ad litteram*, IX, 7, 12. (PL 34, 397); *De bono coniugali*, XX, 24 (PL 40, 389).

¹⁴TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae*, q. 65, a. 1.

¹⁵MARX; ENGELS. *Der Ehescheidungs gesetzentwurf*, Werke. Berlin, 1956, v. I., p. 149.

¹⁶HEGEL Friedrich. *Principios de la filosofia del derecho*. In: ROSENFELD, Denis Lerrer. *Política e liberdade em Hegel*. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 151.

¹⁷CRUZ, Juan. *Metafísica de la familia*. Pamplona: EUNSA – Universidad de Navarra Pamplona, 1995, p. 351.

Concluindo, a conjunção física do casal gera a prole, mas a conjugalidade de vidas, a comum união no mesmo jugo – que nasce do consentimento mútuo–, é o que fundamenta a unidade e a indissolubilidade desta comum união, além de preparar o ambiente natural para a educação e formação da prole.

Da conjugalidade dessa pequena sociedade, que recebe o nome de família, nasce a nação, a grande sociedade.

Arriscando na língua de Cícero, a família é *prima ordinata civitas, generat magnam ordinatam civitatem, societatem de societatibus*.

3 CONCEITO DE FAMÍLIA SEGUNDO AS RELIGIÕES MONOTEÍSTAS E SEGUNDO O ESTADO BRASILEIRO

3.1 O matrimônio e a família, segundo o Judaísmo

Na religião judaica, o matrimônio é considerado um vínculo contratual entre um homem e uma mulher, pelo qual se unem para constituir uma família. Casar-se e gerar filhos representa praticamente um dever, de acordo com a tradição herdada dos seus maiores.

A cerimônia religiosa do casamento judaico, chamada de *kidushin* (consagração), é revestida de muitos significados. Desta sorte, ao dar a aliança a sua noiva, o noivo a consagra para si, os dois se unindo numa só alma. A partir de então, a noiva passa a pertencer ao noivo, sendo proibida a qualquer outro homem. Sendo assim, mais do que a união entre os corpos, trata-se da adesão de duas almas pelo matrimônio por meio da santificação de Deus, algo fora do alcance meramente humano.

A família, pois, representa a força espiritual do povo judeu e, se comparada ao lar, a própria sinagoga desempenha um papel secundário. É por isso que o homem não casado é considerado “incompleto”, pois sua alma é apenas uma parte de um todo maior.¹⁸

O matrimônio é realizado dentro dos conceitos estabelecidos da *Toráh*, do *Talmud* e da *Halachá*. Para dissolver esta união divina, somente Deus tem o poder para fazê-lo, de acordo com o que instruiu na Torá, o Código de Leis. Isto ocorre por meio de um *guet* (documento emitido para a efetivação de um divórcio judaico).

A lei judaica tradicional (*Halachá*) exige que um casal obtenha um *guet* para pôr fim ao casamento judaico. Esta determinação é

¹⁸ Cabe salientar que os hebreus ultraortodoxos só aceitam o celibato quando o homem resolve dedicar sua vida ao estudo da Toráh. E, mesmo que seja por esse objetivo, o celibato não é encorajado.

compartilhada pelos Rabinatos Ortodoxo e Conservador, sendo a política oficial do Estado de Israel. Sem o *guet*, podem ser considerados ilegítimos os filhos de qualquer união subsequente, e só poderão se casar com judeus em semelhantes condições. Os filhos, assim, ficam excluídos em grande parte dos segmentos da comunidade, e não podem casar-se no Estado de Israel. Estigma que permanece para todas as futuras gerações, como, por exemplo, no que tange às limitações de se desposar no futuro. Trata-se, pois, de uma prática com efeitos de longo alcance.

O divórcio civil não é tomado em consideração no que toca à situação dos cônjuges. Medida adotada pelos Rabinatos Conservadores e Ortodoxos, e política oficial do Estado de Israel.

O *guet*, por sua vez, não se relaciona com qualquer aspecto do acordo civil, e não sujeita nenhuma das partes a perguntas pessoais. Basta que haja consentimento mútuo na decisão optada, não havendo, por isso mesmo, necessidade de declarar os motivos para o divórcio. Embora tenha caráter religioso, o processo não envolve orações nem exige confissão de fé. O *guet* finaliza aquela união que iniciou numa cerimônia tão marcada de simbolismos, e sob a benção de Deus. É um processo legal, formal e claro que exige apenas o consentimento das duas partes.

Não obstante, o Tribunal Religioso (Beit Din) considera o casamento uma aliança deveras sagrada, e pondera muito antes de realizar o divórcio,¹⁹ apesar da praticidade com que é realizado.²⁰ Desse modo, é incentivada a reconciliação do casal, propondo marido e mulher, inclusive, a casar novamente após a separação legal.

O divórcio seria como uma amputação, uma tragédia, se analisada a cerimônia judaica na qual as almas dos cônjuges se uniram, pois seria o reverso disso, uma amputação espiritual, separando uma parte da alma unida da outra, criando dois seres separados.

¹⁹ Cf. GRONOWICZ, Gilda. O *Guet* judaico e o divórcio: harmonização. Disponível em: <<http://gronowiczfancioadv.com.br/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

²⁰ Assim se constitui o processo do divórcio (*Guet*): 1 – Cada parte declara estar ciente do que está para acontecer e que age livremente, sem coerção; 2 – O marido autoriza o escriba a escrever o documento; 3 – O documento de doze linhas é escrito pelo escriba e assinado pelas testemunhas. A escrita e assinatura do documento geralmente leva de 30 a 45 minutos, e não exige sessões adicionais; 4 – O documento assinado é apresentado à esposa pelo marido ou pelo procurador, na presença de testemunhas. No minuto em que ela o aceita, o divórcio passa a valer imediatamente e é definitivo; 5 – O documento em si permanece nos arquivos do rabino oficiante. É cortado pelo rabino, portanto jamais pode ser usado ou apresentado novamente. O rabino em seguida emite um certificado de prova a ambas as partes, atestando o fato de que um *guet* foi adequadamente escrito, entregue e aceito, e que cada uma das partes está livre para casar-se novamente. Disponível em: <www.chabad.org.br>. Acesso em: 15 set. 2015.

3.2 O matrimônio e a família, segundo o Islã

Entre os múltiplos modelos de família existentes nas sociedades ao longo da História, encontramos um padrão familiar muito singular: o do islamismo.

Apesar da diversidade étnica, os vários aspectos da vida dos fiéis islâmicos poderiam ser considerados comumente como fundamentados na religião.²¹ Vamos encontrar o conceito de família, para o muçulmano, principalmente na interpretação dos esparsos comentários relacionados a essa instituição contidos no Alcorão – livro base tanto para os sunitas quanto para os xiitas –, assim como nas tradições culturais ao longo do tempo. No campo legislativo, temos a *sharia* (*sharī'ah*), cuja fonte é mais uma vez o Alcorão.

O islamismo também considera a família como o núcleo e o alicerce da sociedade. A vida familiar é fonte de progresso e força para a civilização. O casamento – que o muçulmano entende como a união entre o homem e a mulher e é um processo natural estabelecido por Deus no Alcorão: “e não vos criamos, acaso, em casais?” (78, 8);²² – é o meio lícito para constituir este fundamento social, e por isso é condenado com severas penas o ato sexual realizado fora do matrimônio.

Além disso, o Islã vê o casamento como um ato livre. A este respeito assim pronuncia o Alcorão: “não herde as mulheres contra a sua vontade” (4:19). No entanto, pode existir uma certa persuasão por parte dos pais a qualquer uma das partes, sendo que a decisão final compete à própria pessoa. Contudo, na prática, as mulheres nem sempre parecem usufruir do direito da livre escolha como os homens.

No campo teórico, em geral, os direitos do homem e da mulher são iguais, embora o Alcorão expressa que os homens têm um grau sobre elas, devido às suas responsabilidades (2:227). A eles é dada a posição de chefe da família. Por outro lado, as mulheres têm o direito ao dote, como meio de honrá-la, mantê-la e garantir a segurança do compromisso que assumem.

Para promover a proteção e consolidação da instituição familiar, existem proibições que visam combater o perigo de praticar ações não castas, segundo a concepção islâmica. Além disso, se nota um grande incentivo ao casamento, cuja cerimônia possui uma estrutura muito simples.

²¹ Sabemos que o islamismo não possui uma unidade, há diferentes concepções teológicas, entre as quais se destacam os sunitas e os xiitas. Além do Alcorão, os sunitas seguem também as Sunas, um conjunto de leis escritas pela tradição. Já os xiitas desconsideram as Sunas e se baseiam apenas no Alcorão, são a minoria.

²² Citação do Alcorão.

É possível esposar até quatro mulheres, entretanto o mais adequado é casar-se com apenas uma, diz o Alcorão (cf. 4:3). Assim, a poligamia é tratada como uma exceção, e a primeira esposa pode colocar no documento de contrato nupcial a condição de que o marido pratique a monogamia.

Há, ademais, uma lista de graus de parentesco proibidos para o casamento (4: 23-24).

Em caso de adultério por parte de uma mulher, o Alcorão prescreve que seja confinada em sua casa, até que lhe chegue a morte ou que Deus lhe trace um novo destino (4:15).

Em si, o casamento no Islã é permanente, mas admite o divórcio em circunstâncias especiais. Entretanto: “de todas as coisas permitidas, a mais abominável para os olhos de Allah é o divórcio” (114:96). Tanto o homem quanto a mulher podem solicitá-lo.

Por razões históricas, que visavam o afastamento da fornicação e do adultério, havia também no Islamismo a figura do casamento temporário, ou seja, o contrato entre duas pessoas por determinado período, costume este que teria sido revogado para sempre por Allah.

No que diz respeito às crianças, a alimentação, a proteção, a vestimenta, e a instrução na religião são direitos assegurados conforme a cultura e legislação muçulmana.

Percebe-se que a família, na concepção islâmica, possui um caráter biológico, espiritual, social, cultural e histórico. Do ponto de vista religioso, cabe lembrar que em várias sociedades islâmicas o direito não está separado da religião de Maomé.

3.3 O matrimônio e a família, segundo a Igreja Ortodoxa²³

O matrimônio, segundo a concepção da Igreja Ortodoxa, reflete o mistério da Trindade, pois assim como há um só Deus em três Pessoas, também no matrimônio há uma unidade dentro da diversidade. O homem é feito à imagem da Trindade e apenas em casos especiais compreende-se que viva sozinho. O casamento não é só um estado da natureza, mas um estado de graça. A vida matrimonial, não menos que a vida monástica, é uma vocação especial, o que exige um particular dom ou carisma do Espírito Santo, o qual é conferido pelo Sacramento do Matrimônio, cuja instituição foi estabelecida por Deus.

²³ Por Igreja Ortodoxa se entende o conjunto de igrejas cristãs autocéfalas, que desde o Cisma do Oriente, em 1054, separou-se da Igreja Católica Apostólica Romana. Reconhecem o primado do Patriarca Ecumênico de Constantinopla, embora este seja um título mais honorífico, uma vez que cada uma dessas igrejas tem seu governo autônomo, que resolve as questões com sua própria autoridade.

A Igreja Ortodoxa permite o divórcio e o “recasamento”, tomando como base o texto de Mateus 5, 32 e 19, 9, onde Jesus diz: “[...] qualquer que repudiar sua mulher, não sendo por causa de prostituição, e casar com outra, comete adultério [...]” E, uma vez posta uma exceção para a regra geral acerca da indissolubilidade do casamento, os ortodoxos procedem com o costume de autorizar tal exceção.

Todavia, partindo do princípio de que ninguém deve separar aqueles que Deus uniu, a Igreja Ortodoxa toma o casamento como, em princípio, para toda a vida e indissolúvel, e condena o seu rompimento como pecado. Contudo, apesar disso, a Igreja Ortodoxa ainda deseja auxiliar os pecadores concedendo-lhes uma segunda oportunidade. Desse modo, quando um casamento cessa inteiramente de ser uma realidade nos fatos, a Igreja Ortodoxa não insiste na preservação legal.

