

## RESUMO

O presente estudo objetiva, ainda que de maneira sucinta, estudar o casamento enquanto instituição jurídica, com ênfase na solenidade que envolve sua realização, tanto na concepção cristã, que envolve e encanta o mundo atual, quanto nas concepções romana e germânica. Tendo por fundamentos principais a procriação e a educação dos filhos, o casamento é, ao lado da propriedade, instituto dos mais antigos e que permeia a vida dos povos antigos e modernos, daí sua importância e seu caráter de essencialidade na composição das legislações existentes.

**Palavras-chave:** casamento; celebração; solenidade; habilitação; proclamas.

## ABSTRACT

The study herein aims, though in a summary way, to study the wedding as a legal institute and emphasize the solemnity that surrounds its celebration, as in the Christian concept, which involves and delights the current society, as in the roman and german concepts. Considering as main principles the reproduction and children education, wedding is, along with property, one of the oldest institutes and that has passed through the ancient and the modern societies; therefrom, its importance and essentiality in the creation of the existing laws.

**Keywords:** wedding; conclusion, solemnity; enabling; banns.

\* Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), advogado em São Paulo, Chefe do Departamento de Humanidades e professor de Filosofia Geral e Jurídica, de Ética Profissional e de Introdução ao Direito do Centro Universitário FMU/SP.

## 1. INTRODUÇÃO

Segundo GILISSEN (2001, p. 564)<sup>1</sup> “do séc. V ao séc. IX, na Europa ocidental, vão-se confrontar três concepções diferentes do casamento, uma proveniente do direito romano, outra do direito germânico e a terceira do espírito cristão, que se cristalizará no direito canônico”.

Conforme o mesmo autor, a concepção canônica, que, em alguns países, perdurou até o século XX, é resultado de uma fusão entre a concepção romana e germânica ocorrida por volta dos séculos VIII e IX. Assim, nos países europeus, via de regra, enquanto o casamento é regido pelas regras da igreja, o regime de bens obedece às regras do costume local.

## 2. O CASAMENTO

### 2.1. A concepção romana

No direito romano do Baixo Império, conforme ensina GILISSEN<sup>2</sup>, o casamento é um ato essencialmente privado e contratual, que existe no momento em que os esposos estão de acordo em serem, daí para o futuro, marido e mulher. Trata-se, portanto, de uma convenção puramente consensual, despida de qualquer formalismo, não sendo exigida a coabitação.

Nesse período, a forma adotada pelo direito romano é a do casamento *sine manu* (a mulher fica juridicamente no seu grupo familiar). Assim, deixam de existir as formas tradicionais de casamento *cum manu* (*confarreatio* – casamento religioso, constituído de ritual perante 10 (dez) testemunhas, onde se come um pão de farinha de trigo – *panis farreus* –, hoje equivalente ao bolo da noiva; *coemptio* – casamento por compra, ou casamento civil – era uma espécie de venda fictícia da mulher, por si mesma ao marido; e *usus* – aquisição da mulher pela posse – espécie de usucapião – o marido

adquiriria a *manus* sobre a mulher, se vivesse em comum com ela durante um ano inteiro).

Deve-se observar, entretanto, conforme ensina GAUDEMET<sup>3</sup>, que, no período clássico, o procedimento do matrimônio é juridicamente muito simples. O casamento, embora consensual, dependia somente da vontade do pai, que possuía a *patria potestà* – independente da idade dos futuros esposos (que era 12 anos para a mulher e 14 anos para o homem).

O acordo matrimônio, segundo o mesmo autor, não previa forma jurídica, mas o casamento era acompanhado de cerimônias e ritos vários. Havia um cunho religioso. Em um desses atos, a noiva era conduzida até o marido com uma coroa de flores na cabeça e um véu vermelho. Era conduzida por um grupo de parentes, acompanhado de um amigo de reputação especial (*la pronuba*) até a casa do marido. Colocava-se a mão da esposa sobre a do marido, simbolizando o consentimento da noiva. Tudo em nome de uma união fecunda, duradoura e feliz, sob a proteção dos deuses.

Havia, também, conforme ensina o mesmo GAUDEMET<sup>4</sup> a *deductio in domum mariti*, que era uma espécie de cortejo onde os amigos acompanhavam a esposa à casa do marido na noite de núpcias, entoando cantos e músicas. Há, segundo informa o autor, inúmeras referências literárias de autores pagãos sobre este ritual, entretanto, para os autores cristãos, tal cerimônia possuía um caráter indecente, principalmente os cantos. Havia, em verdade, costume parecido entre os gregos. Ao chegar à casa do marido, a esposa era tomada nos braços para que não tocasse a soleira.

Não é pacífico, entre os romanistas, o entendimento sobre a necessidade da *deductio* para a validade do ato. Alguns entendem que sim, outros consideram que o casamento se constituía pelo consenso, sendo a *deductio* uma prova de sua realização, nada mais.

