

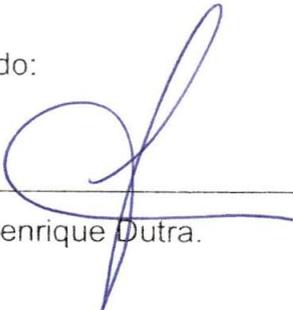
FACER FACULDADES UNIDADE RUBIATABA  
CURSO DE DIREITO

RUYTHER GUSTAVO MACIEL

ESTUDO DO CASAMENTO NUNCUPATIVO NA LEGISLAÇÃO  
BRASILEIRA

Monografia apresentada à Faculdades FACER  
Unidade Rubiataba, como requisito para  
obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a  
orientação do Professor – Pedro Henrique  
Dutra especialista em Direito Civil, Processo  
Civil e Educação.

De acordo:

  
\_\_\_\_\_  
Pedro Henrique Dutra.

RUBIATABA

2014

Dedico este trabalho à Deus, que me sustentou e amparou em todos os momentos, a minha família pelo apoio incondicional, aos mestres pelos ensinamentos repassados e experiências de vidas trocadas.

Agradeço a todos aqueles que me ajudaram e apoiaram no decorrer deste curso, em especial a minha família que soube compreender minhas ausências e me incentivar em todos os momentos.

*“A vida é uma peça de teatro que não permite ensaios. Por isso, cante, chore, dance, ria e viva intensamente, antes que a cortina se feche e a peça termine sem aplausos”.*

*Charles Chaplin*

# FOLHA DE APROVAÇÃO

**Ruyther Gustavo maciel**

**Casamento nuncupativo na legislação brasileira**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL  
EM DIREITO PELA FACER – FACULDADES - UNIDADE DE  
RUBIATABA

RESULTADO: \_\_\_\_\_

Orientador: \_\_\_\_\_

Pedro Henrique Dutra

1º Examinador (a): \_\_\_\_\_

2º Examinador (a) \_\_\_\_\_

**RUBIATABA**

**2014**

## RESUMO

O artigo 1.540 do Código Civil reza que: "Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau". Assim, o Código Civil no artigo supra, estabeleceu a possibilidade do casamento celebrado em caso de iminente risco de vida de um dos nubentes, sendo que alguns doutrinadores o chamam também de casamento "in articulo mortis" ou "in extremis", sendo que o mesmo ocorre quando se permite a dispensa do processo de habilitação e até a presença do celebrante, haja vista o iminente risco de morte e a duração da vida não poderá ir além de alguns instantes ou horas. Importante salientar que os nubentes devem estar na plenitude do discernimento, assim, nessas desesperadoras circunstâncias, pode a pessoa desejar a regularização da vida conjugal que mantém com a outra, ou pretender se efetive o casamento já programado e decidido, mas ainda não providenciado o encaminhamento, por isso que esse casamento também é conhecido como de viva voz. O casamento deverá ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau. Posteriormente, as testemunhas devem, no prazo de 10 dias, comparecer perante o juiz de direito mais próximo, para sejam ouvidas as suas declarações. Caso as testemunhas não se apresentarem no prazo legal, as mesmas poderão ser intimadas para tanto, posteriormente o juiz ouvirá o Ministério Público, procederá com as diligências necessárias para verificar se os contraentes poderiam ter se habilitado normalmente, bem como ouvirá os interessados que o requereram no prazo de quinze dias, assim, o Juiz verificando a validade de todos os atos, prolatará sua decisão e após transitada em julgado a sentença determinará a lavratura do registro que tem efeitos ex tunc. Ainda, se o enfermo convalescer, deverá ratificar o ato na presença do magistrado e do oficial do registro, no prazo de dez dias, não havendo a necessidade da presença das testemunhas, contudo, se nem as testemunhas nem os interessados manifestarem-se, o casamento é inexistente.

**Palavras-Chaves:** "Código Civil", "In extremis", "nubentes"

## ABSTRACT

Article 1540 of the Civil Code states that: "When some of the contracting parties is in imminent danger of life, not getting the presence of the authority which lies beside the act, or the replacement, can the marriage be celebrated in the presence of six witnesses that with the spouses have no kinship straight, or, in the side, to the second degree." Thus, the Civil Code article above, established the possibility of marriage made in case of imminent risk of death of one of the spouses, and some scholars also call the marriage "in articulo mortis" or "in extremis", and the same could be said allows the waiver of a clearance procedure and to the presence of the celebrant, given the imminent risk of death and the duration of life can not go beyond a few moments or hours. Important to note that the spouses must be in the fullness of discernment, so in these desperate circumstances, can the person you want the settlement of married life he has with the other, or want to become effective marriage already planned and decided, but not yet provided the routing, so that this marriage is also known as open outcry. The wedding will be celebrated in the presence of six witnesses, who with the spouses have no kinship straight, or, in the side, to the second degree. Later, witnesses shall, within 10 days, before the judge nearest right to be heard for their statements. If the witnesses are not present within the statutory period, they might be summoned to do so, then the judge will hear the Ministry Public, proceed with the necessary steps to verify that the contractors could have enabled normally and will hear the parties who requested within fifteen days, so the Judge checking the validity of all acts, prolatará its decision and after a final and unappealable judgment to determine the transcription of the record that has ex tunc effects. Still, if the sick convalesce, should ratify the act in the presence of the magistrate and the registry officer, within ten days, with no need of the presence of the witnesses, however, are not witnesses or interested parties to submit comments, the marriage is non-existent.

Key words: "Civil Code", "In extremis", "spouses".

## LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CC\_ Código Civil

CPC- Código de Processo Civil

EC. – Emenda Constitucional

Ed. – Edição

p. - página

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO.....   | 10 |
| 2 A HISTÓRIA DO CASAMENTO.....  | 14 |
| 2.1 Casamento na antiguidade.....   | 14 |
| 2.2 A instituição do casamento religioso.....                             | 18 |
| 2.3 A instituição do casamento civil.....                                 | 21 |
| 3 O CASAMENTO RELIGIOSO NO BRASIL: DO IMPÉRIO À REPÚBLICA.....            | 27 |
| 3.1 Constituição do Império e o casamento apenas religioso.....           | 27 |
| 3.2 A Constituição Republicana de 189.....                                | 28 |
| 3.2.1 O Estado Brasileiro Laico.....                                      | 28 |
| 3.3 A Constituição de 1934 e o casamento religioso com efeitos civis..... | 30 |
| 3.4 A Constituição de 1937.....   | 32 |
| 3.5 A Constituição de 1946 e o efeito civil do casamento religioso.....   | 33 |
| 3.6 A Constituição e 1967 e a emenda nº 1 de 1969.....                    | 35 |
| 3.7 A Constituição de 1988 e suas inovações.....                          | 36 |
| 4 O CASAMENTO CIVIL NA LEGISLAÇÃO BRASIELIRA ATUAL.....                   | 37 |
| 4.1 Do casamento civil e sua gratuidade.....                              | 37 |
| 4.1.1 História.....   | 37 |
| 4.2 A união estável como entidade familiar.....                           | 39 |
| 4.3 Regimes matrimoniais na Legislação Brasileira.....                    | 41 |
| 4.3.1 Comunhão parcial de bens.....                                       | 41 |
| 4.3.2 Comunhão universal de bens.....                                     | 42 |
| 4.3.3 Separação total de bens.....  | 43 |
| 4.3.4 Participação final nos aquestos .....                               | 44 |

|  |    |
|--|----|
| 5 CASAMENTO NUNCUPATIVO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....  | 47 |
| 5.1 A regra geral para o casamento nuncupativo.....    | 54 |
| 5.2 Situação excepcional no casamento nuncupativo..... | 55 |
| 6 CONCLUSÃO.....                                       | 57 |
| 7 REFERÊNCIAS.....                                     | 61 |