O divórcio é, então, visto como uma excepcional, mas necessária concessão ao pecado humano; seria um ato de *oikonomia* (“economia” ou dispensa) e de *philanthropia* (“gentileza amorosa”). Entretanto, apesar da assistência dada aos que erraram, não se deixa de considerar que uma segunda união nunca é igual à primeira, de modo que no ofício para o segundo casamento os ritos alegres cedem lugar às orações penitenciais.

A Lei Eclesiástica da generalidade das igrejas ortodoxas permite o segundo e ainda um terceiro casamento, mas proíbe terminantemente o quarto. Os Cânones, teoricamente, só permitem divórcio em caso de adultério, mas na prática é às vezes concedido também por outros motivos.

O divórcio civil também na Igreja Ortodoxa não tem reconhecimento decisório, e o novo matrimônio só é possível se as autoridades tiverem concedido o divórcio.

3.4 O conceito de família em igrejas de confissão cristã não católicas

Tratar sobre o conceito de família nas denominações cristãs não católicas é tarefa nada fácil, pois existem muitas ramificações e até mesmo dentro de uma mesma denominação pode não existir uma identidade doutrinária e moral uniforme, mesmo no que tange a temas mais centrais. A tudo isso somamos ainda a dificuldade de se encontrar um conjunto sistemático de doutrinas teológicas em muitas dessas igrejas.

Assim, tentando analisar sob um ponto de vista comum, essas denominações consideram que o casamento está subordinado à Bíblia, e, de modo geral, eles têm o matrimônio como uma instituição que formaliza a união entre um homem e uma mulher. Nas palavras de um

teólogo evangélico “o casamento é o contrato jurídico de uma união espiritual”.²⁴ Com exceção do divórcio, costumam admitir as leis civis no que tange ao matrimônio.

Sua origem é divina, e remonta ao gênese da humanidade. Jesus apenas o sancionou sem o elevar à categoria de sacramento, assim acredita a maior parte dos evangélicos. Deve ser celebrado segundo as leis do país, uma vez que não consta na Bíblia o rito necessário.

O casamento é monogâmico e, devido à natureza do próprio contrato natural estabelecido por Deus, indissolúvel. Entretanto, interpretam o Evangelho de Mateus (19, 9)²⁵ como uma permissão de Jesus em autorizar o divórcio somente em caso de infidelidade conjugal, tratando-se, portanto, de uma exceção.

Ficou célebre, nos primórdios da Reforma Protestante, o episódio de Henrique VIII, Rei da Inglaterra, que pretendia unir-se em matrimônio com Anne Boleyn, dama de corte da Rainha. Assim, após 18 anos de casamento com Catarina de Aragão, o monarca alega ter escrúpulos na consciência, pois esta era viúva de seu irmão Arthur, e desse primeiro enlace havia nascido uma menina, Maria. Solicita ao Papa Clemente VII seu divórcio. Contudo, o Pontífice não se inclina segundo os desejos reais. Seus conselheiros Thomas Cromwell e Thomas Cranmer (padre que havia se casado secretamente, na Alemanha, com a sobrinha de Osiander, e mesmo após isso havia aceitado “pastorear” a Diocese de Canterbury) alegaram a Henrique que, uma vez que o Papa se recusava a satisfazer seu desejo, cabia-lhe seguir o exemplo dos príncipes alemães; e recomendaram-lhe nomear-se Protetor e Chefe Supremo da Igreja e do Clero da Inglaterra. Diante da invariável firmeza de Clemente VII, Cranmer pronuncia o divórcio do Rei, e Henrique se casa com Anne Boleyn (1533). No ano seguinte, Clemente VII lança a Bula de excomunhão de Henrique VIII.²⁶

Também Calvino, em Genebra, asseverava que as Escrituras (Bíblia) eram a única regra para a fé, e terminou por aprovar o divórcio de Henrique VIII.²⁷

A este novo casamento com Anne Boleyn sucederam-se outros, ficando igualmente célebres as aventuras românticas e sangrentas do monarca inglês.²⁸

²⁴ PEARLMAN, M. Manual do ministro. São Paulo: Vida, 2005, p. 86.

²⁵ “Ora, eu vos declaro que todo aquele que rejeita sua mulher, exceto no caso de matrimônio falso, e desposa outra, comete adultério” (Mt 19,9a).

²⁶ CHANTREL J.. Histoire populaire des papes: Les Papes et le Protestantisme (XVI siècle). 2. ed. Paris: C. Dillet, 1865, v. XVIII, p. 199-202.

²⁷ CHANTREL J.. Histoire populaire des papes: Saint Pie V et Sixte-Quint. Paris: C. Dillet, 1862, v. XIX p. 18-20.

²⁸ Anne Boleyn o precedera no cadafalso, após ter dado uma filha a Henrique (que fora a

3.5 O matrimônio e a família, segundo a Igreja Católica

A Igreja Católica em seu ordenamento jurídico²⁹ define a aliança matrimonial como um consórcio de toda a vida entre varão e mulher, ordenado por sua mesma índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, elevado à dignidade de sacramento por Jesus Cristo, quando celebrado entre batizados. A causa eficiente do matrimônio é o consentimento não revogável das partes e dá-se livremente por pessoas juridicamente hábeis, algo que o poder humano não pode suplantar. As propriedades essenciais são a unidade e a indissolubilidade, sendo indissociáveis as funções unitiva e procriativa, ou seja, o matrimônio deve estar ordinariamente ordenado à fecundidade, isto é, à perpetuação da espécie. O matrimônio válido, entre batizados e consumado, só se dissolve pela morte de um dos cônjuges.

O divórcio não é admitido, sendo inválido o matrimônio se um ou ambos contraentes estão ligados por vínculo estabelecido em matrimônio anterior.

A Igreja admite a possibilidade da separação, seja por razões de adultério não compensado, seja por outra causa grave que impeça a convivência conjugal. Entretanto, essa separação não dissolve o vínculo, o que impede qualquer tentativa de matrimônio. Há, no entanto, um forte apelo ao perdão e à reconciliação.

3.5.1 Os casos de nulidade matrimonial na Igreja Católica

A Igreja não admite, como foi dito, a separação vincular dos matrimônios válidos, entre batizados e consumados. Entretanto, quando se fala de nulidade, trata-se de uma situação muito distinta, que não implica na dissolução do vínculo, mas na declaração de que nunca existiu.

Os fiéis têm o direito de recorrer aos tribunais eclesiásticos para pedir que seus matrimônios sejam objeto de julgamento quanto à

Rainha Elizabeth I), culpada de traição e infidelidade ao Rei. No dia seguinte à execução, Henrique “casava-se” com Jeanne Seymour, a qual morrera 17 meses depois, ao dar à luz a um menino que reinou sob o nome de Eduardo VI. O Monarca junta-se então com Anne de Cleves, a qual fora repudiada, sob o pretexto de que não era tão bela quanto o mostrava um quadro seu... A 5ª mulher de Henrique fora Catherine Howard, que fora decapitada após alguns meses, pois o Rei apenas suspeitara de sua fidelidade... Por fim, sua 6ª mulher, Catherine Parr, quase sofreu a mesma sorte, ao demonstrar algumas dúvidas em matéria religiosa. Cf. CHAN- TREL J.. *Histoire populaire des papes: Les Papes et le Protestantisme (XVI siècle)*. 2. ed. Paris: C. Dillet, 1865, v. XVIII, p. 203-206.

²⁹ Código de Direito Canônico, promulgado pelo Papa João Paulo II, em 1983. As referências a este Código são feitas neste trabalho com a abreviatura “c.,” que significa Cânon (assim denomina cada artigo), seguido do número correspondente.

validade. Sim, como no direito civil, há situações – *facti species* –, que tornam nulo um matrimônio.

Em recente documento, publicado no dia 15 de agosto de 2015, Francisco reformou o processo canônico das causas de nulidade matrimoniais por meio do Motu Proprio Mitis et misericors Iesus (para as Igrejas de Rito Oriental) e Mitis Iudex Dominus Iesus (para a Igreja Latina). O documento visa favorecer a agilidade nos processos “e não a nulidade dos matrimônios”, como expresso no próprio documento. As normas entraram em vigor no dia 8 de dezembro de 2015.³⁰

Em linhas gerais, pode-se enumerar em 25 ou 26 os *capita nullitatis* para a declaração de nulidade. Assim divididos:

Primeiramente, as falhas na forma canônica do matrimônio (c. 1108). Em seguida, as falhas no consentimento, por ser causa eficiente do matrimônio, seja quanto à razão teórica (c. 1095, 1º) ou quanto à razão prática (c. 1095, 2º), bem como a incapacidade de cumprir aquilo que prometeu – *in re matrimoniale* – por causas de natureza psíquica (c. 1095, 3º).

A esses três, soma-se a ignorância de que o matrimônio é consórcio permanente e ordenado à procriação (c. 1096) e o erro, seja sobre as propriedades do matrimônio (c. 1097 § 1), erro esse que somente vicia quando determina a vontade (c. 1099), seja a respeito da identidade (c. 1097, § 1) ou qualidade da pessoa com quem se casa, quando a qualidade se pretenda direta e principalmente (c. 1097 § 2), além do erro provocado de forma dolosa sobre uma qualidade do outro cônjuge, com o objetivo de obter o consentimento (c. 1098).

A simulação também invalida o matrimônio, seja total ou parcial (c. 1101, § 2), bem como o consentimento obtido por violência ou medo grave proveniente de causa externa (c. 1103). Por fim, há também um vício no consentimento da condição de futuro (c. 1102, 1) e a condição de passado ou de presente imposta e não cumprida (c. 1102, §2).

Por fim, os impedimentos são chamados, segundo o Direito vigente, dirimentes, alguns dos quais podem ser dispensados pela autoridade competente.

Com efeito, há uma idade mínima (c. 1083); são considerados incapazes os que sofrem impotência para o ato conjugal – impotentia coeundi – antecedente e perpétua, absoluta ou relativa (não é o caso, da impotência gerativa – a impotentia generandi [c. 1084]); aqueles que tenham vínculo matrimonial antecedente não dissolvido, nem

³⁰ FRANCISCO. Mitis et misericors Iesus (15 de agosto de 2015). Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-et-misericors-iesus.html>. Acesso em: 12 set. 2015.

declarado nulo (c. 1085); a disparidade de culto ou mista religião³¹ entre os nubentes (c. 1086); aqueles que tenham recebido as ordens sagradas (c. 1087) ou que tenham feito voto público perpétuo de castidade em um instituto religioso (c. 1088); o raptio (c. 1089) ou o crime, quando se trata de homicídio do cônjuge daquele com quem se pretende casar, ou de seu próprio cônjuge, para contrair matrimônio com uma determinada pessoa (c. 1090); alguns graus de consanguinidade (c. 1091) ou de afinidade (c. 1092), além do parentesco legal, por adoção (c. 1094) e, por fim, a falta de honestidade pública.³²

Há impedimentos dirimentes que nunca podem ser dispensados:

1 – De vínculo – o matrimônio validamente celebrado, entre batizados e consumado, nunca pode ser dissolvido, nem pelo Romano Pontífice (c. 1085); 2 – Consanguinidade ascendente ou descendente e entre irmãos, nunca pode ser dispensado (c. 1078, § 3);

3.5.2 Casos de dissolução do vínculo matrimonial não sacramental

Como foi dito, na Igreja Católica um matrimônio entre batizados, válido e consumado, não pode ser dissolvido por nenhuma autoridade, nem por causa alguma, salvo a morte de um dos cônjuges (c. 1141). Por outro lado, o matrimônio não consumado pode ser dissolvido, com causa justa, somente pelo Romano Pontífice (c. 1142).

Ademais, um matrimônio entre não batizados se dissolve pelo denominado privilégio paulino, em favor da Fé de uma parte que tenha recebido o Batismo, ao contrair esta parte um novo matrimônio, contanto que a parte não batizada se separe (c. 1143, 1).³³ Também um não batizado que tenha simultaneamente várias mulheres tampouco batizadas, ao ser batizado, na hipótese de lhe ser difícil permanecer com a primeira, pode ficar com qualquer das outras, apartando-se das demais. O mesmo vale para mulher nas mesmas condições. É o denominado privilégio petrino (c. 1148). E um não batizado, uma vez recebido o Batismo, se não pode restabelecer a coabitação com o outro cônjuge não batizado, por razão de perseguição ou cativoiro, pode

³¹ Disparidade de culto: existe entre duas pessoas, quando uma delas não foi batizada e a outra recebeu o Batismo na Igreja Católica ou se converteu a ela. Matrimônio misto: aquele realizado entre duas pessoas batizadas, uma das quais foi batizada na Igreja Católica ou nela recebeu depois do batismo, e outra pertencente a uma Igreja ou comunidade eclesial sem plena comunhão com a Igreja Católica.