Nota-se, portanto, que, tal como ocorre na maior parte dos casos atuais, referidas cerimônias, tinham, como objetivo principal, dar publicidade ao matrimônio, visto que, sob

<sup>1</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001.

<sup>2</sup> Idem, p. 565.

<sup>3</sup> GAUDEMET, Jean. **Il matrimonio in occidente**. Torino: Società Editrice Internazionale, 1976, p. 26.

<sup>4</sup> Idem, ibidem.

o ponto de vista jurídico, não tinham o caráter de essencialidade, valiam e eram apenas pela tradição.

Havia, entretanto, conforme GAUDEMET<sup>5</sup>, outros atos que possuíam valor jurídico, como é o caso do dote. Em alguns casos, sem entretanto, condicionarem a validade do vínculo, eram redigidos documentos,

come la redazione delle tavolette che attestano il matrimonio e l'intenzione di avere figli. I papiri ce ne hanno conservati alcuni sempi e i testi letterari ne parlano frequentemente.

Observa-se, portanto, conforme esse autor, que, no período em exame, havia uma necessidade de estabelecer-se a prova da vontade declarada, uma vez que, para o acordo consensual não eram previstos formalismos. Daí a necessidade de algumas formalidades, como as acima apontadas, não só para que se pudessem convolar justas núpcias. Mesmo porque, embora *sine manu*, era necessário o estabelecimento de um domicílio comum. Sendo assim, as cerimônias tinham o objetivo de caracterizar a condução da mulher ao domicílio do marido, ou seja, realizava-se a entrega da mulher ao marido.

Conforme ensina GILISSEN<sup>6</sup>, ainda que fosse um ato meramente consensual, distinguia-se do concubinato, pois, naquele, havia a vontade recíproca de fundar um lar, procriar e de educar os filhos, ato que se realizava com a condução da mulher “ao domicílio do marido” pois, segundo ensina, a principal dificuldade residia na prova da vontade,

o casamento era frequentemente rodeado duma certa pompa, por certos ritos: entrega de um anel, redação de um documento escrito (nomeadamente para registrar a entrega do dote: *instrumentum dotale*).

A idéia fundada na vontade recíproca de procriar e educar os filhos será, igualmente, adotada no Direito Canônico, conforme se

analisará adiante. Segundo a lição de AZEVEDO<sup>7</sup> o

Código de Direito Canônico, no cânon 1013, parágrafo 1º, estabelece que o fim primário do casamento é a procriação e a educação da prole (*procreatio et educatio prolis*) e o secundário a ajuda mútua e o remédio da concupiscência (*mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae*).

## 2.2. A concepção germânica

Tal como entre os gregos e entre os romanos, o casamento entre os germânicos caracterizou-se por ser monogâmico, embora alguns nobres tomassem várias esposas. O casamento era, em diversas ocasiões, utilizado como meio para selar alianças entre clãs.

Cabe, aqui, apenas à guisa de registro, lembrar que os muçulmanos, ao contrário, mantiveram-se poligâmicos, o direito religioso permite ao homem ter várias mulheres.

Conforme a lição de GILISSEN<sup>8</sup>, há notícias, entre os germânicos, do casamento por rapto (o homem rapta a mulher a um grupo familiar); e do casamento por compra (a mulher é vendida pelo seu *mundaldus* ao marido ou ao *mundaldus* deste). Este tipo pressupunha: a) os sponsais, ou seja, o acordo entre os chefes de família, mediante o pagamento do preço. O consentimento da moça era dispensado – se o noivo recusasse ficava obrigado ao pagamento de uma quantia e a fazer declaração de que a moça não tinha defeito, mas que ele estava apaixonado por outra; e, b) a cerimônia nupcial, que consistia na entrega material da noiva ao marido, entrega seguida da cópula. Era geralmente acompanhada de festas e da realização de certos ritos e gestos simbólicos, nomeadamente um cortejo nupcial, introduzindo publicamente a mulher na cabana conjugal, seguido da recolha dos noivos ao leito, na presença de testemunhas.

Após o período das invasões, houve uma evolução no casamento por compra. O homem,

<sup>5</sup> GAUDEMET, Jean. **II matrimonio in occidente**. Torino: Societá Editrice Internazionale, 1976.

<sup>6</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

<sup>7</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, 2 ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 23.

<sup>8</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

em alguns casos, entregava as arras dos sponsais à mulher, em outros, essa entrega consistia na oferta de um anel.

Ainda, segundo esse autor, o preço da compra decompunha-se em duas partes: um soldo simbólico em dinheiro (13 dinheiros – pago ao *mundoaldus* da noiva) e a outra parte consistente numa doação que o marido prometia à mulher, o dote, que era variável segundo a condição social e a fortuna dos futuros esposos.