## 1 INTRODUÇÃO

Dentre as várias formalidades de celebração do casamento, o Código Civil Brasileiro, em seu Artigo 1540 estabeleceu a possibilidade do casamento celebrado em caso de *iminente risco de vida* de um dos nubentes, mas que este esteja com pleno domínio de suas faculdades mentais.

Art. 1540. Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incuba presidir o ato, nem de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau. (ANGHER, 2007. p. 343).

Assim, casamento nuncupativo é aquele que se faz mediante a simples declaração da vontade dos contraentes, em virtude do iminente risco de vida de algum deles, sem a presidência da autoridade competente, preenchidos os requisitos legais.

Sobre o assunto, Gomes (1978, p. 123) distingue: “O casamento *in extremis* do casamento em caso de *moléstia grave*, que tem por pressuposto basilar o estado de saúde de um dos nubentes, cuja gravidade o impeça de locomover-se e de adiar a cerimônia”.

Em que pese ser criticado por grande parte da Doutrina, o casamento nuncupativo, para outros, trata-se de um remédio excepcional àqueles casos de extrema urgência, em que um dos nubentes, face ao seu estado demasiadamente grave, não possui tempo suficiente para se submeter às formalidades preliminares ordinariamente exigidas, nem tampouco para aguardar o comparecimento da autoridade celebrante.

No segundo caso, o matrimônio fundamenta-se no inerente risco de vida. Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves exemplifica: quando um dos nubentes é ferido por disparo de arma de fogo, ou acidenta-se de alguma maneira grave ou se for a vítima de algum mal súbito, em que não exista expectativa de se salvar e sua vida não resistir alguns instantes ou horas. (GONÇALVES, 2008, p. 400-401).

Conforme Carlos Roberto Gonçalves, o casamento nuncupativo é uma celebração de máxima urgência, quando não for possível conseguir a presença do

juiz e de seus suplentes, os nubentes poderão realizar a cerimônia perante seis testemunhas, desde que não possuam nenhum tipo de parentesco em linha reta ou colateral até o segundo grau com o nubente. (GONÇALVES, 2008, p. 115).

As testemunhas obrigatoriamente deverão comparecer ao fórum no prazo de dez dias, para submeter em termo judicial que foram chamadas pelo cônjuge portador da moléstia, que o cônjuge estava em perigo de vida iminente, mas em seu juízo, e que presenciaram o fato de ela e o outro nubente enunciarem de forma oral a vontade de se casarem. (COELHO, 2012, p. 59).

Portanto, é possível afirmar que o casamento nuncupativo tem como propósito fundamental zelar pelo estado de saúde de um dos nubentes, pelo qual um deles seja impedido de locomover-se até a cerimônia, permitindo-se dessa maneira, requerer a presença do celebrante e do oficial no local em que esteja. (DINIZ, 2007, p. 108). Arnaldo Rizzardo (2006) dispõe sobre o tema:

A urgência pode ser tão grave que o casamento deverá realizar-se subitamente, ou de imediato, sem qualquer possibilidade de encenar a solenidade com a presença de juiz oficial e oficial do Registro Civil.

A lei permite que além da forma direta do casamento nuncupativo, este pode também ser realizado mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais. No entanto Maria Helena Diniz (2004) ressalta muito bem sobre o tema quando diz:

O outro nubente, ante a precariedade de seu estado de saúde, deverá participar do ato pessoalmente, para que o celebrante e as testemunhas possam atestar não só a existência do risco de vida, mas também o seu estado de lucidez e consciência, além da vontade livre e espontânea de se casar com aquela determinada pessoa.

Os requisitos para a ocorrência do casamento nuncupativo são os seguintes: Iminente risco de vida de algum dos contraentes; não obtenção da presença da autoridade, a quem incumba presidir ao ato, nem a de seu substituto; presença de seis testemunhas, que os nubentes não tenham parentesco em linha reta ou na colateral em segundo grau.

Para que o casamento nuncupativo seja validado legalmente é necessário o comparecimento posterior das testemunhas, conforme reza o Código Civil, que

essas testemunhas deverão comparecer dentro de dez dias, perante a autoridade judicial mais próxima, pedindo que lhes tomem por termo o seguinte: Que foram convocadas por parte do enfermo; que este parecia em perigo de vida, mas em juízo; que em sua presença declararam os contraentes livre e espontaneamente receber-se por marido e mulher.

Assim sendo, para que se alcance os efeitos civis do matrimônio, permite a lei a sua celebração com dispensa das mais importantes formalidades, tais como o processo de habilitação, a publicação dos proclamas bem como a presença da autoridade, celebrando-se o casamento apenas testemunhas, eis então o casamento nuncupativo.

Para abordar o tema em pauta deste trabalho, foi realizado uma "breve caminhada" na história do casamento, iniciando pela Bíblia Sagrada, perpassando pelo casamento na antiguidade, o casamento religioso no Brasil do Império à República, os diferentes regimes matrimoniais na Legislação Brasileira dentre estes, o casamento nuncupativo.

A metodologia utilizada para fundamentar este trabalho e também para que possa ampliar os conhecimentos será desenvolvida por meio de compilação de dados e pesquisas, colocando em cena diversos aspectos doutrinários, levando em consideração as contraposições, bem como as fundamentações jurídicas. Enfim, os métodos a serem utilizados são o indutivo e o hipotético-dedutivo, fundamentado na necessidade de formulação de conjecturas e hipóteses ou evidências. Também serão utilizadas citações diretas e indiretas.

No Capítulo 1 analisar-se-á, de modo geral a história do casamento, desde o casamento na antiguidade, a instituição do casamento religioso e a instituição do casamento civil. Ver-se-á neste capítulo que o casamento é uma instituição que existe desde sempre.

O Capítulo 2 irá abordar o casamento religioso no Brasil Império e a instituição do casamento civil nas Constituições Republicanas: Constituição Republicana de 1981 a atual Constituição, a de 1988. Analisando todas estas Constituições iremos conhecer como se deu a regulamentação desde o casamento apenas religioso, passando pelo casamento religioso com efeito civil e a instituição do casamento civil em si e sua gratuidade bem como da união estável como forma de casamento.