³² Aqui se trata de um impedimento que surge de concubinato notório e público, com relação ao primeiro grau de linha direta entre o homem e os consanguíneos da mulher e vice-versa (c. 1093).

³³ A parte uma vez batizada, para contrair novo matrimônio válido, deve interpelar previamente à parte não batizada, a respeito de seu desejo de também receber o Batismo; por outra, se deseja ao menos conviver pacificamente sem ofender a Deus.

contrair novo matrimônio ainda que a outra parte tivesse recebido o Batismo (c. 1149).

3.6 O matrimônio e a família, segundo a Constituição Federal brasileira

O Brasil adota, em sua Carta Magna,³⁴ a família como base da sociedade, a qual dá especial proteção do Estado. A este propósito comenta Ives Gandra:

Tenho entendido, em vários escritos, que o mais relevante princípio da Constituição, depois do direito à vida, é a proteção à família. Assim não fosse, não teria o constituinte com particular ênfase declarado, no *caput* do artigo 226, que a família é a base da sociedade.³⁵

Apesar de a Carta Magna não afirmar de forma taxativa, interpreta-se que o casamento formalizado civilmente dá origem ao instituto familiar, mas também se admite como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, devendo-se facilitar sua conversão em casamento. Deve-se destacar também a igualdade de direitos e deveres do homem e a mulher em âmbito da família, e dos filhos, havidos ou não em casamento, ou adotivos, e a prioridade de garantias ao menor. Finalmente, o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.³⁶

A respeito do divórcio, a França foi o primeiro país a admiti-lo como lei civil, quando aprovou, em 1792, a secularização dos registros de nascimento, falecimento e matrimônios, assim como o divórcio efetivado de forma legal.³⁷

³⁴ Constituição Federal, cap. VII, redação dada por Emenda no. 65, de 2010.

³⁵ SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Família é aquela que perpetua sociedade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015.

³⁶ Emenda n. 66/2010.

³⁷ Cf. CONSTITUTION CIVILE DU CLERGÉ. In : CONSTANTIN, C. Dictionnaire de Théologie Catholique. Vol. III, Paris: Letouzey et Ané, 1911, Ière partie Clarke-Constantinople. col. 1.586-1.587. Leis complementares estatuíram que os bispos constitucionais (os demais bispos Católicos Romanos já estavam banidos da França) que resistissem ao casamento do clero, bem como os padres que se opusessem ao divórcio estavam sujeitos à deportação (decretos de 19 de julho e 12 de agosto de 1793). Cf. CONSTITUTION CIVILE DU CLERGÉ. In : CONSTANTIN, C. Dictionnaire de Théologie Catholique. Vol. III, Paris: Letouzey et Ané, 1911, col. 1.586-1.589.

3.6.1 Importantes aspectos constitucionais a respeito de matrimônio e a família

Vimos como a Constituição Federal define a família. Já o livro IV do Código Civil, “Do Direito de Família”, especifica e regula as normas da lei fundamental.³⁸

Sublinhou-se que a reforma constitucional de 1988 promulgou cinco princípios basilares da República Federativa do Brasil: dignidade da pessoa humana e igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres; pluralidade de opções para a formação da família; não discriminação dos filhos, não importando a origem; paternidade responsável; melhor interesse da criança.³⁹

O Código em forma expressa admite que “a família civil é aquela advinda do casamento” [...] “um negócio jurídico formal e solene ratificador da família desejada pelo Estado”.⁴⁰ E a define como comunhão plena de vida, estabelecida pelo casamento, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.⁴¹ Desta maneira, o casamento se realiza quando homem e mulher manifestam ante o juiz a vontade de estabelecer um vínculo conjugal.⁴² Na opinião da Professora Barroso, a família que surge do novo Código é muito mais que uma instituição, uma comunhão de afeto entre pessoas, e fica claro, ademais, que o casamento só existe entre homem e mulher.⁴³

O matrimônio exige a fidelidade recíproca e a vida em comum, como deveres de ambos os cônjuges.⁴⁴ É monogâmico, pois não podem contrair casamento válido as pessoas casadas.⁴⁵ E caracteriza o adultério como uma forma de impossibilidade da comunhão de vida.⁴⁶

O casamento é civil, mas, ao mesmo tempo, o casamento religioso se equipara ao civil e produzirá os mesmos efeitos, desde que cumpra as exigências da lei para sua validade, e anotado no registro próprio.⁴⁷ Fica evidenciada na codificação vigente a natureza mista do

³⁸ Cf. Novo Código Civil brasileiro, Lei 10.406/2002, que substitui o antigo Código de 1916.

³⁹ SUARES, Sônia B. Brandão. O Novo Estatuto Familiar: novidades e repetições. *In: O Novo Código Civil: comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, v. II, p. 1418-9.

⁴⁰ Cf. SUARES, Sônia B. Brandão. O Novo Estatuto Familiar: novidades e repetições. *In: O Novo Código Civil: comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, v. II, p. 1.424.

⁴¹ Cf. Art. 1.511 do Código Civil.

⁴² Cf. Art. 1.514 do Código Civil.

⁴³ Cf. SUARES, Sônia B. Brandão. O Novo Estatuto Familiar: novidades e repetições. *In: O Novo Código Civil: comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, v. II, p. 1.427.

⁴⁴ Cf. Art. 1.566 do Código Civil.

⁴⁵ Cf. Art. 1.521, inc. VI, do Código Civil.

⁴⁶ Cf. Art. 1.573 do Código Civil.

⁴⁷ Cf. Arts. 1.512 e 1.515.

matrimônio, também reconhecida pela Igreja Católica e outras religiões. O homem é um ser que tem ou pode ter crenças religiosas, que por sua própria índole abarcam todos os aspectos de sua vida, incluindo o matrimônio e a família, mas também é pessoa ante o Estado, no qual determinados vínculos religiosos têm efeitos na sociedade temporal segundo a lei. Neste sentido, a codificação canônica deixa os efeitos econômicos e patrimoniais do matrimônio para ser regulado na norma civil.⁴⁸

Podemos afirmar que a atual legislação continua, de acordo com os estudos feitos, a tradição herdada do Direito Romano, aperfeiçoada pela Igreja Católica, e seguida pelos modernos códigos das nações latinas, e em particular o de Portugal. Tradição que em suas linhas gerais recolhe o Código de 1916.

3.6.2 Inovações das posteriores reformas codiciais

Consideraremos, em homenagem à brevidade, como as inovações das posteriores reformas codiciais se apresentam no Código de 2002. O novo diploma civil admite a dissolução do vínculo por causa do divórcio – à diferença do casamento concebido como indissolúvel –, e a denominada união estável.

a) A lei prevê a separação judicial, a pedido de qualquer dos cônjuges, por motivos graves, por ruptura da vida em comum por mais de um ano, e quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento e após dois anos que tenha sido reconhecida de continuidade improvável. Por mútuo consentimento a separação judicial poderá pedir-se se forem casados por mais de um ano.⁴⁹ Decorrido um ano da separação judicial qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio; pode-se pedi-lo no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.⁵⁰

b) O Título III do Livro IV do corpo legal que estamos comentando trata da união estável.⁵¹ É reconhecida como entidade familiar; deve dar-se entre homem e mulher, ser pública, contínua e duradoura,

⁴⁸ Cf. Cânones 1.134 e seguintes, do Código de Direito Canônico.

⁴⁹ Cf. Arts. 1.572 e 1.574 do Código Civil

⁵⁰ Cf. Art. 1.580 do Código Civil.

⁵¹ Seus antecedentes são a Lei 8.971/94, que falava de “companheirismo” e não de “convivência duradoura” entre homem e mulher, e requeria a união comprovada por mais de cinco anos ou se dela tivesse filhos; e a Lei 9.278/96, que não impunha o prazo dos cinco anos, e mencionava que deveria ser duradoura, pública e contínua, entre homem e mulher, com objetivo de constituir família.

e ter por objetivo constituir família.⁵² Não poderá constituir-se no caso dos impedimentos previstos para o casamento, não se aplicando o inciso VI, ou seja, a pessoa casada pode constituir a união estável, estando separada judicialmente ou de fato.⁵³ A união estável poderá converter-se em casamento mediante pedido dos companheiros ao juiz, e assento no registro civil.⁵⁴ Enquanto aos deveres recíprocos são os inerentes ao matrimônio, excluindo a obrigatoriedade da coabitação, ou seja, da vida em comum no mesmo domicílio conjugal.⁵⁵

3.6.3 Breve análise da atual legislação brasileira em relação ao matrimônio e à família

Analisando a legislação brasileira, podemos concluir que o conceito de entidade familiar configura-se como uma comunhão plena de vida, entre um homem e uma mulher, em igualdade de direitos e obrigações, com alguma estabilidade, seja por meio do casamento ou da união estável. Não há dúvida de que tenha sido intenção do legislador procurar alguma estabilidade, pois ela parece ser-lhe indispensável a esse instituto para garantir a comunhão plena de vida e a educação dos filhos.

Sem embargo, por meio das diferentes reformas, pode-se advertir que a proteção jurídica dessa estabilidade tem minguado, e hoje fica sujeita à livre vontade das partes com mais facilidade que os contratos civis e comerciais. Está faltando ainda um sério estudo interdisciplinar, de juristas, médicos, psicólogos, educadores e pais de família, que analise em todos seus aspectos os benefícios obtidos e os danos ocasionados pelas reformas legislativas, a realidade afetiva dos vínculos familiares, e em particular aos menores, a quem a Constituição Federal protege de maneira tão especial.

Finalmente, não nos escapa que mais recentemente uma jurisprudência, que alguns admitem como vinculante, admitiu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, se bem não se pode dizer que tais decisões integram o corpo legislativo, nem tem, do ponto de vista democrático, a mesma força jurídica e moral que as leis sancionadas por aqueles que têm o mandato do povo.

Com efeito, Ives Gandra da Silva Martins assinalou que “a Suprema Corte outorgou-se o direito de substituir o Congresso Nacional e a Constituinte”; e “criou norma constitucional inexistente sem o

⁵² Cf. art. 1.723 do Código Civil.

⁵³ Cf. Art. 1.723, inc. I, do Código Civil.

⁵⁴ Cf. Art. 1.726 do Código Civil.

⁵⁵ Cf. Art. 1.726 do Código Civil.

processo das duas votações nas duas Casas com 3/5 de todos os segmentos do povo”. “Ainda em outros termos” – continua o ilustre jurista – “o Congresso Nacional eleito por 130 milhões de brasileiros e com poder de alterar a Constituição pelo voto de 3/5 de sua composição, em dois escrutínios, foi substituído por um colegiado de 11 pessoas eleitas por um homem só!”

Em sentido análogo se pronunciou o Prof. Lenio Streck:⁵⁶ “Isso é espaço para discussão do legislador, como se fez na Espanha e em Portugal. Lá, esse assunto foi discutido pelo Parlamento. O Judiciário, nesse ponto, não pode substituir o legislador”. Também, “inúmeros juristas têm tecido considerações de natureza jurídico-constitucional discordando de tal interpretação”.⁵⁷

Fica claro, pois, que a questão da união de pessoas do mesmo gênero, e a própria ideologia de gênero, é algo que se encontra saudavelmente em debate em nossa sociedade; e o debate sempre é saudável e permite adequadamente a participação cidadã na formação da lei. Talvez um plebiscito permitisse dar a esse debate a qualidade e a amplitude que merece, e dessa forma se conhecer o pensamento do povo brasileiro.⁵⁸

O mesmo autor supracitado também é de opinião de que “o Estado pode garantir direitos e obrigações. Pode dar-lhe status de uma união civil, de obrigações mútuas, mas não de família, aquela que constitui a base da sociedade capaz de gerar sua perpetuação”.⁵⁹ Contudo, argumenta que o “respeito à dignidade humana e a liberdade de união dos pares de homens e homens ou mulheres e mulheres é que não justifica que se considere que tais uniões sejam iguais àquelas constituídas por um homem e uma mulher”⁶⁰ e conclui afirmando que “são diferentes, jurídica e faticamente, sem que esta diferença represente qualquer ‘capitis diminutio’ na dignidade dos seres humanos, que optaram por uma união entre iguais”.⁶¹

⁵⁶ Entrevista ao jornal *O Estado de S. Paulo*, publicada em 6 de maio de 2011; citada pelo Prof. Ives Gandra no referido artigo.