### 2.3. A concepção cristã

Nos primeiros séculos cristãos, o matrimônio era considerado um bem, inclusive porque pressupõe a concupiscência que, apesar de cognominada de luxúria carnal e desejo libidinoso na doutrina de Agostinho, leva à preservação da espécie, através da procriação. Prevalece a fórmula: cresci e multiplicai-vos, ainda hoje tão cara aos povos cristãos.

O aspecto consensual do matrimônio romano e germânico é mantido pela Igreja dos primeiros séculos. Afirmam os doutrinadores que, no período, continua o esforço para conferir publicidade ao matrimônio. Nesse sentido, o rito religioso é considerado um meio.

Conforme ensina GAUDEMET<sup>9</sup> o noivado, de pouca importância na época clássica, ganha importância no período tardio. A igreja começa a dar grande importância aos *sponsais*, com fundamento ao respeito à palavra dada.

O anel, antiga tradição pagã, é mantido pela Igreja para simbolizar o compromisso. Segundo GAUDEMET<sup>10</sup>, nos séculos IV e V surge um novo uso no noivado: era entregue à noiva uma soma em dinheiro ou um objeto de valor como sinal de afeto. Tal uso terá implicação jurídica pois, se o noivo rompesse o noivado, perdia a importância ou o objeto entregue. Se o rompimento fosse da noiva, esta devolvia o quádruplo da importância recebida. Havia, ainda, como pena, a excomunhão por 3 anos, pelo rompimento não justificado do noivado.

Observa-se, desse modo, que, embora inicialmente a Igreja não se intrometesse nas formalidades do casamento, admitia as formas existentes. Com o tempo iria impor suas regras. Assim é que, a partir do Baixo Império recomenda formalidades como a *dotatio* (entrega do dote do noivo à noiva); o *benedictio* (elemento religioso que consistia na intervenção do padre consagrando o casamento); e a *traditio puellae*, que consistia na entrega da noiva.

A história marca que, em 866, o papa Nicolau I enumera alguns usos simbólicos a serem adotados no casamento, entre os quais figuram o anel, o dote, a benção e o véu posto sobre os ombros dos dois esposos. Afirma, entretanto, que a ausência dessas formalidades não anula o casamento, que continua sendo consensual.

Começa, nesse período, a surgir os impedimentos para a realização do casamento. Entre esses é possível citar: a) a existência de casamento anterior não dissolvido (sob pena de bigamia); b) a endogamia (que se caracterizava como incesto); e, c) o casamento entre parentes próximos (o direito romano proibia até o 4º grau. Em 732, o papa Gregório III ampliou tal proibição até o 7º grau).

Ainda, segundo a lição de GAUDEMET<sup>11</sup>, no século V foi elaborado um documento pelo papa Leão, estabelecendo que *la sposa legitima è una donna di condizione libera, com regolare dote e onorata da nozze celebrate pubblicamente*.

É mantido o dote, que tem como função principal, estabelecer a distinção do concubinato. Sem dote não há casamento, conforme reconhece a doutrina. Tudo em nome da publicidade.

Entretanto, conforme a lição do mesmo GAUDEMET<sup>12</sup> tudo em nome da publicidade mas, *nessuno di questi atti però è richiesto per la validità del matrimonio, che rimane strettamente consensuale*.

### 3. IDADE MÉDIA

<sup>9</sup> Ob. cit., p. 42

<sup>10</sup> Idem, ibidem.

<sup>11</sup> GAUDEMET, Jean. **Il matrimonio in occidente**. Torino: Società Editrice Internazionale, 1976, p. 45.

<sup>12</sup> Idem, ibidem.

Conforme visto acima, o direito canônico da Baixa Idade Média considera o casamento um contrato concluído por dois indivíduos de sexo diferente, sem a intervenção de terceiro nem a exigência de formalidades determinadas. É um sacramento.

No período em questão vigora uma concepção materialista, fundada na Bíblia (Gênesis) e na doutrina de Agostinho, que considerava válido o casamento desde que houvesse o consentimento e a conjunção carnal. Portanto, segundo esse entendimento, o simples consentimento não podia criar obrigações.

Entretanto, segundo GILISSEN<sup>13</sup>, a partir das Decretais do Papa Gregório IX (1234) verifica-se uma tentativa de estabelecer um meio termo, ou seja, o casamento apenas consentido – realizado perante a Igreja -, pode ser defeito, mas o casamento consumado é feito perante Deus e não pode ser desfeito. Referida concepção prevalecerá até o século XVI, com o Concílio de Trento.

Entretanto, pelo fato do matrimônio não requerer formalidades, apenas o consentimento, são favorecidos o concubinato, a bigamia e os casamentos clandestinos, que, segundo GILISSEN<sup>14</sup>, foram um verdadeiro flagelo na Idade Média.