O Capítulo 3 tem como objetivo apresentar os regimes matrimoniais na atual Legislação Brasileira onde haverá maior aprofundamento sobre os quatros regimes de bens que vigoram no país, sendo: Comunhão parcial de bens, Comunhão universal de bens, separação total de bens e Participação final nos aquestos.

No Capítulo 4 abordar-se-á amplamente sobre o foco deste trabalho que é o casamento nuncupativo na Legislação Brasileira. Esta forma peculiar de casamento, amparada pelo Código Civil, com regras próprias e situações excepcionais trata-se de uma modalidade de realização de casamento quando um dos nubentes tem em vista o estado de iminente risco de morte, mas que este esteja lúcido a presente livre e espontânea vontade de se casar.

Por fim, cabe ressaltar que a pesquisa realizada visa contribuir no espaço acadêmico sobre a historiado casamento, fornecer elementos teóricos que podem colaborar para a compreensão de uma instituição que sempre existiu, diversificou-se, mas perdura na atualidade desde formas consideradas simples, como o "morar juntos" até uma forma complexa para se apreender, como casamento nuncupativo.

## 2 A HISTÓRIA DO CASAMENTO

*“O homem só é homem porque soube reunir-se ao homem”*

(George-Louis Leclerc de Buffon)

### 2.1 Casamento na antiguidade

Desde o início da vida humana já existia o casamento, embora como fato natural, a família o tenha precedido, formada que foi pelo impulso biológico que originalmente uniam o homem e a mulher, conforme disposto na Bíblia Sagrada no livro de Gênesis, 2:18 “E disse o Senhor Deus: não é bom que o homem esteja só; Far-lhe-ei uma adjutora que esteja como diante dele.”

Vínculos afetivos não são prerrogativas da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie seja pela verdadeira aversão à solidão. Tanto que se tem por natural a ideia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso. Registra Carlos Celso Orcesi da Costa (1987, p.5) que:

Nos primórdios dos tempos, o ser humano, destituído de inteligência, como qualquer outro animal, relacionava-se entre si apenas mediante o instituto que o encaminhava à procriação e a preservação da espécie. Através de comandos instintivos o casal se encontra apenas no momento da procriação, atraído pelo instinto, quase sempre em determinada estação do ano.

É certo que a união do homem e da mulher não tem apenas essa finalidade, visa também à constituição da família, ao complemento sentimental, ao companheirismo, enfim, à busca de valores inatos ao ser humano, daí porque os dois se unem e seguem juntos, compartilhando alegrias e repartindo tristezas.

Na antiguidade o casamento tinha finalidade social e política. O desenvolvimento lento da agricultura e da pecuária foi compondo os clãs, que eram constituídos de famílias que foram se fixando nas terras em definitivo. Essas

ocupações produziram agregações em outras tribos, em decorrência, principalmente, das uniões matrimoniais, formando-se assim uma comunidade política, onde a autoridade era paterna.

A definição de família se baseava no matrimônio e no patrimônio, em favor da segurança social e política e em detrimento do afeto, como afirma Claudete Carvalho Canezin (2006,p.6): “O casamento sempre representou na história da humanidade um componente de socialização, voltado aos interesses da sobrevivência econômica e política”.

Para os babilônicos o casamento era um contrato realizado entre o futuro marido e seus pais com os pais da futura esposa. Consistia na entrega de uma quantia em dinheiro, marcando assim o início de uma parceria, a primeira fase da realização do matrimônio.

O contrato era indispensável para a validade desse casamento. Se um homem tomou uma esposa e não redigiu seu contrato, essa mulher não é sua esposa. As cerimônias religiosas do casamento estavam desprovidas de caráter jurídico.

Já no Egito, inicialmente, o casamento era monogâmico e religioso, onde somente o faraó podia ter várias esposas. A aprovação dos pais era condição obrigatória para a realização do matrimônio, que só se completava com a troca de presentes entre as famílias. Após a unificação do Alto Egito, passou-se a exigir o consentimento dos esposos e também um contrato. Prevalece o princípio da igualdade dos cônjuges, tendo a mulher plena capacidade, inclusive de dispor de seus próprios bens. O divórcio só era permitido para os casos de adultério feminino ou esterilidade. A mulher judia também não era totalmente submissa, pois o casamento dependia de sua aceitação quando fosse maior de idade. As esposas legítimas tinham igualdade de direitos, diferente das concubinas e das escravas. Orcesi da Costa (1987, p. 8).

Na Grécia, nem as diversidades das cidades e de seus gêneros de vida, apagaram alguns costumes que marcaram as instituições familiares e a organização social. Orcesi da Costa (1987, p. 9).

Em Atenas a família era monogâmica, apesar de o concubinato ser aceito pelos costumes. O casamento era sempre antecedido do noivado, que era uma negociação entre o pai da noiva e o futuro marido. A mulher ateniense não era vista

como cidadã, pois não tinha nem direitos civis e nem jurídicos, sendo sempre submetida ao seu pai ou seu tutor, seu marido ou seus filhos caso fosse viúva. Não podiam comprar e nem vender imóveis, sendo seus os únicos direitos o poder de se casar e o de gerar descendentes legítimos. Só era punido o adultério feminino; o divórcio consistia, simplesmente, no repúdio do marido pela mulher. Orcesi da Costa (1987, p. 10).

O casamento em Roma era uma das principais instituições da sociedade e tinha como objetivo primordial a geração de filhos legítimos para herdarem a propriedade e o estatuto dos pais, conforme palavras de Azevedo (2002, p.38): “O casamento foi o fundamento da família e da sociedade romana”.

Em Roma existem dois conceitos clássicos de casamento, o de Modestino que definia as núpcias como sendo a união do marido e da mulher e o consórcio para toda a vida, a comunicação do direito divino e do humano e o das às Institutas, onde o matrimônio significava a união do varão e da mulher, aludindo a uma comunhão indivisível de vida. Segundo Azevedo (2002) nestes conceitos estão presentes dois elementos distintivos: o objetivo, que seria a convivência do marido e da mulher, e o subjetivo, representado pela afeição marital, pelo pleno consórcio entre ambos.

Comentando estes elementos, o autor (2002, p.39) acima citado diz que: A afeição conjugal era indispensável fator à própria existência do casamento, pois parece ter sido uma lição dos romanos, plantada como semente de grande espiritualidade, que deu ao matrimônio esse colorido imaterial. Entretanto, em regime de desigualdade de direitos entre o homem e a mulher, a afeição conjugal viria a ser cultivada em sentido de constante humanização, sob influência do cristianismo, como verdadeiro exemplo à formação da família moderna, em que a independência dos membros da família existe e sob um mútuo controle e respeito de um pelo outro.

A afeição entre os cônjuges romanos era o elemento mais importante do casamento e significava a intenção de ter uma vida em comum, de estabelecer uma sociedade conjugal. Ele não era indissolúvel, porém revestia-se de um caráter de perpetuidade no sentido de que a união deveria ser duradoura.

A *affectio maritalis*<sup>1</sup> enquanto perdurasse, garantia a manutenção do casamento, desaparecida, extinguia-se o vínculo.