⁵⁷ Cf. SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Família é aquela que perpetua sociedade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015.

⁵⁸ SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Família é aquela que perpetua sociedade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015..

⁵⁹ SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Família é aquela que perpetua sociedade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015..

⁶⁰ SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Família é aquela que perpetua sociedade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015..

⁶¹ SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Família é aquela que perpetua sociedade. Disponível em:

4 COLISÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E PRINCÍPIOS RELIGIOSOS

4.1 Síntese dos conceitos de matrimônio nas grandes religiões

Como se pode observar, em síntese, em todos os antigos povos, culturas e religiões, admitiam-se como práticas mais frequentes:

- 1 - matrimônio heterossexual;
- 2 – tendência à monogamia, admitindo com certa frequência a poligamia e, mesmo neste último, a escolha de uma esposa com certa primazia em relação às outras, mormente para estabelecer a linha sucessória principal;
- 3 - tendência à estabilidade do vínculo, mesmo admitindo a dissolução em alguns casos, exceção feita da Igreja Católica.

Estas três tendências principais são de algum modo admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, mesmo no que diz respeito à estabilidade, pois ao legislar a respeito da união de fato, denomina-a de união estável.

4.2 A liberdade religiosa: uma primeira resposta para evitar eventuais “colisões de princípios jurídicos e princípios religiosos”

Como se pode facilmente perceber, há pontos de convergência e divergência entre as concepções de matrimônio e família do Estado e da Igreja.

Entretanto, a Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso VI, estabelece: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”.

Daí se depreende que:

- 1 – É assegurada pelo Estado a liberdade de culto, de crença e de organização religiosa.

<<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015.

2 – Cabe ao Estado proteger os locais de culto e suas liturgias, ou seja, tutelar a organização interna e os atos de culto de cada instituição religiosa.

Portanto, há um princípio básico constitucional do nosso ordenamento jurídico que garante a todas as religiões a liberdade de crença, de consciência e de culto. No caso concreto da Igreja Católica, devido à sua singular situação jurídica internacional,⁶² em nosso país – como em muitos outros –, há Concordatas entre o Estado e a Sé Apostólica ou Santa Sé.

No caso do Brasil, originado ademais pela longa tradição de relações com a Igreja Católica, sendo também a religião majoritária, o Governo brasileiro promulgou um Acordo com a Santa Sé, no qual reafirma a separação da Igreja e do Estado, estabelecendo os critérios de mútua relação entre as partes, respeitada a Soberania Jurídica das Altas Partes, isto é, a Santa Sé ou a Igreja Católica, Apostólica, Romana, baseando-se nos Documentos do Concílio Vaticano II e no Código de Direito Canônico, e a República Federativa do Brasil, no seu ordenamento jurídico.⁶³

Ora, uma eventual intromissão do Estado em princípios religiosos faria com que ele deixasse de ser laico e passasse a ser um Estado religioso. Por outro lado, a Igreja não poderia proibir a existência – ainda que não consonante com sua doutrina –, de certos princípios laicos emanados pelo Estado. Entretanto, sem correr o risco de ferir os princípios da dignidade humana, a Igreja pode ter uma palavra a dizer ou ensinar, não uma verdade a impor.

4.3 Conflito se dá entre o direito natural e o direito positivo: uma tentativa de explicação para as eventuais colisões

O cânon 22 do Código de Direito Canônico, nas normas gerais, estabelece um importante instrumento de diálogo entre a legislação civil e a legislação eclesiástica:

As leis civis para que remete o direito da Igreja, observem-se no direito canônico com os mesmos efeitos desde que não sejam contrárias ao direito divino e a não ser que outra coisa se determine no direito canônico.

⁶² A autoridade suprema da Igreja Católica, a Santa Sé, tem personalidade pública de Direito Internacional.

⁶³ Este Acordo foi promulgado e é Constitucional, Decreto Legislativo n. 698/2009 c/c Decreto n. 7.107/2010.

Há o inegável respeito e um formal reconhecimento das normas civis, de modo especial ressaltando a expressão utilizada: “os mesmos efeitos”. Por outro lado, a afirmação seguinte poderia dar margem a um eventual conflito de competências: “desde que não sejam contrárias ao direito divino e a não ser que outra coisa se determine no direito canônico”.

Em alguns casos, costuma a Santa Sé, como veremos, dirimir uma eventual dificuldade por meio de Acordos e Concordatas. Contudo, o meio ordinário é o Estado que, por meio de sua legislação, confirma a independência de competências, a liberdade religiosa e o respeito à dignidade humana.

4.3.1 O direito natural e o direito positivo

Uma leitura ainda que superficial dos princípios que regem as normas religiosas e aquelas do Estado faz ressaltar que a eventual colisão, não somente possível, mas muitas vezes sempre presente entre o ordenamento jurídico civil e os princípios religiosos, encontra sua origem e a sua explicação na independência muitas vezes preconizada pelos teóricos do Direito Civil positivo, daqueles princípios do direito natural e da lei natural.

Para Tomás de Aquino há uma só lei, a lei eterna: a parte revelada é a lei divina; a outra, que fica esculpida na consciência dos seres racionais, é o direito natural. Abaixo delas, a lei positiva, que é aquela convertida em norma pelos homens e que não pode contrariar nem a lei natural, nem a lei divina, ou seja, a lei positiva seria uma transcrição, para entendimento dos homens, da lei eterna. Por isso o Doutor Angélico sustentava a possibilidade da resistência à lei iníqua, isto é, quando a lei positiva contrariar a lei natural, não deve ser obedecida.⁶⁴

Em recente artigo, Nalini recorda o princípio de que o “Estado de Direito é o Estado sob a lei”, sendo ademais “o parâmetro de comportamento da sociedade civilizada”. Contudo, o mesmo autor lamenta que a “a lei contemporânea foi perdendo a sua sacralidade”, seja porque ficou abundante, seja porque se afastou “daquele ideal de ser relação necessária extraída da natureza das coisas”.

Ora, esta afirmação, sem nenhum detrimento da força da lei positiva, nada mais é do que o reconhecimento de uma das fontes primárias e mais evidentes de toda e qualquer legislação: o direito natural.

⁶⁴ Cf. TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae* I-II, q. 94, a. 2. O mesmo conceito se encontra em II Sent., 42, 1, 4 ad 3.

Assim, depois de recordar um princípio clássico de que “todo direito positivo humano contém a natureza do direito na medida em que se origina do Direito Natural”, e que “se em algum ponto ele entrar em conflito com a lei da natureza, não será mais direito, e sim uma perversão do direito”, conclui o autor:

Não é difícil encontrar na República do Brasil de hoje algumas leis que entram em conflito com a lei da natureza.

Lei da natureza que é, obviamente, superior a qualquer outra. Parece refluir a ideia de que há limites jurídicos no direito em si e que os legisladores são legalmente vinculados ao direito supremo. O que aconteceu em relação à lei? Começou-se a duvidar da existência de princípios morais objetivos. [...] Vive-se a República da Hermenêutica, pois as interpretações são todas possíveis, desde que fundamentadas. Escolhe-se jurisprudência *à la carte* nos Tribunais brasileiros. E a lei, embora sempre citada, é um símbolo cada vez mais fluido, ambíguo e impreciso. Acabou-se o fetiche da lei.⁶⁵

5 ESTADO E IGREJA SÃO DETENTORES DE ORDENAMENTOS JURÍDICOS ORIGINÁRIOS E AUTÔNOMOS *IN ORDINE SUO*

A Igreja e o Estado são sociedades perfeitas não porque dentro delas tudo é perfeito; quer dizer, uma sociedade é perfeita, quando tem todos os elementos que uma sociedade deve ter. Uma e outra são sociedades soberanas. Nada é Estado sem ser soberano.

A expressão “Sociedade Jurídica Perfeita” já não se costuma utilizar com frequência atualmente. O Concílio Vaticano II emprega o termo “sociedade”, em geral, para referir-se à sociedade civil e à sociedade humana. Ao se referir à Igreja o faz enquanto sociedade hierarquicamente organizada. Apesar disso, a expressão “Sociedade Perfeita” se encontra nos documentos do Magistério. Preferimos utilizar, a expressão “Ordenamento Jurídico originário e autônomo” para evitar riscos de entender a complexa realidade da Igreja, evitando assim unilateralismos.

5.1 O Estado é uma sociedade com ordenamento jurídico originário e autônomo *in ordine suo*

O homem é sociável pela própria constituição de seu ser, é algo instintivo e, por isso mesmo, para atingir sua perfeição pessoal,

⁶⁵NALINI, José Renato. A lei, ora, a lei!. Disponível em: <<http://www.cotiatododia.com.br/a-lei-ora-a-lei/>>. Acesso em: 18 set. 2015.

necessita ele de viver em sociedade, coadjuvado por outros que lhe permitam viver em paz, com abundância de bens.⁶⁶

Segue-se que toda associação de homens, isto é, uma sociedade, pela própria natureza, exige um direito que, por sua vez, reclama uma organização jurídica, uma instituição, em suma, um Estado. E por Estado poderíamos adotar uma definição direta: “uma união estável de indivíduos e famílias, num determinado território, sob a mesma autoridade soberana, para a consecução de seus fins, ou seja, o bem comum”.⁶⁷

Desta acepção podemos destacar os elementos essenciais para a constituição do Estado:⁶⁸

– Povo e território: para a constituição de um Estado exige-se uma certa população sedentária, estável, com uma solidariedade biológica ou de afinidades⁶⁹ que convivam num determinado espaço físico, onde desenvolve sua existência. Em outras palavras, trata-se de uma população que abrange determinado espaço geográfico.

Considerando isso, delinea-se uma diferença fundamental entre a Igreja e o Estado, pois este se vincula a um território, enquanto aquela a uma corporação pessoal.

– *Soberania*: a convivência de vários indivíduos dentro de um mesmo território reclama, por sua vez, uma autoridade; a qual, para ser soberana, deve preencher alguns requisitos: no aspecto externo, uma independência com relação às outras sociedades; e no aspecto interno, uma institucionalização que exclua poderes pessoais incompatíveis com a organização estatal. Caso contrário, seria impossível unificar o poder.

Contudo, tal soberania possui alguns aspectos principais também:

⁶⁶ SUÁREZ; De Legibus, Livro III, Cap. 12, n. 8.

⁶⁷ LLANO CIFUENTES, Rafael. Relações entre a Igreja e o Estado: a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989, p.44.

⁶⁸ Cf. LLANO CIFUENTES, Rafael. Relações entre a Igreja e o Estado: a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989, p. 44-48.

⁶⁹ Na constituição de um Estado não se exige absolutamente uma integridade e uniformidade racial ou cultural. Basta tomar o Estado brasileiro como exemplo.

– o *poder impessoal*, o Estado não se fundamenta em um personalismo, mas em uma instituição;

– *poder limitado*, respeitando as margens assinaladas pela própria constituição.

– *bem comum social*: a realização do bem comum social é condição indispensável para a constituição de um Estado, pois, não sendo este apenas pura forma, mas uma instituição que visa a consecução de um determinado fim, deve ter como escopo o bem daqueles que se dignaram consentir na existência de uma soberania. E também neste ponto difere o Estado da Igreja, pois esta tem como finalidade um bem mais amplo que é o bem comum sobrenatural, o qual marca os contornos da finalidade do próprio Estado.

O Estado, então, possui uma soberania ao mesmo tempo plena e limitada, soberana e restrita. É também o equilíbrio entre um liberalismo absoluto e um voluntarismo totalitário. A sua missão, pois, consiste não em fazer, nem tampouco deixar fazer, mas sim ajudar a fazer, dentro dos próprios limites e do fim próprio.