### 3.1. O Concílio de Latrão

Numa tentativa de por fim aos casamentos clandestinos, informa GILISSEN<sup>15</sup> “o Concílio de Latrão (de 1215) editou certas regras: comete pecado aquele que se casar sem a bênção nupcial; ou, ainda, sem ter mandado previamente proceder às *denuntiationes*, isto é, à publicação dos banhos anunciando o casamento”. Entretanto, afirma o mesmo autor, como o descumprimento de tais regras não invalidava o casamento, os casamentos clandestinos continuaram a existir até o séc. XVI.

<sup>13</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001, p. 571.

<sup>14</sup> Idem, p. 571.

<sup>15</sup> Idem, ibidem.

### 3.2 – O Concílio de Trento

O Concílio de Trento, ocorrido em 1563, foi uma reação da Igreja à Reforma.

Conforme GILISSEN<sup>16</sup>, visando reagir à Reforma, a Igreja toma, neste Concílio, importantes medidas no sentido de transformar a sua concepção do casamento que, a partir de então, torna-se um contrato solene, exigindo-se, ainda, o respeito a certas formalidades para a sua validade. Como consequência, os casamentos clandestinos passam a ser considerados nulos.

Estabelecem-se, também, algumas formalidades para a sua celebração e validade, as quais, de certo modo, podem ser consideradas como a gênese das formalidades que, posteriormente, passam a ser exigidas para o casamento civil, inclusive em nossa legislação, como se verá adiante.

O mesmo GILISSEN<sup>17</sup>, entre as principais formalidades estabelecidas pelo Concílio de Trento, estão as seguintes: a) antes do casamento, deve-se publicar por 3 vezes consecutivas, em dias de festa e durante a missa solene, o anúncio do casamento pelo cura da paróquia de cada um dos cônjuges; e, b) a celebração do casamento pelo cura da paróquia de um dos cônjuges deve ser realizada na presença de duas testemunhas. A celebração pelo cura não compreende a bênção, que é recusada às viúvas que voltam a casar-se.

Nota-se, todavia, que, apesar de serem instituídas formalidades para a celebração do casamento, não é exigido o consentimento dos pais.

### 3.3. O casamento civil

Segundo a doutrina, é na Inglaterra de Cromwell (1651) que aparece o casamento civil, ou a secularização do casamento.

Introduzida nos Países Baixos em 1784 por José II, “retira a competência dos tribunais eclesiásticos e transforma a concepção do casamento que, de futuro, é considerado como

<sup>16</sup> Idem, p. 573.

<sup>17</sup> Idem, p. 473.

um contrato civil que escapa, na regulamentação de todos os seus aspectos ao direito canônico”.

Seguindo essa mesma tendência e em consequência da Revolução de 1789, a secularização do casamento é adotada, também na França, pela Constituição de 1791, que passa a considerar o casamento como um contrato civil.

E, nesse diapasão, o Código Civil de 1804 (Código de Napoleão) dispunha que o casamento é um ato solene e que, em função disso, deve ser celebrado pelo oficial do registro civil, respeitando-se as formas impostas pela lei. Dispensa-se, dessa forma, qualquer intervenção da Igreja para a validade do casamento, bastando, para a sua criação e validade, única e exclusivamente o ato do registro civil.

É mantida, como requisito de validade, a necessidade de publicação dos banhos, só que, a partir de então, tal publicação passa a ser feita através de edital afixado na porta da sede da comuna do domicílio ou residência da cada um dos cônjuges, durante 10 dias e não mais pelo pároco durante a missa.

#### 4. O CASAMENTO NO BRASIL – ASPECTO HISTÓRICO

No Brasil, por força e influência da legislação portuguesa, o casamento, desde o descobrimento e até o ano de 1890, era somente religioso.

Entretanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1891, passou a ser reconhecido, unicamente, o casamento civil, por força da regra contida no Art. 72, parágrafo 4º daquele diploma. Em vista de tal disposição, o casamento, quando realizado apenas no religioso, era interpretado como concubinato.

Conforme FUJITA<sup>18</sup>, a Igreja Católica, em represália a essa posição do legislador constitucional de 1891, não reconhecia o casamento civil como válido. E citando Washington de Barros Monteiro, lembra esse

autor, que, visando contornar essa situação conflituosa, as pessoas passaram a promover duas cerimônias sucessivas, uma civil e outra religiosa.

Tal situação de contorno foi, de certo modo, solucionada pela Constituição de 1934 que, em seu Art. 4º estabelecia “que o casamento religioso teria eficácia civil, desde que a habilitação dos nubentes, a verificação e oposição dos impedimentos se fizessem perante a autoridade própria, na forma da lei”.

E, nos termos da Constituição de 1988, Art. 226, o casamento é civil e reconhece-se os efeitos civis ao casamento religioso, nos termos da lei.