Era perfeita a sintonia entre o *corpus* e o *animus*. A falta de um desses elementos implicaria a extinção do casamento, que se consumava sem maiores formalidades e sem a intervenção do Estado, pois não existia no Direito romano qualquer lei que regulasse as relações entre os esposos, encontrando-se a sua disciplina do dever de coabitação, inserido na esfera da moral, com alguns reflexos na esfera jurídica, devido, principalmente, à condição de inferioridade da mulher na sociedade romana.

Inicialmente não era necessária nenhuma espécie de cerimônia legal ou religiosa para a validação do casamento na Roma Antiga, bastava a coabitação para que fossem considerados casados. Era carente de qualquer valor jurídico, embora tivesse grande importância social, como ressalta o professor Álvaro Villaça (2002, p.40): Como o matrimônio romano não é uma relação jurídica, mas um fato social, os princípios referentes à celebração, dissolução e proteção do matrimônio não constituem uma regulamentação propriamente jurídica, mas que melhor se enquadram no campo da ética.

Para a tornar autêntico o casamento, na Roma Antiga, era imprescindível à obediência a dois critérios, quais sejam: capacidade jurídica matrimonial e o consentimento, que era dos nubentes e do pater famílias, conforme José Cretella Júnior (1999, p. 189): “o matrimônio é justo ou legítimo se entre aqueles que contraem as núpcias existir *conubium*, e se tanto o varão for púbere, quanto a mulher núbil, e se um e outros consentem ou consentem seus pais, se sujeitos ao poder destes”.

Na sociedade romana existiam duas formas de casamento, o *cum manum* e o *sine manum*. No primeiro caso o homem adquiria o poder marital sobre a mulher, que se desvinculava da família de origem e ingressava na do marido com os seus bens. Era uma forma autocrática, onde a mulher não tinha qualquer tipo de direitos sobre seus bens e sobre sua própria vida. Esse tipo de casamento caiu em

---

<sup>1</sup> Vontade dos cônjuges de fazer perdurar sua união. Art. 231 “antigo” Código Civil.

desuso dando lugar ao *sine manum*, que consistia na permanência da tutela da mulher com o seu pai, além de poder dispor dos seus bens e receber herança.

O casamento cum *manum* podia ser realizado de três formas: *confarreatio*, *coemptio* e *usus*. A *confarreatio* era a forma mais antiga de casamento em Roma e era um procedimento reservado ao patriarcado. Apresentava-se sob rituais e formas religiosas, onde era obrigatória a presença dos sacerdotes e de dez testemunhas.

Já a *coemptio* era o tipo de casamento realizado principalmente entre os plebeus e consistia na reconstituição simbólica da venda da mulher ao marido, conforme palavras de Cretella Júnior (1999, p. 120): “A própria mulher é que se vende, que se emancipa ao marido na presença de cinco cidadãos púberes e de um porta balança, na qual era colocada uma moeda de prata ou de bronze”.

A forma de casamento *usus* se concretizava quando uma mulher tivesse coabitado de maneira ininterrupta por um ano com um homem. Se durante este período a mulher passasse três noites fora do domicílio conjugal, continuava solteira e sob a tutela do pai.

## 2.2 A instituição do casamento religioso

Na Idade Média (séculos XI-XII) o casamento passa a ser um sacramento da Igreja constituindo um modelo conjugal cristão, no qual a indissolubilidade do casamento era exigida assim como a imagem de pureza da união. Não se dava importância ao amor no relacionamento e a validade do sacramento do matrimônio residia na fidelidade e em filhos em comum, portanto, o amor entre os cônjuges era considerado um resultado da união e não como base do relacionamento. O cristianismo em 392 foi proclamado religião oficial. Entre 965 e 1008 eram batizados os reis da Dinamarca, Polônia, Hungria, Rússia, Noruega e Suécia. Araújo (2006, p. 5).

Desses dois fatos resultou o formato do casamento, em princípios do ano 1000, com uma face totalmente nova. Durante o Sacro Império Romano Germânico - que sucedeu ao desaparecido Império Romano, dirigido por Oto III de 998 a 1002,

houve uma fabulosa transformação das sociedades urbanas romanas e das sociedades rurais germânicas e eslavas. As uniões entre homens e mulheres eram, então, o resultado complexo de renitências pagãs, de interesses políticos e de uma poderosa evangelização. Araújo (2006, p. 6).

"Amor: desejo que tudo tenta monopolizar; caridade: terna unidade; ódio: desprezo pelas vaidades deste mundo." Esse breve exercício escolar, escrito no dorso de um manuscrito do início do século XI, exprime bem o conflito entre as concepções pagã e cristã do casamento. Para os pagãos, fossem eles germânicos, eslavos ou ainda mais recentemente vikings instalados na Normandia desde 911, o amor era visto como subversivo, como destruidor da sociedade. Para os cristãos, como o bispo e escritor Jonas de Orléans, o termo caridade exprimia, com o qualificativo "conjugal", um amor privilegiado e de ternura no interior da célula conjugal. Esse otimismo aparecia em determinados decretos pontificais, por meio de termos como afeto marital (*maritalis affectio*) ou amor conjugal (*dilectio conjugalis*). Evidentemente, o ideal cristão era abrir mão dos bens deste mundo desprezando-os, o que constituía um convite ao celibato convencional. Costa (2000, p. 259).

A Europa pagã, mal batizada no ano 1000, apresentava portanto uma concepção do casamento totalmente contrária à dos cristãos, os casamentos eram poligâmicos e relativamente parecidos com os rituais de outras religiões, consideradas pagãs. O casamento na região da Normandia revela de forma mais clara como eram os casamentos na era pagã, a propósito era muito semelhante ao da Suécia ou da Boêmia. Os vikings praticavam um casamento poligâmico, com uma esposa de primeiro escalão que tinha todos os direitos, e com esposas ou concubinas de segundo escalão, cujos filhos não tinham nenhum direito, a menos que a oficial fosse estéril, ou tivesse sido repudiada. As cerimônias de noivado organizavam a transmissão de bens, mas não havia casamento verdadeiro a não ser que tivesse havido união carnal. Na manhã da noite de núpcias, o esposo oferecia à mulher um conjunto muitas vezes bastante significativo de bens móveis. Ele era chamado de presente matinal (*Morgengabe*), que os juristas romanos batizaram de dote. Portanto, o papel da esposa oficial era bem importante, sobretudo se ela tivesse muitos filhos, já que o objetivo principal era a procriação. (Michel Rouche, p. 154)

Essas uniões eram essencialmente políticas e sociais, decididas pelos pais. Tratava-se de constituir unidades familiares amplas, no interior das quais reinasse a paz. Por isso, as concubinas de segundo escalão eram chamadas de Friedlehen ou Frilla, ou seja, "cauções de paz". Na verdade, elas vinham de famílias hostis de longa data. A partir do momento em que o sangue de ambas as famílias se misturava, a guerra já não era mais possível. Assim, as mães escolhiam as esposas dos filhos, ou os maridos, das filhas, sempre nos mesmos grupos clássicos, a fim de salvaguardar essa paz. Se uma esposa morresse, o viúvo se casaria com a irmã dela. Dessa forma, pouco a pouco as grandes famílias tornavam-se cada vez mais chegadas por laços de sangue (consanguinidade), pela aliança (afinidade) e, finalmente, completamente incestuosas. Acrescentemos a esse quadro as ligações entre os homens, a adoção pelas armas, o juramento de fidelidade e outras ligações feudais que triunfaram no século X como um verdadeiro "parentesco suplementar", segundo a expressão de Marc Bloch, e teremos a prova de que esses casamentos pagãos não deixavam nenhum espaço livre para o sentimento. (Michel Rouche, p. 155).