E precisamente dentro desta autonomia acompanhada de limitações surge um ponto de harmonia do Estado com a Igreja, sendo também esta uma sociedade soberana e limitada, pois tudo o que pertence ao bem público temporal está, pela própria condição, fora do domínio direto da Igreja e, do mesmo modo, tudo o que se relaciona com o bem comum sobrenatural está fora do domínio do Estado, embora ambas as jurisdições devam auxiliar-se mutuamente para o progresso completo da sociedade.⁷⁰

5.2 A Igreja é uma sociedade com ordenamento jurídico originário e autônomo *in ordine suo*

Em sua existência bimilenar a Igreja sempre proclamou seu caráter de sociedade autônoma, isto é, independente do poder estatal. Deste modo, buscou-se um ordenamento jurídico mais adequado à sua identidade, dando-lhe suficiente coerência interna e efetiva independência com relação às influências externas.

Essa autonomia e capacidade de autogoverno são prerrogativas consideradas essenciais à natureza da Igreja. O que poderia ser delineado nos tópicos a seguir:

⁷⁰ LLANO CIFUENTES, Rafael. Relações entre a Igreja e o Estado: a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989, p. 58.

a) A Igreja é uma sociedade fundada diretamente por Deus e, por isso mesmo, goza de um direito próprio, um ordenamento jurídico originário que não deriva do direito de nenhuma outra sociedade ou transmissão do Estado. É uma sociedade independente.

b) Ela é, por sua vez, autossuficiente, basta-se a si mesma para coordenar as atividades de seus membros e atingir seu fim próprio: o bem comum sobrenatural e a santificação de seus fiéis.

c) Possui uma plenitude de jurisdição *in ordine suo*, ou seja, significa que no seu âmbito tem a Igreja um poder pleno e independente.

d) Desta maneira, a Igreja, bem como o Estado, é considerada uma sociedade jurídica perfeita, isto é, que possui um fim completo e supremo na sua própria ordem, que coordena soberanamente as ações de seus membros, e que dispõe de todos os meios para alcançar seu fim. Definição essa que não pode ser aplicada, por exemplo, às associações mercantis, partidos políticos, famílias, etc.

Por certo há de se considerar vantajosa essa definição, que põe em analogia o Estado e a Igreja; o que durante séculos foi adotado nos tratados de Direito Público Eclesiástico, bem como em diversos documentos pontifícios. Foi um método adequado para distinguir duas sociedades ao mesmo tempo equiparáveis e distintas, comparáveis no que tange à sua plenitude de poder e distintas quanto à natureza.

Contudo, a vantagem está ao passo de tornar-se perigosa se originar uma espécie de “estatificação” da Igreja, ou procurar estruturá-la como se fosse um “Estado mais espiritual”⁷¹ com as mesmas características do Estado, e considerar de modo hipertrofiado o poder jurisdicional.

A Igreja, então, apesar de ser uma sociedade visível, externa, e jurídica, é eminentemente espiritual, sem excluir os primeiros aspectos. A qualificação como sociedade jurídica perfeita vem muito a propósito para explicar um dos aspectos da Igreja, mas não abarca todo o alcance de sua identidade que, convenhamos, por ser sobretudo espiritual, ultrapassa os limites materiais e técnicos.

⁷¹ LLANO CIFUENTES, Rafael. Relações entre a Igreja e o Estado: a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989, p. 32.

6 A SINGULAR SITUAÇÃO JURÍDICA DA IGREJA CATÓLICA

6.1 É uma religião

6.1.1 A Igreja como sociedade e como povo de Deus

A Igreja é chamada pelo Apóstolo o Corpo místico do Deus encarnado, em comparação com o corpo natural do homem (Cf. Ef 1, 23). Ele é a cabeça, Ela o corpo; Ele o motor e o influxo, Ela a realizadora do bem; Ele o princípio da perfeição, Ela, embora perfeita na doutrina, caminha para a perfeição dos membros; Ele o governo e a autoridade, Ela protegida e ordenada; Ele o inigualável Fundador, Ela a magnífica fundação; Ele o escolhido das nações, Ela a sociedade dos homens eleitos, o Povo de Deus; Ele Deus e homem, Ela humana e divina, analogia perfeita do mistério da Encarnação.

Considerada como Povo de Deus, é uma sociedade cujos membros, unidos não mais pelos vínculos de parentesco ou nacionalidade, gozam da liberdade e dignidade de filhos de Deus, têm um fim comum que é o Reino dos Céus, e como lei o mandamento novo de amar uns aos outros como o próprio Cristo nos amou.⁷² E embora sejam de natureza essencialmente espiritual os vínculos sociais do Povo de Deus, ou seja, uma comunhão de afeto, entre irmãos (Cf. LG, 9), “deve ser também entendida como uma realidade orgânica, que requer uma forma jurídica”, ao mesmo tempo que é animada pela caridade. Por isso, o direito que deve regular e estruturar as relações desta sociedade é *sui generis*, o Direito Eclesiástico, isto é, a dimensão de justiça existente no mistério de salvação que é a Igreja; direito esse que, por muitas vezes se expressa em cânones, sendo também chamado de Direito Canônico.

6.1.2 A personalidade jurídica internacional da Igreja Católica

Conforme o que até o presente momento se explanou, e deixando de lado as várias escolas que tratam do assunto, cada um desses Sujeitos – Estado e Igreja – goza de subjetividade própria, cuja ação se poderia chamar de político-religiosa; e a figura que confere unidade nesta complexa e orgânica estrutura da Igreja é o Romano Pontífice, o Papa: Chefe Religioso e Chefe de Estado.

Na prática, isso pode ser objeto de conflito, mas a Igreja, ao longo de sua história bimilenar, tem delineado no seu ordenamento jurídico o próprio campo de ação em cada nível.

⁷² Cf. Constituição Dogmática: *Lumen Gentium*, n. 9, 21 nov 1964. AAS LVII (1965), p. 6-71. (Doravante simplesmente LG n.)

Como bem recorda Marcus Vinicius Brito de Macedo,⁷³ está baseada no cumprimento e no exercício dos deveres e funções de um sujeito de Direito Internacional, sendo os mais clássicos:

– *Ius legationis* – Direito de legação ativa e passiva. A Santa Sé mantém atualmente relações diplomáticas com 180 nações e, no caso do Brasil, já celebrou 180 anos.

– *Ius tractatum* – São convenções internacionais bilaterais e multilaterais.⁷⁴ Segundo a obra “Concordatos Vigentes”, que faz uma compilação mais específica no segundo milênio (desde 1098), somam-se cerca de 370.⁷⁵ Dentro do *Ius tractatum* temos as convenções internacionais, que se definem como tendo vários sujeitos de Direito Internacional.

– *Ius foedorum* – São intervenções dirigidas para solucionar pacificamente os conflitos internacionais, como bem recorda Brito de Macedo, que subdivide em “Bons ofícios” e “Medições ou Arbitragens”.⁷⁶ Assim, como o *Ius Tractatum* e o *Ius legationis*, a Santa Sé exerceu habitualmente este direito – de *ius foedorum* –, mesmo com a perda dos Estados Pontifícios, com a invasão garibaldina.⁷⁷

⁷³ BRITO DE MACEDO, Marcus Vinicius. La diplomacia pontificia como servicio petrino y su participación en la Organización de las Naciones Unidas. Città del Vaticano: Librerie Editrice Vaticana, 2010, p. 38-49.

⁷⁴ Com o Brasil, foram celebrados dois Acordos desde o Pacto de Latrão: Acordo entre a Santa Sé e a República Federativa do Brasil sobre a assistência religiosa às Forças Armadas (23 de outubro de 1989) e o Acordo entre a Santa Sé e a República Federativa do Brasil (11 de fevereiro de 2010).

⁷⁵ Cf. SALVADOR, C.C. Y.; MARTINEZ, J.G.. Concordatos vigente. Madrid, 1981, v. I e II. Ressaltamos o Acordo entre a Santa Sé e a República Federativa do Brasil (11 de fevereiro de 2010); todavia, um número considerável de Concordatas e Acordos foram feitos desde 1929. Para alguns exemplos mais expressivos entre Acordos e Concordatas acessar: <http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/index_concordati-accordi_po.htm>.

⁷⁶ BRITO DE MACEDO, Marcus Vinicius. La diplomacia pontificia como servicio petrino y su participación en la Organización de las Naciones Unidas. Città del Vaticano: Librerie Editrice Vaticana, 2010, p. 43-44.

⁷⁷ 1870 – Pio IX oferece seus préstimos para tentar impedir a guerra entre a França e a Alemanha; 1885 – Leão XIII concilia a Alemanha e a Espanha, a propósito da posse das Ilhas Carolinas; 1890 – Leão XIII intervém no conflito entre a Inglaterra e Portugal a respeito do Congo; 1891 – Portugal e Congo aquiescem com a mediação de Leão XIII, caso não pudessem, por si próprios, resolver o litígio de fronteiras; 1893 – O núncio apostólico em Lima se faz mediador num litígio que surge entre o Peru e o Equador; 1893-94 – O núncio apostólico em Paris intervém como mediador num conflito entre a França e a Espanha, relativamente a tarifas alfandegárias; 1894 – O governo da Venezuela pede a Leão XIII sua intervenção num conflito com a Grã-Bretanha; 1895 – Leão XIII aceita ser árbitro num conflito entre o Haiti e a República de São Domingos por razões de fronteiras; 1898 – Leão XIII é mediador no conflito entre a Espanha e os Estados Unidos da América; 1898-99 – A Rússia czarista convida o papa Leão XIII a participar a primeira conferência de Haia (infelizmente, neste caso, o governo italiano vetou a atuação da Igreja; 1905 – A Colômbia e o Peru, não podendo chegar a um acordo sobre questões de interesse bilateral, anuem com a arbitragem da Santa Sé; 1909-10 – Monsenhor Tontie e monsenhor Bavona presidem tribunais destinados a estabelecer a cota das indenizações devidas a cidadãos do Brasil, da Bolívia e do Peru; 1917 – Bento XV envia uma nota de paz aos

6.2 A sede principal fica numa Cidade-Estado

A Cidade-Estado do Vaticano é um Estado independente, com população própria e com uma forma de governo análoga a uma monarquia eletiva, sem divisão de poderes, pois o Romano Pontífice detém os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas na prática com divisão de funções exercidas por meio dos órgãos competentes. Tem um governo civil, um Governador nomeado pelo Papa, com tribunal próprio, conforme o documento “Le sollicitudini crescenti”, do papa João Paulo II.⁷⁸ A Cidade-Estado coopera de modo conexo com o Romano Pontífice, em seu ofício a nível internacional, sobretudo quando se faz necessária uma soberania de tipo territorial.

Junto às Nações Unidas – ONU –, a Santa Sé, para não ferir os princípios da universalidade de sua Missão, fica à margem, como membro observador, muito embora tivesse pleno direito de ser Estado-Membro, como recorda a sua identidade utilizada neste organismo internacional: Santa Sé (Estado do Vaticano).

6.2.1 Breve histórico dos Estados Pontifícios - Do Edito de Milão (Séc. IV) à Unificação Italiana (Séc. XIX)

No ano de 313, os imperadores Constantino e Licínio promulgaram o famoso Edito de Milão, com o qual era garantida à Igreja Católica a plena liberdade religiosa.

Anos mais tarde, tal edito fora ainda definitivamente consagrado quando o Imperador Teodósio I, o Grande, proclamou o Cristianismo como religião oficial do Império, pela constituição *Cunctos populos* (380),⁷⁹ permitindo à Igreja um empuxe apostólico sem precedentes, além de permitir-lhe evoluir e dar grandes passos em suas instituições e organização.

Já em 568, os lombardos haviam invadido o Norte da Itália. Contudo, não lograram conquistar Ravena e a Pentápole, pertencentes ao

Estados beligerantes quando da primeira guerra mundial; 1920 – O Haiti e São Domingos concordam em requerer a mediação e a arbitragem do papa Bento XV para solucionar o conflito de fronteiras entre os dois países; 1939-1945 – Pio XII, mais de uma vez, levanta a voz para pedir paz e tentar, assim, evitar a guerra iminente; 1978-79 – A Argentina e o Chile recorrem à mediação da Santa Sé, em favor da resolução do problema do Canal de Beagle. (Cf. BRITO DE MACEDO, Marcus Vinicius. *La diplomacia pontificia como servicio petriño y su participación en la Organización de las Naciones Unidas*. Città del Vaticano: Librerie Editrice Vaticana, 2010, p. 43-44). Entre 2003 e 2004, João Paulo II pede que americanos deixem de bombardear o Iraque e, em 2006, Bento XVI pede cessar-fogo entre Israel e Líbano. Mais recentemente, em 2014, Francisco promove restabelecimento nas relações diplomáticas entre Estados Unidos e Cuba.