Coube, entretanto, ao Código Civil de 1916, em seus Arts. 180 a 200 estabelecer, num primeiro momento, as regras sobre a habilitação e a celebração do casamento, cabendo, posteriormente, à Lei nº 6.015/1973 dispor sobre o seu registro.

O novo Código Civil de 2002, embora traga alguns novidades em relação às normas do Código Civil de 1916, especialmente no tocante ao processo de habilitação, manteve praticamente as mesmas regras sobre a celebração estabelecidas no Código revogado.

Em vista disso, nos ateremos, para o propósito do presente estudo, nas normas do Código Civil de 2002.

Estabelece o Art. 1.514 do Código Civil de 2002, que o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Referida disposição se coaduna com a posição de Eduardo Espínola, citada por AZEVEDO<sup>19</sup> no sentido de que

o casamento é um contrato que se constitui pelo consentimento livre dos esposos, os quais, por efeito de sua vontade, estabelecem uma sociedade conjugal que, além de determinar o estado civil das pessoas, da origem às relações de família, reguladas, nos pontos essenciais, por normas de ordem pública.

<sup>18</sup> FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil**, 2 ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p.76.

<sup>19</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, 2 ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 21.

Ainda, conforme ensina AZEVEDO<sup>20</sup>, o casamento é contrato com peculiaridades próprias, “como um contrato de direito de família, *sui generis*, não se confundindo com os contratos comuns do Direito Contratual”.

#### 4.1 O processo de habilitação para o casamento

O processo de habilitação para o casamento vem regulado, no novo Código Civil, nos Arts. 1.525 a 1.532.

Segundo o disposto nessas normas, o procedimento para a habilitação divide-se em quatro fases, que são: a) documentação; b) proclamas; c) certificação e, d) registro.

Segundo a doutrina, o objetivo primordial da habilitação, que, conforme vimos acima, é exigida desde o Tratado de Latrão, de 1215, é evitar matrimônios vedados por Lei, eis que possibilita a descoberta é a oposição dos eventuais impedimentos para a sua realização.

Referido processo tem início com a apresentação dos documentos que compõem o elenco apresentado no Art. 1.525 do novo Código Civil, a saber:

CERTIDÃO de nascimento ou documento equivalente.

A apresentação desse documento tem, segundo a doutrina, a finalidade de comprovar a idade legal dos contraentes, que, nos termos do disposto no Art. 1.517 mesmo Código, é de 16 anos, tanto para o homem, quanto para a mulher.

A falta desse documento poderá ser suprida por ato judicial requerido pelos nubentes.

b) **AUTORIZAÇÃO**, por escrito, das pessoas cuja dependência legal estiverem os nubentes ou ato judicial que os supra.

Referida autorização se justifica, em regra, quando um ou ambos os contraentes for menor.

Segundo a lição de FUJITA<sup>21</sup>, a autorização deve ser dada por escrito, pelo pai

e pela mãe, independentemente de estarem separados ou divorciados. Sendo um ou os dois genitores analfabetos, a autorização deve ser assinada, a rogo, perante 2 testemunhas. Se um dos genitores discordar em conceder, a autorização pode ser suprida por ato judicial, sendo competente, no caso, o Juízo da Vara de Registros Públicos.

Ainda, segundo esse autor, em caso de viuvez ou impedimento de um dos genitores, a autorização poderá ser concedida exclusivamente pelo outro.

Também será passível de suprimento por ato judicial, quando houver discordância de um dos genitores, ou de ambos, sem motivo justo, para a outorga da autorização. Neste caso, o juiz poderá também autorizar, liminarmente, que o incapaz se afaste da sua residência.

É oportuno observar que, por força do disposto no inciso III, do Artigo 1.641 do Código Civil, quando houver o suprimento judicial da declaração de um ou ambos os genitores, é obrigatório o regime da separação de bens no casamento.

São apontados pela doutrina, como injusta, a recusa de autorização fundada i) no preconceito, de qualquer espécie, e, ii) em motivos profissionais ou sociais, entre outros. É, entretanto, tida como justa, a negativa fundada na vida desregrada do outro nubente; na inaptidão para o trabalho ou sustento da família; em grave risco de saúde para o incapaz; no rapto da menor e condução em seguida para casa de tolerância, entre outros.

Não se olvide, entretanto, que, por força da norma contida no Art. 1.518 do novo Código, podem os pais, tutores ou curadores revogarem a autorização concedida, até o momento da celebração do casamento.

c) **DECLARAÇÃO** de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecer os nubentes e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar.

A finalidade dessa declaração é atestar a idoneidade e a ausência de impedimentos matrimoniais dos nubentes.

d) **DECLARAÇÃO** do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos.

<sup>20</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, 2 ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 21.

<sup>21</sup> FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil**, 2 ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p.37.