Assim, quando o amor se manifestava, ele só podia ser adúltero, ou assumir a forma de um estupro, maneira de tornar o casamento irreversível, ou de um rapto mais ou menos combinado entre o raptor e a "raptada", a fim de ludibriar a vontade dos pais. Nesses casos o amor era efetivamente subversivo, uma vez que destruía a ordem estabelecida. Ele se tornava sinônimo de morte e de ruína política, como prova o romance, de fundo histórico verdadeiro, Tristão e Isolda, transmitidos oralmente pelo mundo europeu de então celta, franco e germânico. Tristão, sobrinho do rei e seu vassalo, cometeu ao mesmo tempo incesto, adultério e traição para com o rei Marco, o marido de Isolda. Aliás, ele mesmo diz, após seu primeiro encontro: "Que venha a morte". Mcfarlane (1990).

O casamento cristão passou a acontecer de fato por volta do século IX, quando a Igreja começou a chamar para si a competência exclusiva para regulamentar toda a matéria matrimonial. Ela passou a influenciar sobremaneira as relações matrimônias.

O casamento na Idade Média tinha caráter indissolúvel e era monogâmico, conforme descrito no Evangelho de São Mateus (1993, 19, 3 a 9): "... assim, não

são mais dois, mas uma só carne. Portanto o que Deus ajuntou, não se separe o homem”.

O casamento era um sacramento e não podia os homens dissolver a união realizada por Deus. O divórcio era considerado como contrário à própria índole da família e ao interesse dos filhos, só sendo aceito em relação aos infiéis, pois neste caso o casamento não tinha caráter sagrado.

A doutrina cristã estabeleceu um sistema de impedimentos para o casamento, já que este era indissolúvel. Esses impedimentos justificariam a nulidade ou anulabilidade do casamento. Para a sua validação a Igreja Católica exigia o consenso dos nubentes e as relações sexuais voluntárias. Desta forma o simples consentimento das partes caracterizava o casamento, mas este só pode ser dissolvido, quando não tiver havido entre os cônjuges relação sexual. Vainfas (1986, p. 32).

Com o Concílio de Trento<sup>2</sup> houve algumas mudanças relacionadas ao casamento. Para que não restassem dúvidas sobre a validade do consentimento dada pelos esposos, foi criada a forma Tridentina, onde se reafirmou solenemente o caráter sacramental do casamento, reconhecendo a competência exclusiva da Igreja, representada por seus párocos ou sacerdotes, para a celebração, conforme palavras de Álvaro Villaça Azevedo (2002, p.60-61): O matrimônio é, portanto, um negócio formal, todavia, para assegurar o mais possível a certeza da troca de vontades e por razões, que podemos dizer, de ordem pública (prova de sua existência), foi estabelecida uma forma determinada para a manifestação da vontade, observando-se-a, inderrogavelmente, como essencial, nos casos normais, para a validade desse matrimônio. Se esta formalidade não fosse cumprida, acarretaria a nulidade do casamento.

### **2.3 A instituição do casamento civil**

O Casamento civil surgiu na Europa na segunda metade do século XVIII, após as revoluções Francesa e Protestante. Antes disso, somente os casamentos

---

<sup>2</sup> Reunião de cunho religioso convocada pelo papa Paulo III em 1.546 na cidade de Trento. Tinha como objetivo estreitar a união da igreja e reprimir os abusos.

celebrados pela Igreja Católica eram reconhecidos como legítimos para todos os efeitos. Durante a Revolução Francesa a Igreja foi um dos pilares da monarquia a ser derrubado, ao mesmo tempo em que surgiram as bases do direito moderno. A partir desse movimento criaram-se as primeiras instituições baseadas na igualdade jurídica e liberdades pessoais. Lobo (2000, p. 249).

Segundo essas, todos teriam o direito de se casar, independente da religião. Como consequência o Estado tomou para si a responsabilidade do casamento, criando a união civil.

Como visto anteriormente, após a queda da autoridade imperial no Ocidente, quando foi preciso reorganizar a vida pública, pode-se dizer que a autoridade geralmente acatada na Europa era a dos bispos. Estes, por conseguinte, aproveitando o que havia de sadio nas instituições romanas, foram restaurando a civilização sobre princípios essencialmente cristãos. Desde então a legislação matrimonial, atinente que era a um sacramento, ficou sendo de competência da Igreja; os povos germânicos, embora tivessem suas tradições anteriores, iam cedendo às leis cristãs; os reis merovíngios e carolíngios (séc. VII/IX) apoiavam a estas o mais possível. Em consequência, por toda a Idade Média foi reconhecida à Igreja jurisdição plena em tudo que concernia ao matrimônio; este era tido como algo de essencialmente religioso e cristão. Lobo (2000, p. 250).

Segundo Moraes (1993, p. 173), no séc. XVI, porém, sobreveio Lutero, que introduziu concepções novas. Tinha o matrimônio na conta de função meramente natural, que interessava unicamente à fisiologia e à psicologia: para a mulher e principalmente para o varão, seria um remédio dado por Deus a fim de poderem ceder à concupiscência invencível e má sem que o pecado lhes fosse imputado (o ato conjugal seria por si mesmo pecaminoso, daí se derivava no reformador uma concepção sinistra do matrimônio: julgava-o rescindível pelo divórcio; dos seus princípios concluía outrossim que, se a um varão não bastasse uma esposa só, deveria tomar duas simultaneamente. Eis algumas de suas afirmações mais características:

*Apesar de todos os elogios que acabo de fazer à vida conjugal, não entendo conceder à natureza que na vida matrimonial não haja pecado;*

*corrompidos por Adão, a carne e o sangue, como diz o salmo 50, são concebidos e nascem no pecado. Por conseguinte, o dever conjugal nunca se cumpre sem pecado; mas, por misericórdia, Deus perdoa esse pecado, porque o matrimônio é obra dele; por meio deste pecado, Ele conserva todo o bem que Ele colocou e abençoou no matrimônio (fim do sermão sobre o matrimônio. Vom ehelichen Leben; Werke X b 304).*

A vida conjugal no matrimônio só não se concretiza um pecado porque é obra de Deus e sua misericórdia é eterna. Pois se assim não o fosse, a vida conjugal jamais se cumpriria sem pecado, pelo ardor e pela volúpia que nela se inserem. Mas mesmo com a misericórdia divina somos concebidos e nascemos no pecado.