⁷⁸ JOÃO PAULO II. *Le sollicitudini crescenti*. AAS, n. 76, p. 495-496, 1984, p. 495-496.

⁷⁹ ORLANDIS, José. *El Pontificado Romano en la Historia*. Madrid: Palabra, 1996, p. 45.

Império Romano do Oriente. Com o crescimento das invasões bárbaras e do caos, os romanos – sem apoio do Império Romano do Oriente⁸⁰ – voltaram-se naturalmente para os papas, que passaram a organizar a defesa, e foram se tornando aos poucos os chefes naturais ou efetivos, se bem que ainda não oficiais.⁸¹

Em 752, Astolfo, rei lombardo, invade estas cidades e ameaça Roma. O Papa Estêvão II, sem socorros por parte do Imperador do Oriente, decide voltar-se para os francos, cujo chefe era Pepino, o Breve. O Papa se apresenta a Pepino, acompanhado por seu clero, levando cinzas e cilício, para conjurar ao rei que libertasse a Santa Sé e Roma da ameaça dos lombardos.⁸²

Pepino promete ao Papa e a seus sucessores que, caso ele conquistasse aos lombardos o Latium, a Emília, a Romagna, a Marca, a Toscana e uma boa parte da Campanha (portanto, praticamente 1/3 da Itália) ele entregaria todos esses territórios à Santa Sé.⁸³ Com isso, contava o rei colocar o Papa e Roma ao abrigo das constantes invasões lombardas.⁸⁴

Note-se que, na promessa de Pepino, o Breve, ao Papa Estêvão II, o rei franco promete restituir ao Papa os territórios conquistados aos lombardos e não ao Imperador do Império Romano do Oriente, mesmo se parte desses territórios pertenceu outrora ao Império do Oriente (Exarcado de Ravena e a Pentápolis). Aos legados do Imperador Constantino Coprônimo, que ofereceram preciosos presentes em troca da restituição dos territórios conquistados aos lombardos, respondeu Pepino: “Os francos derramaram o seu sangue não pelos gregos, mas

⁸⁰ Até mesmo, por volta de 732, o governo bizantino havia criado o Ducado de Roma (submisso ao Império Romano do Oriente), e confiado ao Papa o governo legítimo. Cf. RUGGERI, Fausto et al. *Il Grande Dizionario dei Papi*. Milano: Federico Motta, 2006, p. 155.

⁸¹ Cf. BOULENGER. *Histoire Abrégée de L'Église*. Strasbourg: Expéditions Pamphiliennes, 2012.

⁸² Cf. CHANTREL J.. *Histoire Populaire des Papes: Saint Léon III et la Royauté Pontificale* (VIIIème siècle). 2. ed. Paris: C. Dillet, 1863, v. VII, p. 131-132.

⁸³ Esta promessa que Pepino deitara por escrito, com o documento *Promissio Carisiaca*, é considerada como sendo a ata de fundação dos Estados Pontifícios, que perdurariam por 11 séculos, até 1870. (Cf. ORLANDIS, José. *El Pontificado Romano en la Historia*. Madrid: Palabra, 1996, p. 88).

⁸⁴ Em 1840, fora encontrado numa biblioteca, por um paleógrafo italiano, Carlo Troya, um manuscrito autêntico do pacto: “Pacto de aliança concluído com o Papa Estêvão, pelo Rei Pepino, em Carisiacum (Quierzy-sur-Oise) com o consentimento de todos os Abades, Duques e Condes Francos. Se o Senhor nosso Deus nos tornar vitoriosos contra a nação e o reino dos Lombardos, nós concederemos a vós, Bem-aventurado Pedro, príncipe dos Apóstolos e aos Papas vossos Vigários, para todo o sempre [...]”. Cf. GORBY, Ivan. *Dictionnaire des Papes*. Paris: Pygmalion, 2008, p. 149.

por São Pedro e pela salvação das almas; não há tesouro no mundo capaz de me fazer faltar à minha palavra”.⁸⁵

Mais tarde – durante o pontificado de Adriano I (772-795) – o rei dos francos, Carlos Magno, acorrerá a Roma para, uma vez mais, proteger o Papa de uma invasão lombarda, e confirmará a doação que seu pai, Pepino o Breve, fizera à Santa Sé. Carlos ordena a seu capelão que componha uma ata de doação ao Pontífice. Será uma doação ainda mais acrescida e considerável do que a que fizera seu pai. Com esta dádiva Carlos assegurava “para sempre” à Santa Sé o Exarcado de Ravena, a ilha da Córsega, as Províncias de Mântua, Parma, Veneza e da Ístria, com os Ducados de Espoleto e do Benevento. No documento, Carlos coloca suas iniciais (seu monograma), e pede a todos os Bispos, Abades e Condes que o acompanhavam que também o assinem; após isso, ele deposita a ata sobre o altar de São Pedro, em seguida no túmulo do primeiro Papa, e jura, com todos os chefes francos, de conservar para a Santa Sé estes territórios que eram restituídos ao Papa.⁸⁶

Com este acordo, mais da terça parte da Itália passaria a constituir o *Patrimonium Petri*. Três exemplares da ata de doação foram compostos: dois são deixados no túmulo de São Pedro, e o terceiro é levado para a França, com o rei. A partir deste momento, a chancelaria pontifícia deixou de datar os documentos segundo os anos do Imperador de Constantinopla.⁸⁷

Com o tempo, o Império procurou imiscuir-se no domínio espiritual, a tal ponto que o Imperador do Sacro Império Romano Alemão, Othon I, prescreveu (963) que nenhum Papa pudesse ser eleito se não fosse confirmado pelo próprio Imperador... Desvencilhando-se da tutela imperial, o Monge Hildebrando (futuro Papa Gregório VII, 1073-1085), conselheiro do Papa Nicolau II, consegue independentizar a Igreja, regulamentando⁸⁸ a eleição pontifícia, que é doravante reservada unicamente aos cardeais, que teriam de se reunir a sós (1059). Tais medidas suscitarão um dos mais graves conflitos nas relações entre a Igreja e o Império, o qual se refletirá largamente pela Idade Média.

Com a ida do Papa e da Corte Pontifícia para a cidade de Avignon (1305-1378) outros territórios serão agregados à Santa Sé: a cidade de Avignon e o Condado do Venaissin. Estes territórios integrarão os Estados Pontifícios até a Revolução Francesa, que os reincorporará à

⁸⁵ Cf. ROMAG, Dagoberto. *Compêndio da História da Igreja: a Idade Média*. Petrópolis: Vozes, 1940, v. II, p. 44.

⁸⁶ Cf. CHANTREL J.. *Histoire Populaire des Papes: Saint Léon III et la Royauté Pontificale (VIIIème siècle)*. 2. ed. Paris: C. Dillet, 1863, v. VII, p. 168-169.

⁸⁷ Cf. PAREDE, Javier; BARRIO, Maximiliano; RAMOS-LISSÓN, Domingo; SUÁREZ, Luis. *Diccionario de los Papas y Concilios*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 103.

⁸⁸ Decreto *In Nomine Domini*, do Papa Nicolau II.

França, a qual, sob o comando do então General Bonaparte, ocupará ainda outras partes dos Estados Pontifícios na península italiana.

Assim mesmo, estes Estados conhecerão certa prosperidade, de tal forma que pelo século XV eles constituirão um dos mais vastos estados da Itália, e do ponto de vista econômico eram considerados autossuficientes.

No século XIX, durante a Unificação Italiana, os Estados Pontifícios serão definitivamente perdidos pela Santa Sé (1870), e anexados ao Reino da Itália.

6.2.1.1 A criação da Cidade-Estado do Vaticano com o Tratado de Latrão (1929)

Desde o Tratado de Latrão⁸⁹ (11/02/1929), a Igreja goza de um reconhecimento internacional nesse diminuto território: a Cidade-Estado do Vaticano, o qual assegura à Santa Sé uma absoluta e visível soberania e independência, inclusive no domínio internacional.

Trata-se de uma superfície de aproximadamente 40 hectares, e povoado por umas 900 almas. O Estado do Vaticano situa-se dentro da superfície urbana de Roma (com exceção de Castelgandolfo). Sua língua oficial é o latim e o italiano, tem por divisa monetária o Euro, e sua economia se baseia mormente em atividades turísticas, entre outras. Em estreita relação com o país que a rodeia por todos os lados (Itália), possui sua própria estação ferroviária, sua bandeira, serviços postais e telegráficos, serviços bancários, estação de rádio e de televisão, seu próprio corpo de exército (Guarda Suíça e Gendarmeria Pontificia) e seus tribunais.⁹⁰

Em suma, assim como o exprimiu o Papa Pio XI, em sua alocução *Il nostro più cordiale* aos párocos e pregadores, acerca do território da Cidade-Estado do Vaticano, no mesmo dia em que firmou o Tratado de Latrão: “São Francisco de Assis dizia não querer senão a porção de carne suficiente para reter a alma; Nós, também, apenas quisemos a porção de território suficiente para conter Nossa Soberania”.⁹¹

⁸⁹ Assinado pelo Secretário de Estado Gasparri e Benito Mussolini – após as comoções do século XIX – este Tratado estatuiu essencialmente que “A Santa Sé reconhece o Reino da Itália, sob a dinastia da Casa de Saboia, tendo Roma por capital do Estado Italiano. Por sua parte, a Itália reconhece o Estado da Cidade do Vaticano sob a soberania do Pontífice Romano”. Este novo estado que nascia foi aos poucos reconhecido pelas potências internacionais. (Cf. GORBY, Ivan. *Dictionnaire des Papes*. Paris: Pygmalion, 2008, p. 437).

⁹⁰ RUGGERI, Fausto et al. *Il Grande Dizionario dei Papi*. Milano: Federico Motta, 2006, p. 156-165.

⁹¹ *In terzo luogo volevamo mostrare in un modo perentorio che nessuna cupidità terrena muove il Vicario di Gesù Cristo, ma soltanto la coscienza di ciò che non è possibile non chiedere; perché una qualche sovranità territoriale è condizione universalmente riconosciuta*

Considerado para efeitos morais, o Tratado de Latrão foi de enorme vantagem. Assim, todas as nações contemporâneas passam a reconhecer a soberania do território Vaticano, de direito público internacional, com a mesma clareza que a das mais poderosas nações.

6.3 Asuprema autoridade da Igreja é a Santa Sé - personalidade pública de Direito Internacional

A história da criação dos Estados Pontifícios, hoje Cidade-Estado do Vaticano, quase se confunde com a própria história da Santa Sé ou Sé Apostólica. Entretanto, são coisas distintas.

A Cidade-Estado do Vaticano é um território, enquanto a Santa Sé ou Sé Apostólica é um ente, também com personalidade jurídica de Direito Público internacional.

Ora, dentro do Território Estado do Vaticano, a Santa Sé, constituída pelo Papa, conhecido também como Romano Pontífice, e pela Cúria Romana, com os seus variados organismos,⁹² é pessoa jurídica de Direito Público Internacional, com capacidade ativa e passiva para receber embaixadores, sendo que os seus são conhecidos como Núncios Apostólicos. Acresce que o Papa retorna, depois da unificação italiana, a ter um território (Cidade-Estado do Vaticano), onde exerce em sua liberdade e inteira autonomia a administração dos negócios da Igreja. Conclusão, perdido o território, não perderia, como nunca perdeu, este caráter de personalidade jurídica de Direito Público Internacional.