Segundo FUJITA<sup>22</sup>, este documento, denominado **memorial**, tem, num primeiro momento, o mister de atestar o estado civil (solteiro, viúvo, divorciado, casado) dos nubentes e, num segundo e mais importante, definir o domicílio de cada um deles e de cada um de seus pais, quando conhecidos, para afixação dos editais de proclamas nas respectivas circunscrições de registro civil.

Também, segundo o mesmo autor, quando houver suspeita de fraude, o Ministério Público pode solicitar a apresentação de atestado de residência expedido pela autoridade policial, amparado pela norma do Art. 1.218, IX, do Código de Processo Civil.

e) CERTIDÃO de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou de registro da sentença de divórcio.

Vale ressaltar, neste caso, que, tratando-se de nubente viúvo em virtude de morte justificada ou presumida, a certidão de óbito do cônjuge falecido será substituída pela sentença judicial ou certidão de sentença declaratória, respectivamente.

Nos demais casos (nubentes casados, divorciados ou viúvos) serão apresentadas, respectivamente, as certidões referentes às sentenças declaratórias de anulação ou nulidade do casamento, sentença do divórcio ou atestado de óbito.

Tratando-se de sentenças judiciais obtidas no exterior devem, necessariamente, ser traduzidos para o português, por força da norma do Art. 224 do novo Código Civil.

Conforme a lição de FUJITA<sup>23</sup>, o estrangeiro pode se casar no Brasil fazendo apenas prova de que não há impedimentos.

Ainda, segundo o mesmo autor, as certidões de sentenças de nulidade ou anulação de casamento obtidas no exterior, em virtude de serem sentenças meramente declaratórias do estado de pessoa, não necessitam de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, por força da norma do Art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil. O mesmo entendimento, entretanto, não vale para as

sentenças de divórcio obtidas no exterior, por força do disposto no mesmo artigo.

A fase subsequente, dos proclamas, vem definida no Art. 1.527 do novo Código Civil e no Art. 67 da Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) e consiste na afixação do edital, pelo Oficial do Cartório de Registro Civil da circunscrição de ambos os nubentes, durante 15 dias, em lugar ostensivo. Será, também obrigatória a publicação na imprensa local, quando houver.

Nos termos do Art. 69 da Lei de Registros Públicos e do parágrafo único do Art. 1.527 do Código Civil, poderá haver a dispensa dos proclamas nos casos de urgência, onde os contraentes, em petição dirigida ao juiz, deduzirão os motivos de urgência do casamento (por exemplo: doença, viagem urgente, parto iminente), provando-a, desde logo, com documentos ou indicando outras provas para a demonstração do alegado. O juiz decidirá o pedido após a oitiva do Ministério Público.

Nos termos dos parágrafos 1º e 2º do Art. 69 da Lei 6.015/1973, quando o pedido de dispensa dos proclamas se fundar na existência de crime contra os costumes, a decisão judicial ocorrerá em 24 horas, após a manifestação favorável do Ministério Público, sendo necessária, inclusive, a audiência dos contraentes, em separado e em segredo de justiça.

Vale apontar que, nos termos do art. 1.526 do novo Código Civil, concluída a habilitação pelo Oficial de Registro Civil será ela submetida ao Ministério Público e, em seguida, homologada pelo juiz de direito.

Referida disposição, inovadora em relação à Lei nº 6.015/1973 e ao Código Civil de 1916 (art. 180), tem sido objeto de crítica da doutrina, sob a alegação de que foi introduzida uma sobrecarga desnecessária de trabalho às Varas de Registros Públicos do país.

Tal alegação doutrinária é de todo procedente, tanto que já foi incluída alteração do art. 1.526 no Projeto nº 6.960/2002, de reforma ao novo Código Civil, em trâmite perante o Congresso Nacional, com a seguinte redação: “a habilitação será feita perante o oficial de Registro Civil e, se o órgão do Ministério Público impugnar o pedido ou a

<sup>22</sup> FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil**, 2 ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p.39.

<sup>23</sup> Idem, *ibidem*.



*documentação, os autos serão encaminhados ao juiz, que decidirá sem recurso.”*

Verificada a inexistência de fatos obstativos, após cumpridas as formalidades dos Arts. 1.526 e 1.527, o oficial do registro civil extrairá o certificado de habilitação, que terá eficácia por 90 (noventa) dias contados da data em que foi extraído. Se o casamento não se realizar nesse período, haverá a necessidade da realização de novos proclamas.

Extraído o certificado de habilitação deverá o mesmo ser registrado no cartório que publicou os editais. Se forem diversos os cartórios, em virtude de serem diferentes os domicílios dos nubentes, haverá a necessidade de efetuar-se o registro em ambas as circunscrições.

O objetivo do registro é, segundo a lição de FUJITA<sup>24</sup>, a

perpetuação, no interesse da segurança social, assim como ao fornecimento de certidão dos editais a quem a solicitar. Esclareça-se que esta espécie de certidão não se confunde com a certidão de casamento, que somente ocorrerá em uma fase seguinte, a da celebração.