*Como diz o salmo 50, o dever conjugal é pecado, pecado propriamente furioso. Pelo ardor e a volúpia perversa que nele se atuam, não difere em nada do adultério e da fornicação. Seria preciso, portanto, não lhes ceder, mas os esposos não o podem evitar. E, por fim, Deus não lhes imputa esse pecado, por pura misericórdia (Julgamento sobre os votos monásticos; Werke VIII 654,19).*

*Deus cobre o pecado, sem o qual não poderia haver gente casada (Werke XLII 582,30).*

Imbuído de tais ideias, Lutero afirmava que o matrimônio não é sacramento, mas “um ato exterior e físico, do tipo das outras ocupações ordinárias” (Werke X b 283,8), por isto depende imediatamente da jurisdição civil, ou seja, de um ato legal e perante a lei.

*Como se deve tratar de questões de matrimônio e de divórcio, já o expus: devem ser entregues aos peritos em leis e colocadas nas mãos dos magistrados civis. Com efeito, o casamento é coisa mundana e secundária, exatamente como o são esposa e filhos, casa e propriedades e o mais; por conseguinte, está sujeito à jurisdição do poder civil, o qual por sua vez está subordinado à lei da razão (Werke XLII 116).*

Os príncipes luteranos não hesitaram em valer-se destes princípios, tomando a seus cuidados as causas matrimoniais; instituíram cortes e instâncias próprias às quais atribuíam às antigas funções da cúria eclesiástica de legislar na matéria e reconhecer os contratos matrimoniais. Assim o casamento passou a ser

assunto do foro civil, do qual a religião não era propriamente banida, mas entrava apenas secundária ou remotamente; o príncipe civil vinha a ser autoridade religiosa autônoma. Um grande passo estava assim dado em direção da total laicização do casamento..

Nos séc. XVI - XVIII verificou-se na França o movimento chamado "galicano" que, tendendo a constituir uma Igreja nacional, emancipada da autoridade papal, atingia de muito perto as questões matrimoniais; estas, conforme os galicanos deveriam ser julgadas não na base das leis da Igreja Universal, mas de acordo com a jurisprudência do Estado, que legislaria autonomamente em matéria religiosa. Esta nova tendência a transferir da autoridade da Igreja para o poder civil os casos de casamentos se estendeu à Áustria, onde o Imperador José II (1780-1790), imbuído de galicanismo veemente, esteve prestes a declarar o cisma eclesiástico. Por influência de um canonista astuto e dissimulado sob o pseudônimo de Febrônio, os principados de Colônia, Tréviris, Mogúncia e Salzburgo, assim como o Grão-Ducado da Toscana (Sínodo de Pistoia, Itália) adotaram por sua vez idéias galicanas, separatistas, no decorrer do séc. XVIII. Observe-se que por essa época ainda não se celebrava o matrimônio meramente civil; contudo o valor religioso que, nas reivindicações galicanas, josefistas e febronianas, ainda se reconhecia ao casamento, ficava inteiramente subordinado às leis do Estado; o que quer dizer que era desvirtuado ou sufocado. Tüchle (1971, p. 234).

Finalmente a Revolução Francesa de 1789 constituiu a etapa final do processo. Os seus chefes apregoavam ao mundo ideia até então inaudita, ou seja, a concepção de um Estado meramente leigo, desconhecedor de qualquer valor religioso e, não obstante, pretensamente suficiente para atender a todas as necessidades do homem; nesta perspectiva, o governo civil seria competente para legislar em qualquer setor da vida humana, inclusive no do matrimônio, sem ter que responder a alguma autoridade eclesiástica; as crenças religiosas seriam questão de tendência particular dos cidadãos. Tüchle (1971, p. 235).

Uma das consequências mais notáveis da nova mentalidade foi a introdução do casamento civil obrigatório, acompanhado de sua legislação própria (lista de impedimentos, cláusulas favoráveis ao divórcio, etc.); o matrimônio

religioso e seus requisitos ficavam na conta de não existentes. Tüchle (1971, p. 235).

O primeiro país a impor o casamento civil foi a França, no ano de 1792. Esta medida talvez tivesse tido consequências restritas à França, se Napoleão não a houvesse adotado no seu Código Civil (art. 191). O Imperador reconhecia, sim, oficialmente a existência da Igreja, não, porém, para atribuir-lhe autoridade independente, mas para torná-la instrumento do Estado. "Toute influence qui ne vient pas du gouvernement est un crime en politique", declarou ele certa vez. Alves (1999, p. 98).

O Código Civil de Napoleão tomou-se modelo inspirador de numerosas legislações estrangeiras; e, com ele, o matrimônio civil obrigatório ganhou difusão: a Itália, por exemplo, o incorporou ao seu Código em 1866; a Suíça, em 1874; a Alemanha, em 1875; a Holanda, onde os franceses o haviam introduzido em 1795, o agregou à sua legislação nova em 1833; a Bélgica o fez em 1830. Estes novos sistemas legislavam sobre o matrimônio em independência ou em oposição para com as leis da Igreja... Concorreram fortemente para que nos povos outrora genuinamente cristãos se difundisse a ideia, hoje tão comum, de que o casamento recebe do Estado o seu vigor de contrato; de que é preciso, portanto, absolutamente preencher as condições da lei civil, não sempre, porém, as da lei eclesiástica, pois o aspecto religioso no caso é acessório. Alves (1999, p. 112).

Quem assim pensa, mal tem consciência de que estas ideias constituem uma aberração aos olhos da razão esclarecida e uma inovação recentíssima no curso da história; há pouco mais de cem anos atrás ainda causariam espanto em muitos homens de pensamento profundo.

Está claro que os contratos matrimoniais interessam de muito perto o governo civil, o qual pode legitimamente reivindicar para si o direito de os controlar. É o que reconhecia perfeitamente S. S. o Papa Leão XIII na sua encíclica sobre o matrimônio cristão, em 1880 : "A Igreja não ignora nem contesta que o sacramento do matrimônio, instituído em vista da conservação e da propagação do gênero humano, está associado necessariamente às circunstâncias de vida que pertencem ao foro civil e a respeito das quais o Estado com razão tem suas exigências o promulga justos decretos". Mas, como lembra o Pontifício, disto não decorre para o Estado a necessidade do criar seu tipo de casamento próprio, ao lado do religioso;

ao contrário, um acordo amigável entre os poderes eclesiástico e civil resolve melhor a situação (como o comprova, por exemplo, a experiência da Itália e da Espanha). Na verdade, pode-se dizer que os fautores do matrimônio civil não visam apenas realçar o valor humano e nacional do matrimônio, mas têm procurado, e em parte ainda procuram, desferir por essa via um golpe contra a Igreja e a mentalidade cristã; a promulgação do casamento civil obrigatório, embora não exclua o religioso, sempre implica num juízo depreciativo publicamente proferido sobre este. Alves (1999, p. 113).