Enquanto ente com personalidade jurídica de Direito Público Internacional, a Santa Sé, além da legação passiva e ativa, tem capacidade para celebrar acordos e concordatas, como de fato tem feito ao longo de toda a sua história, além de conhecidas mediações e arbitragens.

indispensabile ad ogni vera sovranità giurisdizionale: dunque almeno quel tanto di territorio che basti come supporto della sovranità stessa; quel tanto di territorio, senza del quale questa non potrebbe sussistere, perché non avrebbe dove poggiare. Ci pare insomma di vedere le cose al punto in cui erano in San Francesco benedetto: quel tanto di corpo che bastava per tenersi unita l'anima. Così per altri Santi: il corpo ridotto al puro necessario per servire all'anima e per continuare la vita umana, e colla vital'azione benefica. Sarà chiaro, speriamo, a tutti, che il Sommo Pontefice proprio non ha se non quel tanto di territorio materiale che è indispensabile per l'esercizio di un potere spirituale affidato ad uomini in beneficio di uomini; non esitiamo a dire che Ci compiaciamo che le cose stiano così; Ci compiaciamo di vedere il materiale terreno ridotto a così minimi termini da potersi e doversi anche esso considerare spiritualizzato dall'immensa, sublime e veramente divina spiritualità che esso è destinato a sorreggere ed a servire. (Cf. PIO XI. Alocução: Il nostro più cordiale. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/pius-xi/it/speeches/documents/hf_p-xi_spe_19290211_piu-cordiale.html>. Acesso em: 10 set. 2015).

⁹² Cf. C. 351 do CIC/83.

6.3.1 A Santa Sé antes da Unificação Italiana, quando havia os Estados Pontifícios

Antes de 1870, comenta Bruno Esposito, era fora de discussão ser a Santa Sé sujeito da Comunidade Internacional e ser o Papa Chefe de Estado, o Soberano dos Estados Pontifícios. O Congresso de Viena, em 1815, estabelece inclusive a precedência diplomática, fazendo com que os Núncios⁹³ sejam os Decanos do Corpo Diplomático.⁹⁴

Nessa época, era fácil distinguir as duas funções do Papa:

- 1 – Chefe Supremo da Igreja Católica, que é a função espiritual;
- 2 – Soberano dos Estados Pontifícios, que era a função temporal.

Alguns autores consideravam que o sujeito de Direito Público internacional era o Estado Pontifício, cujo soberano era o Papa.⁹⁵

6.3.2 A Santa Sé no período de transição, depois da Unificação Italiana

É ainda Bruno Esposito quem comenta que, apesar de não possuir os Estados Pontifícios, uma vez que foram anexados ao Reino da Itália, a Santa Sé continuava sem dúvida com presença e influência no ordenamento internacional, muito embora tivesse perdido os seus territórios.⁹⁶

Há uma divisão entre os autores no que diz respeito ao *status* da Santa Sé, depois que perdeu os Estados Pontifícios:

a) Há quem diga que o Papa permaneceu Chefe da Igreja Católica, mas, não tendo mais um território, não seria mais Chefe de Estado e, portanto, não poderia ter relações com outros Chefes de Estado.⁹⁷

b) Há outros que admitem uma situação intermediária, pois partem do princípio de que a Igreja mantém a personalidade jurídica

⁹³ Os Embaixadores da Santa Sé são chamados de Núncios Apostólicos.

⁹⁴ ESPOSITO, Bruno. Il rapporto del Codice di diritto canonico latino con il diritto internazionale: Commento sistematico-esegetico al can. 3 del CIC/83. Revista Angelicum, n.83, p. 410-411, 2006..

⁹⁵ Cf. ANZILOTTI, Dionisio. Corso di diritto internazionale. Padova: Cedam, 1928, v. I, p. 129.

⁹⁶ Cf. ESPOSITO, Bruno. Il rapporto del Codice di diritto canonico latino con il diritto internazionale: Commento sistematico-esegetico al can. 3 del CIC/83. Revista Angelicum, n.83, p. 411, 2006.

⁹⁷ Cf. V. ARANGIO-RUIZ, V.. Sulla personalità internazionale della Santa Sede. Rivista di Diritto Pubbico, n. 1, 117-142, 1925.

internacional, tendo ou não territórios. De fato, a Igreja manteve a legação diplomática com os Estados, passiva e ativa.⁹⁸ Com efeito, antes do Tratado de Latrão de 1929, vigorava a Legge delle Guarentigie, de 13 de maio de 1871, com o recém-formado Reino da Itália, com 20 artigos, garantindo a inviolabilidade da pessoa do Romano Pontífice, conferindo-lhe as honras de soberano, de um Chefe de Estado estrangeiro, e penalizando, em caso de atentado, com as mesmas penas impostas àqueles que atentassem contra a pessoa do Rei da Itália.⁹⁹

c) Uma corrente próxima da anterior afirma que conservou a personalidade jurídica, tanto mais que preservou um pequeno território, a città Leonina.¹⁰⁰

6.3.3 A Santa Sé, a partir do Tratado de Latrão (1929)

No dia 7 de junho de 1929, com a criação da Cidade Estado do Vaticano, termina a querela jurídica internacional, conhecida como “Questão Romana”.

A partir de então, temos quatro sujeitos com subjetividade jurídica internacional e atributos próprios:

a) A Igreja Católica – Religião fundada por Jesus Cristo, tendo como fundamento Pedro e os Apóstolos, sendo seus sucessores o Papa e o Colégio Universal dos Bispos;

b) A Santa Sé – O c. 361 assim a define: “Com o nome de Sé Apostólica ou Santa Sé designam-se neste Código não só o Romano Pontífice, mas ainda, a não ser que por natureza das coisas ou do contexto outra coisa se deduza, a Secretaria de Estado, o Conselho para os Negócios Públicos da Igreja, e os demais Organismos da Cúria Romana”. Este é um ente de Personalidade de Direito Público Internacional, com capacidade ativa e passiva de legação diplomática.

c) O Romano Pontífice, o Papa, enquanto Suprema autoridade da Igreja, tem os seus atributos e finalidade regulados pelo Direito Canônico. Exerce sua autoridade direta sobre cada um dos membros da Igreja, que são os batizados. Governa a Igreja em comunhão com o Colégio Universal dos Bispos, tendo a Cúria Romana como estrutura mais direta deste governo espiritual, sendo os seus colaboradores mais próximos o Colégio Cardinalício.

⁹⁸ Cf. ANZILOTTI, Dionisio. Corso di diritto internazionale. Padova: Cedam, 1928, v. I, p. 127-136.

⁹⁹ Ver: <http://www.academia.edu/1741159/1871_Legge_delle_Guarentigie>

¹⁰⁰ Cf. LINGUA, G. La posizione giuridica e l'apporto della Santa Sede nelle Conferenze di Codificazione del Diritto Diplomatico. Roma: Diss. P.U.L., 1992, p. 19.

Enquanto Soberano da Cidade Estado do Vaticano é Chefe de Estado.

d) A Cidade-Estado do Vaticano – Pequeno Estado, onde o Papa reside e desde onde exerce sua soberania, conforme comentado acima.

7 RELAÇÃO DO DIREITO CANÔNICO COM O DIREITO CIVIL EM MATÉRIA DE DIREITO MATRIMONIAL

7.1 Como a Igreja, no seu ordenamento jurídico, costuma tratar os casos conflitantes com o direito civil nas causas matrimoniais

a) A Igreja determina que não sejam assistidos sem licença do Ordinário do lugar, exceto *casu necessitatis*, matrimônios que não possam ser reconhecidos ou celebrados civilmente (c. 1071, 2º), bem como daqueles que tenham obrigações naturais originárias de união precedente (c. 1071, 3º);

b) Casamento do menor, quando não tem o conhecimento ou é contra a vontade razoável dos pais (c. 1071, 6º), mesmo estabelecendo a idade núbio para os homens em 16 anos e, para as mulheres, em 14 anos (c. 1083, § 1);

c) Há também a recomendação de afastar por meio de admoestações aos jovens de contrair o matrimônio antes da idade costumeira de cada região (c. 1072).

7.2 Casos em que a Igreja “canoniza” ou recebe uma norma civil em seu ordenamento jurídico, nas causas matrimoniais

1 – Nos casos de promessas de matrimônio ou esponsais, são regidos pelas normas da Conferência Episcopal, tendo em conta aos costumes e leis civis. (c. 1062 § 1);

2 – Não podem contrair validamente o matrimônio aqueles que estejam ligados entre si por vínculos de parentesco legal surgido por vias de adoção, em linha direta e em segundo grau colateral (c. 1094), e à adoção, a Igreja remete ao direito civil (c. 110);

3 – Para os casos de matrimônio por procuração, pode ser feito por meio de documento autêntico, de acordo com o direito civil (c. 1105 § 2);

4 – Em casos de adultério não compensado, é lícita a separação, temporária ou não. Esta separação pode ser feita por meio de recurso interposto junto à autoridade civil, ou seja, o divórcio civil, sem a

dissolução vincular. Bem entendido, que o Código incentiva com empenho ao perdão do adúltero, presumindo inclusive este perdão, continuada a convivência durante seis meses sem haver recorrido à autoridade eclesiástica ou civil (c. 1152 § 2);

5 – A autoridade eclesiástica competente pode conceder, em casos especiais, sendo provável que as partes queiram perseverar na vida conjugal, por meio de decreto, a sanação radical – *sanatio in radice* –, a casamentos entre batizados, ou entre um batizado e outro não batizado, em que se tenha dado validamente o consentimento somente segundo a forma civil, desde que o consentimento continue e não haja nenhum impedimento do direito natural ou divino, segundo as normas canônicas (cc. 1161, 1163).

8 O ACORDO BRASIL SANTA SÉ: DECISIVO INSTRUMENTO PARA DIRIMIR EVENTUAIS “COLISÕES DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E PRINCÍPIOS RELIGIOSOS”

Este Acordo foi promulgado e é Constitucional, conforme Decreto Legislativo n. 698/2009 c/c Decreto n. 7.107/2010.

Assim, no artigo 2º, determina-se: “República Federativa do Brasil, com fundamento no direito de liberdade religiosa, reconhece à Igreja Católica o direito de desempenhar a sua missão apostólica, garantindo o exercício público de suas atividades, observado o ordenamento jurídico brasileiro”.

Ora, reconhecer o direito de desempenhar a sua missão apostólica e garantir o exercício público das atividades da Igreja Católica significa obviamente garantir e respeitar sua disciplina interna, que se baseia fundamentalmente no Código de Direito Canônico, e também em outras leis eclesiásticas – recorde-se o artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal. Há, portanto, um mútuo respeito entre as Altas Partes, com relação aos respectivos ordenamentos jurídicos.

Como foi dito, o ordenamento jurídico da Igreja Católica se encontra estruturado fundamentalmente no Código de Direito Canônico (CDC), promulgado em 1983, em que se determinam os direitos e deveres tanto das autoridades eclesiásticas como dos fiéis católicos; e sua organização e disciplina interna. O CDC se divide segundo as matérias em Livros, Partes e Seções, e cada Artigo se denomina “Cânon”.

8.1 Exemplos da mútua relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o ordenamento canônico

– A Igreja remete em algumas matérias às leis civis (c. 22): *v.g.*, constituição dos tutores e os seus poderes (c. 98 § 2); adoções (c. 110); prescrições (c. 197); esponsais, ou promessas de matrimônio (c. 1062 § 1); administração de bens (c. 1284 § 2, 3); contratos (1290); composição e arbítrio, para evitar contendas jurídicas (cc. 1714, 1716, §1).

– Por outro lado, o Estado brasileiro reconhece as leis canônicas em diversos casos, como o valor civil do matrimônio religioso (artigo 12º do Acordo). Reconhece, outrossim, a homologação das sentenças eclesiásticas em matéria matrimonial, nos termos da legislação sobre homologação de sentenças estrangeiras (artigo 12º do Acordo, § 1º). Em relação ao Serviço Militar obrigatório, estabelece-se isenção para eclesiásticos, ficando sujeitos a “outros encargos que a lei lhes atribuir” (artigo 143º da Constituição Federal).

O mesmo Acordo, ao reafirmar a personalidade jurídica da Igreja Católica e de todas as suas instituições eclesiásticas, em seu artigo 3º enumera entre elas a Diocese, ordinariamente registrada nos Cartórios como Mitra Diocesana, governada pelo Bispo, segundo o Direito Canônico, com tribunal judicial próprio.

8.2 Algumas conclusões práticas desse Acordo

8.2.1 A respeito da autoridade na Igreja

Neste sentido deve-se considerar que a Igreja, em geral, e a Diocese, em particular, têm suas autoridades próprias, com faculdade de ditar leis, aplicá-las, guardar a disciplina interna, assim como ter seus próprios tribunais. Julgam sobre as demandas das pessoas físicas e jurídicas, sobre os delitos e as penas correspondentes; e têm recursos administrativos ante o superior hierárquico, em controvérsias provenientes dos atos de autoridade (c. 1400).