## 4.2 A celebração

A celebração, que em nossa legislação civil é cercada de formalidades, tem, segundo a doutrina, a finalidade de proporcionar maior publicidade ao casamento e assegurar a livre manifestação da vontade dos nubentes.

No dizer de CENEVIVA<sup>25</sup>, “o formalismo é inerente a muitas situações jurídicas, conforme se vê em fatos da vida humana. Não tem, nesse uso, o significado filosófico da exclusiva observação dos aspectos formais, afastados ou, pelo menos, descurados ou materiais, como se tivessem menor importância. A natureza formal é, quando não levada a excessos, elemento essencial da segurança que lhes é inerente.

<sup>24</sup> FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de direito civil*, 2 ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p.42.

<sup>25</sup> CENEVIVA, Walter. *Formalismo, formalidades e forma no código civil*. In Revista do Advogado nº 77/87-95, julho de 2004. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo.

Nesse sentido Jhering disse bem que o rito é uma garantia contra o arbítrio. A doutrina o reconhece”.

Sendo, portanto, da essência do ato, as formalidades relativas à celebração vêm estabelecidas nos Arts. 1.533 e seguintes do novo Código Civil e devem ser observadas, já que são exigências para a celebração do casamento válido. Entre essas, merecem destaque:

que, por força do disposto no art. 1.533 do referido código, o casamento celebrar-se-á no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante pedido dos contraentes previamente habilitados;

b) que a solenidade será realizada na sede do cartório ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular, desde que, neste último caso, o casamento seja realizado com portas abertas e acesso franqueado a qualquer pessoa durante todo o ato;

c) que, sendo o casamento realizado em edifício público, estejam presentes pelo menos duas testemunhas e, no caso de ser realizado em edifício particular, pelo menos quatro testemunhas, conforme dispõe o parágrafo 2º do art. 1.534. Também serão exigidas quatro testemunhas, no caso de algum nubente não souber ou não puder escrever.

Autoridade competente para a celebração do ato será a autoridade do lugar onde foi processada a habilitação, em conformidade com o disposto nas leis de organização judiciária. Sendo essas leis de âmbito estadual, temos, por autoridade competente, segundo a lição, de FUJITA<sup>26</sup>, no Estado de São Paulo o juiz de casamentos (o Art. 89 da Constituição Estadual criou a Justiça de Paz, mas ainda não foi editada a lei ordinária exigida pelo art. 16 das Disposições Transitórias); no Estado do Paraná, o juiz de direito; no Estado do Rio de Janeiro, o juiz do registro civil; e, na maioria dos demais estados brasileiros, o juiz de paz.

Por força do disposto no Art. 1.535 do Código Civil vigente, é exigida a presença dos nubentes perante a autoridade celebrante ou,

<sup>26</sup> FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de direito civil*, 2 ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p.68.

de pelo menos um deles. Portanto, um dos contraentes pode ser representado por procurador com poderes especiais, exigindo-se, no caso, procuração por instrumento público.

Também, por força da norma do art. 1.535, faz-se necessária a declaração dos nubentes de que pretendem se casar de livre e espontânea vontade. Além disso, segundo exige o mesmo artigo, deve haver manifestação da autoridade competente, declarando efetuado o casamento, nos seguintes termos: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados”.

Predomina, entre os doutrinadores, o entendimento doutrinário de que, a partir desse instante, está constituído o vínculo, não cabendo arrependimento. Ainda, conforme FUJITA<sup>27</sup>, “de outra parte, não haverá casamento, se o juiz, mesmo recebendo afirmativa dos noivos, vier a falecer antes de pronunciar a fórmula solene da lei”.

Referido entendimento encontra alguma oposição jurisprudencial, sob a justificativa de que o momento da realização do casamento, por força da regra contida no Art. 1.514 do mesmo Código, é aquele em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal.

Tal oposição, no entanto, é refutada por parte da doutrina, sob a alegação de que o Art. 1.514 do Código Civil, ao mesmo tempo em que fixa como momento da realização do casamento aquele em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, estabelece, também **que o juiz os declarará casados**. Sendo assim, afirmam, o complemento contido no final do artigo, iniciado pela partícula “e” (e o juiz os declara casados) é requisito essencial para a realização do ato.

Segundo a lição de CENEVIVA<sup>28</sup>, “é normal, portanto, que o Código de 2003 mantivesse o exemplo mais expressivo de forma exigida, no artigo 1.535, no qual até as

palavras sacramentais proferidas pelo presidente da solenidade do casamento estão previstas: *de acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados*. Nesse momento e antes da lavratura e assinatura do termo, os nubentes passam de seu estado civil anterior ao de casados. As palavras sacramentais, uma vez proferidas, mudam definitivamente a vida dos nubentes”.