Alguns autores têm procurado justificar a existência do casamento meramente civil, alegando que nos primeiros séculos do Cristianismo a legislação matrimonial dependia do governo e que, por conseguinte, a volta ao estado de coisas antigo não pode ser tida como injúria feita à Igreja. O paralelismo, porém, é de todo inconsistente. Nos primeiros séculos a Igreja já reivindicava para si plena autoridade sobre o sacramento do matrimônio; encontrou, porém, no Império romano uma legislação já feita, à qual só lentamente ela pôde impor as necessárias correções; a partir do séc. IV, a tendência que animava os Imperadores era francamente a de aproximar mais e mais a legislação civil da eclesiástica. Totalmente oposta é a situação moderna: depois de reconhecidos durante séculos os plenos direitos do matrimônio-sacramento, procura-se voltar a um estado de coisas que desde o início foi tido como alheio à mentalidade cristã.

No Brasil, o contrato civil foi tornado obrigatório por lei do governo republicano de janeiro de 1890. Hoje em dia, porém, é facultado aos cidadãos o matrimônio religioso com efeitos civis, instituição que merece alta estima por parte dos católicos, pois os isenta de uma formalidade que em seu âmago equivale acima ofensa à consciência cristã.

Desde 1890 quando se tornou obrigatório o contrato civil, diferentes formas de união estável foram incluídas na legislação brasileira, entre elas o casamento nuncupativo, tema central deste trabalho.

No próximo capítulo trataremos do histórico do casamento religioso no Brasil.

### 3 O CASAMENTO RELIGIOSO NO BRASIL: DO IMPÉRIO À REPÚBLICA

#### 3.1 Constituição do Império e o casamento apenas religioso

A constituição do Império de 25 de março de 1824, assim dispunha em seu artigo 5º: "A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casa, para isso destinada, sem forma alguma exterior de templo". Por isso o grande civilista e conselheiro Pereira (1956, pp. 38-39) em sua obra publicada em 1869, afirmou:

Prevalece, pois, entre nós, a doutrina que atribui à religião exclusiva competência para regular as condições e a forma do casamento e para julgar a validade do ato. Todavia, a recente lei acerca do casamento entre os membros das seitas dissidentes (Lei 1.144, de 11 de setembro de 1861), consagrou uma inovação que cumpre assinalar: passou para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a julgar da nulidade desta forma de casamento.

O casamento católico era regulado pelas normas do Concílio Tridentino, Concílio este realizado de 1545 a 1563, foi o 19º concílio ecumênico da Igreja Católica e idealizado para se opor ao protestantismo que na ocasião ganhava cada vez mais ex-seguidores da religião católica, e pela Constituição do Arcebispado da Bahia, no Brasil.

A constituição Imperial tratou dos cidadãos brasileiros em vários aspectos, como seus direitos e suas garantias, dentre as quais saúde e educação, mas nada de especial sobre a família e o casamento, salvo sobre a família imperial e sua sucessão no poder.

Quando da Proclamada a República, ocorrida em 15 de novembro de 1889, houve a separação entre a Igreja e o Estado surgindo desde então, a necessidade de regular o casamento, o que ocorreu pela criação do Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, onde apenas seriam considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil se realizados de acordo com suas normas. No entanto, foi permitido aos contraentes, celebrar, antes ou depois do casamento civil, o matrimônio segundo suas respectivas religiões. Em decorrência da persistências

da realização exclusiva do casamento católico, houve a necessidade de se expedir novo decreto de nº 521, em 26 de junho de 1890 dispondo:

Art. 1º O casamento civil, único, válido nos termos do artigo 108 do Decreto 181, de 24 de janeiro último, precederá sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejam solenizá-lo os nubentes.

Art. 2º O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil, será punido com 6 meses de prisão e multa da metade do tempo. No caso de reincidência será aplicado o duplo das mesmas penas. (Senado Federal)

Assim, ficou estabelecido que os casamentos civis deveriam ser celebrados antes da cerimônia religiosa, qualquer que seja o culto, estipulando também que aquele celebrante que não cumprisse a lei seria punido com prisão de 6 meses e multa da metade do tempo.

### **3.2 A Constituição Republicana de 1891**

Também a Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, não contém disciplina especial sobre a família. No título IV, Dos Cidadãos Brasileiros, seção II sobre declaração de direito. O § 4º do artigo 72 veio dispor: "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita".

Para o caso do Código Civil de 1916, o projeto Bevilacqua (1955) e Tora (1899), regulavam exaustivamente o casamento civil em todas as suas formalidades, requisito e efeitos, inclusive a sua nulidade e anulação e a simples dissolução da sociedade conjugal pelo desquite (art. 180 e seguintes).

#### **3.2.1 O Estado Brasileiro Laico**

Com a República veio a separação entre o Estado e a Igreja, rompendo o modelo herdado de Portugal, que mantinha mesmo após a independência a religião

católica apostólica romana como sendo a religião oficial, como previsto no art. 5º da Constituição do Império de 1824, Art. 5.:

A religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fora alguma exterior do Templo (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Casa Civil, 1824)

Outros avanços foram obtidos com o novo regime além da laicização do Estado, tais como: a secularização dos cemitérios e a instituição do registro e do casamento civil. Parte das grandes iniciativas foram dignas de constar no texto constitucional, como as constante dos §§ 3º, 4º e 5º do art. 72 da Constituição Republicana de 1891, *in verbis*:

§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer públicas e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

§ 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a práticas dos respectivos ritos em relação a seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis.

Um dos principais motivos para a inclusão desses dispositivos na constituição foi a grande oposição do clero e da igreja à instituição do casamento civil, pelo Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. O decreto de separação entre o Estado e a Igreja, aprovado pelo Governo Provisório em 7 de janeiro, não provocou grandes reações, pois, o então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, ouvira D. Antonio de Macedo Costa, representante religioso durante o império onde com sapiência, através do disposto no art. 4º do decreto que extinguiu o padroado com todas as instituições, teve aceitação do clero e da igreja em decorrência disposto no art. 6º que dispunha:

O Governo Federal continua a prover a cõngrua para sustentação dos atuais serventários do culto católico e subvencionará por um ano as cadeiras dos seminários; ficando livre a cada Estado o arbítrio de manter os futuros ministros desse ou daquele culto, sem contravenção do disposto nos artigos antecedentes.

O casamento religioso submete-se tão somente às regras das respectivas religiões e não depende, segundo a religião em que se celebra, do seu conhecimento pelo Estado ou pela Lei Civil para ser válido.

Quando se refere à celebração de cerimônia em Igreja e ao reconhecimento da união pela comunidade religiosa, nota-se que a interferência da Igreja, e acesso a este direito, mais um indicio da dinâmica do significado do casamento civil. O Estado com a separação da Igreja busca outro mecanismo legal da proteção familiar.

### **3.3 A Constituição de 1934 e o casamento religioso com efeitos civis**

Para contextualizar as disposições do atualmente vigente Código Civil de 2002, é interessante ter em conta a evolução histórica do regime de casamento no Brasil desde a época do Brasil Império até a promulgação do Código Civil Brasileiro.