As Dioceses têm seu território próprio, onde o Bispo exerce sua autoridade, e a elas estão submetidos os batizados que residem e têm domicílio nesse território (cc. 369; 372, § 1; 375; 381, § 1).

Pertencem à Igreja Católica os batizados nela; pelo batismo são constituídas pessoas, com seus direitos e deveres (c. 96), que estão submetidas às leis e autoridades referidas anteriormente (c. 11), e são também chamadas de fiéis (c. 204).

8.2.2 Aspectos codiciais do Acordo relacionados com o matrimônio

O Acordo reafirma, em seu artigo 12, aquilo que é constitucionalmente definido quanto aos efeitos civis do matrimônio religioso, desde que cumpridos os requisitos legais:

O casamento celebrado em conformidade com as leis canônicas, que atender também às exigências estabelecidas pelo direito brasileiro para contrair o casamento, produz os efeitos civis, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Portanto, não há nenhuma novidade, uma vez que o Código Civil brasileiro já previa estes efeitos, nos seus artigos 1.515 e 1.516, em conformidade com o § 2º do 226 artigo da Constituição Federal, que diz: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” [...]; “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”.

Comentando o artigo 226, Ives Gandra chega à conclusão que “sem família, não há Estado e, por esta razão, o Estado deve dar especial proteção à família”.¹⁰¹

8.2.2.1 Um perfeito exemplo de maturidade jurídica da Justiça no Brasil

Por outro lado, há uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro: as sentenças de nulidade podem ser reconhecidas pelo Poder Judiciário brasileiro, na forma de sentenças estrangeiras:

§ 1º. A homologação das sentenças eclesiásticas em matéria matrimonial, confirmadas pelo órgão de controle superior da Santa Sé, será efetuada nos termos da legislação brasileira sobre homologação de sentenças estrangeiras.

Se era verdade que o casamento religioso gozava de efeitos civis, a Constituição o garantia, como visto acima. Entretanto, quando um católico tinha o seu matrimônio decretado nulo por um tribunal eclesiástico competente, fazia-se necessário recorrer ao divórcio para obter o cancelamento do registro do matrimônio civil. Agora, isto não é mais estritamente necessário.

¹⁰¹ SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Família é aquela que perpetua sociedade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015.

Por meio desta novidade, o Estado brasileiro reconhece a atividade judiciária interna da Igreja Católica, sem em nada ferir o princípio de laicidade do Estado.

Mendes, Coelho e Branco comentam a este respeito:

[...] não há embaraço, ao contrário, parecem bem vindas, como ocorre em tantos outros países, iniciativas como a celebração de concordatas com a Santa Sé, para a fixação de termos de relacionamento entre tal Pessoa de Direito Internacional e o País, tendo em vista a missão religiosa da Igreja de proporcionar o bem integral do indivíduo, coincidente com o objetivo da República de ‘promover o bem de todos’(art 3º, IV, da Constituição Federal).¹⁰²

A homologação de sentenças estrangeiras é de competência do Superior Tribunal de Justiça, segundo artigo 105 da Constituição Federal.

Assim, determina o artigo 5º da Resolução n. 9 do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 5º - Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira:

I - haver sido proferida por autoridade competente;

II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;

III - ter transitado e julgado;

IV - estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

Obviamente não há necessidade de tradução, pois as sentenças serão promulgadas por tribunais eclesiásticos da Igreja no Brasil, cuja língua é o português.

A seguir, no mesmo texto da resolução, encontramos o seguinte texto: “Art. 6º - Não será homologada sentença estrangeira ou concedido *exequatur* a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública.”

A Suprema Corte não considerou ofensa à soberania ou à ordem pública a declaração de nulidade decretada pelo Tribunal Eclesiástico competente e, o primeiro precedente logo se verificou, com a

¹⁰² MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G.. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 409.

homologação feita pelo Ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça”.¹⁰³

Temos neste artigo e na conseqüente homologação, um perfeito exemplo de maturidade jurídica da Justiça no Brasil, ademais de um magnífico exemplo de respeito na mútua relação entre as partes, ou seja, a Igreja e a Sociedade Civil.

Sem entrar no trâmite interno, muito menos nos dispositivos que regem os processos canônicos, a homologação é feita levando-se em conta os requisitos objetivos indispensáveis da Resolução n. 9, do STJ.

9 CONCLUSÃO

O Matrimônio é uma realidade complexa, que pode ser abordada do ponto de vista antropológico, sociológico, político, jurídico, psicológico e religioso.

Tomás de Aquino, com a síntese que o caracteriza, conclui:

*Matrimonium, in quantum est sacramentum, statuitur iure divino; in quantum est officium naturae, statuitur lege naturae; in quantum est officium communitatis, statuitur iure civile.*¹⁰⁴

Portanto, desde que sejam respeitadas as legítimas autonomias das esferas, não há razão para colisão ou conflitos.

Em socorro desta afirmação vem o princípio constitucional da liberdade religiosa. Com efeito, comenta Nalini:

A laicidade da República não significa ateísmo. Apenas não há uma religião oficial. Todas são permitidas. Até incentivadas, porque é lícito celebrar acordos, convênios e tratados com organizações religiosas quando se cuida de implementar políticas públicas.¹⁰⁵

O perigo está quando o homem ou as instituições resolvem se fazer como medida de todas as coisas, estabelecendo aquilo que se pode chamar de ditadura do relativismo.

¹⁰³ Ver: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-19/stj-homologa-anulacao-casamento-religioso-decretada-vaticano>>.

¹⁰⁴ TOMÁS DE AQUINO. Scriptum super Sententiis. Liber IV, Distin. 34, q.1, a.1, ad.4.

¹⁰⁵ NALINI, José Renato. vv Disponível em: <<https://renatonalini.wordpress.com/2014/03/28/a-cruz-e-inextinguivel/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

Neste sentido, é muito relevante o papel do IBDFAM nesta quadra histórica, bem definida pelo Ministro Fachin como tendo sombras e luzes.¹⁰⁶ Com efeito, sendo esse o Instituto de Direito da Família de maior relevância no Estado brasileiro, composto por juristas e formadores de opinião, é mister fazerem valer o estado de direito e a primazia das liberdades garantidas pelas leis, o respeito à dignidade humana, além do diálogo e da mútua relação e cooperação sadias que deve existir entre a sociedade e a religião, uma vez que o homem é a encruzilhada das esferas civil e religiosa: é homem cidadão e homem religioso, ainda que seja ateu...

10 REFERÊNCIAS

ANZILOTTI, Dionisio. *Corso di diritto internazionale*. Padova: Cedam, 1928, v. I.

ARANGIO-RUIZ, V.. Sulla personalità internazionale della Santa Sede. *Rivista di Diritto Pubblico*, n. 1, 117-142, 1925.

AUGUSTINUS. De Genesi ad literam. *Patrologia Latina*, n. 34.

BALDISSERI, Lorenzo; MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coord.). *Acordo Brasil-Santa Sé: comentado*. São Paulo: LTR, 2012.

BOULENGER. *Histoire Abrégée de L'Église*. Strasbourg: Expéditions Pamphiliennes, 2012.

BRITO DE MACEDO, Marcus Vinicius. *La diplomacia pontificia como servicio petrino y su participación en la Organización de las Naciones Unidas*. Città del Vaticano: Librerie Editrice Vaticana, 2010.

CHANTREL J.. *Histoire Populaire des Papes: Saint Léon III et la Royauté Pontificale (VIIIème siècle)*. 2. ed. Paris: C. Dillet, 1863, v. VII.

CHANTREL J.. *Histoire populaire des papes: Les Papes et le Protestantisme (XVI siècle)*. 2. ed. Paris: C. Dillet, 1865, v. XVIII.

CHANTREL J.. *Histoire populaire des papes: Saint Pie V et Sixte-Quint*. Paris: C. Dillet, 1862, v. XIX.

CONCÍLIO VATICANO II. Constituição Dogmática: Lumen Gentium, (21 nov 1964). *AAS LVII*, p. 6-71, 1965.

¹⁰⁶ Cf. FACHIN, Luiz Edson. Apresentação do X Congresso de Direito da Família. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/congresso/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

CONSTITUTION CIVILE DU CLERGÉ. In: CONSTANTIN, C. *Dictionnaire de Théologie Catholique*. Paris: Letouzey et Ané, 1911, v. III.

COULANGES, Fustel de. *La Cité antique*. Paris: Hachette, v. II.

CRUZ, Juan. *Metafísica de la familia*. Pamplona: EUNSA – Universidad de Navarra Pamplona, 1995.

ESPOSITO, Bruno. *Il rapporto del Codice di diritto canonico latino con il diritto internazionale: Commento sistematico-exegetico al can. 3 del CIC/83*. *Revista Angelicum*, n.83, 397-449, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Princípios constitucionais do direito de família brasileiro contemporâneo. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. *A Família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.121-130.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Renovar, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. *Apresentação do X Congresso de Direito da Família*. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/congresso/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

FLÓREZ, Gonzalo. *Matrimonio y familia*. Madrid: BAC, 1995.

FRANCISCO. *Mitis et misericors Iesus* (15 de agosto de 2015). Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-et-misericors-iesus.html>. Acesso em: 12 set. 2015.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GORBY, Ivan. *Dictionnaire des Papes*. Paris: Pygmalion, 2008.

GRONOWICZ, Gilda. *O Guet judaico e o divórcio: harmonização*. Disponível em: <<http://gronowiczfancioadv.com.br/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

HEGEL Friedrich. Principios de la filosofía del derecho. In: ROSENFELD, Denis Lerrer. *Política e liberdade em Hegel*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

JOÃO PAULO II. *Le sollecitudini crescenti*. AAS, n. 76, p. 495-496, 1984.

LINGUA, G.. *La posizione giuridica e l'apporto della Santa Sede nelle Conferenze di Codificazione del Diritto Diplomatico*. Roma: Diss. P.U.L., 1992.

LLANO CIFUENTES, Rafael. *Relações entre a Igreja e o Estado: a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Conheça a Constituição: comentários à Constituição brasileira*. Barueri: Manole, 2007, v. 3.

MARX; ENGELS. *Der Ehescheidungs gesetzentwurf, Werke*. Berlin, 1956, v. I.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G.. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MESSNER, Johannes. *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*. Madrid: Rialp, 1967.

NALINI, José Renato. *A cruz é inextinguível*. Disponível em: <<https://renatonalini.wordpress.com/2014/03/28/a-cruz-e-inextinguivel/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

NALINI, José Renato. A família brasileira do século XXI. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n.1, jan./mar. 2000.

NALINI, José Renato. *A lei, ora, a lei!*. Disponível em: <<http://www.cotiatododia.com.br/a-lei-ora-a-lei/>>. Acesso em: 18 set. 2015.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ORLANDIS, José. *El Pontificado Romano en la Historia*. Madrid: Palabra, 1996.

PAREDE, Javier; BARRIO, Maximiliano; RAMOS-LISSÓN, Domingo; SUÁREZ, Luis. *Diccionario de los Papas y Concilios*. Barcelona: Ariel, 1998.

PEARLMAN, M. *Manual do ministro*. São Paulo: Vida, 2005.

PIO XI. *Alocução: Il nostro più cordiale*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/pius-xi/it/speeches/documents/hf_p-xi_spe_19290211_piu-cordiale.html>. Acesso em: 10 set. 2015.

ROMAG, Dagoberto. *Compêndio da História da Igreja: a Idade Média*. Petrópolis: Vozes, 1940, v. II.

RUGGERI, Fausto *et al.* *Il Grande Dizionario dei Papi*. Milano: Federico Motta, 2006.

SALVADOR, C.C. Y.; MARTINEZ, J.G.. *Concordatos vigente*. Madrid, 1981, v. I e II.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Família é aquela que perpetua sociedade*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015.

SUARES, Sônia B. Brandão. O Novo Estatuto Familiar: novidades e repetições. *In: O Novo Código Civil: comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, v. II.

SUÁREZ. *De Legibus*. Livro III.

TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae*.

TOMÁS DE AQUINO. *Scriptum super Sententiis*. Liber IV.