Após a celebração é necessário, segundo o disposto no Art. 1.536, lavrar-se o assento no livro de registro. Tal formalidade tem o mister de servir como meio de prova e de publicidade do casamento.

Merecem, também, serem apontadas as denominadas formas especiais de casamento, referidas nos Arts. 1.539 a 1.542 do Código Civil, para as quais exigem-se formalidades diferenciadas de cerimônia. São elas:

No caso de moléstia grave de um dos nubentes:

Ocorrendo tal hipótese, além da dispensa do edital, poderá o nubente, no caso de doença que o impeça de locomover-se e de adiar o ato, solicitar a presença da autoridade celebrante e do oficial de registro civil em sua casa ou hospital, mesmo à noite.

Exige-se, entretanto, para a validade do ato, a presença de duas testemunhas que saibam ler e escrever (Art. 1.534) ou de quatro testemunhas, caso um dos nubentes ou ambos não saibam ler e escrever.

Se a autoridade celebrante não puder comparecer, designará um substituto legal. Na hipótese de ocorrer a impossibilidade de comparecimento do oficial do Registro, será nomeado um celebrante *ad hoc*. Neste caso, o termo deverá ser arquivado no prazo de cinco dias, sob pena de invalidação do casamento.

Casamento nuncupativo (iminente risco de vida):

Nessa hipótese, são dispensadas as formalidades e a presença da autoridade celebrante ou de seu substituto para a celebração do casamento.

Faz-se necessário, entretanto, por força do Art. 1.540, que o casamento seja realizado na presença de 6 testemunhas, sem parentesco em linha reta ou colateral até 2º grau com os nubentes.

<sup>27</sup> Idem, p. 69.

<sup>28</sup> CENEVIVA, Walter. *Formalismo, formalidades e forma no código civil*. In Revista do Advogado nº 77/87-95, julho de 2004. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, p. 68.

E, nos termos do disposto no Art. 1.542 do novo Código, o nubente que não estiver em iminente risco de vida pode ser representado por procurador. Entretanto, após a realização do casamento, as testemunhas deverão comparecer em cartório.

A terceira dessas denominadas formas especiais é o casamento realizado por procuração.

Segundo o Art. 1.542 do novo Código, que disciplina essa forma, a procuração deve ser outorgada por instrumento público, com poderes especiais, tendo como validade máxima 90 (noventa) dias.

Deve-se, observar, por oportuno, que a procuração só pode ser outorgada por um dos nubentes e, no instrumento, deverá constar, além do nome do outro nubente, o regime de bens, salvo se a lei indicar outro regime.

Segundo o entendimento dominante, não há, neste caso, a necessidade de justificar os motivos da procuração. Todavia, o instrumento deverá ser arquivado no cartório competente, sendo exigido que a autoridade celebrante pronuncie a fórmula do Art. 1.535, sob pena de nulidade do ato.

É facultado ao outorgante revogar a procuração, até o instante da celebração do matrimônio, sem necessidade de dar ciência ao mandatário, nem ao outro nubente. Responde, entretanto o mandante, neste caso, por perdas e danos.

Nota-se, portanto, que, independente do tipo e da época, a celebração do casamento vem sempre marcada por solenidade. Fundado na vontade recíproca de procriar e educar os filhos, é ato formal e performático, onde as palavras se transformam em ação (falar é fazer).

Seja qual for o período histórico em que se analise (entre os romanos do período arcaico; entre os povos germânicos da alta Idade Média; ou no mundo moderno) é forçoso admitir que o casamento conserva sua característica principal: ato jurídico complexo e solene, conforme preceitua Arnoldo Wald.

Entre os diversos elementos, presentes em nossa legislação civil, que podem ser apontados característicos dessa solenidade, um nos parece emblemático e esclarecedor: a norma contida no Art. 1.535 do Código Civil. Segundo o disposto na referida norma, as palavras do presidente da solenidade, uma vez proferidas, mudam a vida dos nubentes. Guardadas as devidas proporções, ousamos afirmar que as palavras do presidente da solenidade, nos moldes do artigo citado, possuem caráter semelhante ao do sacerdote no período das ações da lei romano, eis que sua simples pronúncia muda o estado civil dos nubentes, independentemente da lavratura e assinatura do termo.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

### REFERÊNCIAS

---

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**, 5 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, v. 2.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, 2 ed., São Paulo, Atlas, 2002.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Dever de coabitação inadimplemento**. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976.
- CENEVIVA, Walter. **Formalismo, formalidades e forma no código civil**. In Revista do Advogado nº 77/87-95, julho de 2004. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 5.
- FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil**, 2ª ed., São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- GAUDEMET, Jean. **Il matrimonio in occidente**. Torino, Societá Editrice Internazionale, 1976.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- WALD, Arnoldo. **Direito de família**. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.