Até o ano de 1890 o casamento no Brasil obedeceu unicamente a legislação canônica. O próprio imperador, D. Pedro I, ordenava, por decreto, a observância das disposições do Concílio de Trento sobre o matrimônio e das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia. Tenha-se em conta que a religião católica era a religião oficial do Império.

Em 1858, o então Ministro da Justiça Diogo de Vasconcelos encaminhou um projeto estabelecendo o casamento civil, obrigatório aos não católicos, e facultativo entre um acatólico e um católico que não quisessem casar-se segundo as normas canônicas. Este projeto foi aprovado e transformado na lei n. 1.144, de 11 de setembro de 1861, regulamentada pelo decreto n. 3.069, de 17 de abril de 1863. Essa lei retirou da Igreja a exclusividade do casamento religioso permitindo que outras religiões tivessem seus casamentos reconhecidos pelo Estado, produzindo efeitos civis. VASCONCELOS (2007, p. 173)

O decreto 181, de 24 de janeiro de 1890 instituiu o casamento civil no Brasil. Assim rezava o seu artigo 108: “Fica, em todo o caso, salvo aos contraentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e cerimônias prescritas para celebração do matrimônio pela religião deles”. O art. 109: “Desta mesma data por diante todas as causas matrimoniais ficarão competindo exclusivamente à jurisdição civil”. Nesta lei fala-se pela primeira vez em divórcio, para indicar a separação de corpos. Certamente, tal decreto é um reflexo do espírito positivista que entrava em vigor com a instituição da República no Brasil.

Não tardou em aparecer vozes contrárias às disposições do Estado da parte dos católicos. Aquele ordenava a “obrigatoriedade da precedência do ato civil a qualquer ritual religioso”.

Muitos sacerdotes descumpriam as determinações do Estado, e eram punidos, de acordo com o primeiro Código Penal da República, que no art. 284 contemplava com prisão e multa os infratores que celebrassem “as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil”. É necessário ter em conta que, nesta época, a mesma Igreja proibia a celebração civil antes da canônica. Hoje a Igreja determina que não se celebre o casamento se este não puder ser reconhecido ou celebrado de acordo com as leis civis (CIC 83, c. 1071, n.2).

A Constituição outorgada pelo Executivo, votada e promulgada pela Assembleia Constituinte, retirou do texto a obrigatoriedade da precedência da celebração civil do casamento tornando assim inconstitucionais as disposições respectivas do Código Penal.

Até 1934, o casamento canônico, de único e exclusivo, passa a não ter nenhum valor jurídico. “Passou-se a conviver com duas realidades: o casamento religioso e o casamento civil (...). Face às duas jurisdições, o povo brasileiro passou a valorizá-las mantendo a sua crença e acatando a obrigação legal (...). Casam-se duas vezes, sob as duas jurisdições: a da Igreja e a do Estado”. VASCONCELOS (2007, p. 175)

Com a Constituição de 1934, permitindo com que o casamento de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrariasse a ordem pública e os bons costumes,

produzisse os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que se observasse as disposições civis na habilitação dos nubentes, na verificação de impedimentos, no processo de oposição e na inscrição no Registro Civil. Não havia, no entanto, possibilidade de habilitação posterior à celebração religiosa do casamento.

Foi na Constituição de 16 de julho de 1934, que se consagrou em primeiro lugar os direitos sociais, que introduziu inovações, diante da reiteração do casamento apenas religioso pelo interior do país, tratou da família no capítulo I do título V, onde se lê:

Art. 144 – A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Art. 146 – O casamento será civil e gratuita e sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contasse a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil.

A Lei estabelecerá penalidade para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Leis especiais, ao longo do tempo vieram regulamentar o casamento religioso com efeitos civis (Lei 379/37, DL 3.200/41, Lei 1110/50, Lei 6015/73, art. 1515 e 1516), inclusive com efeitos a partir do ato religioso e, obviamente, independentemente da celebração civil.

### **3.4 A Constituição de 1937**

A Constituição de 10 de novembro de 1937 apenas reiterou que a família é constituída pelo casamento indissolúvel sem se referir à sua forma (art. 124 CF 37). Artigo 124: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. As famílias numerosas serão atribuídas compensações na

proporção dos seus encargos” (Constituição da República Federativa do Brasil, 1937).

### 3.5 A Constituição de 1946 e o efeito civil do casamento religioso

Convocada a Assembleia Constituinte que promulgou a Constituição de 1934, a Igreja participa do processo de escolha dos seus membros por meio da Liga Eleitoral Católica, liderada por leigos, motivados da doutrina social da Igreja e quais defendiam um programa para a nova Constituição, no qual constava a indissolubilidade do casamento, com a não aceitação do divórcio e a atribuição de efeitos civis ao casamento religioso.

A Constituição de 1934 de certa forma recristianiza a legislação brasileira. Não retorna ao passado com a união da Igreja e do Estado, mas respeita o sentimento religioso dos cidadãos. No preâmbulo, os constituintes promulgam a nova Constituição, pondo sua confiança em Deus; o ensino religioso retorna às escolas; deve-se ministrar assistência religiosa aos militares; as associações religiosas voltam a gerir cemitérios; e o casamento religioso produz efeitos civis. BRANDÃO (2002)

A Constituição de 1934 inaugura um capítulo reservado a disciplinar a matéria familiar. No art. 146, dispunha, *in verbis*: “O casamento será civil e gratuito a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório”.

O dispositivo constitucional foi regulado pela Lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937. Não foi feliz o legislador ordinário ao ementar a lei, determinando «regular o casamento religioso para os efeitos civis». Tal ementa foi alterada pelo Decreto-Lei

3.200, de 1941, passando a seguinte redação: «regula o reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso». Não há o ressurgimento da jurisdição religiosa, o casamento continua sendo o civil, com processo de habilitação civil, com jurisdição civil, mas a celebração poderia ser religiosa, presidida por ministro religioso. Dispunha o *caput* do art. 1º da referida lei:

“Aos nubentes é facultado requerer ao juiz competente para a habilitação conforme a lei civil, que seu casamento seja celebrado por ministro da Igreja Católica, do culto protestante, grego, ortodoxo, ou israelita, ou de outro cujo rito não contrarie a ordem pública e aos bons costumes”.

Relator dos Embargos no Recurso Extraordinário nº 83.859-7 RJ, no Supremo Tribunal Federal, em 1968, o ministro Cunha Peixoto, assim se manifestou: “A Constituição de 1934, abandonando o critério rígido relativamente ao casamento leigo, prevalente no princípio da República, seguiu um caminho mais liberal, ao permitir o casamento religioso com efeito civil, mediante a obediência de certas formalidades que o subordinam à legislação material. Era indispensável que os nubentes se habilitassem perante a autoridade civil, que resolvia os casos de oposição e verificava a existência ou não dos impedimentos. Só assim poderia o casamento celebrado perante sacerdote ou ministro de seita religiosa ser inscrito no Registro Civil”. CUNHA (2004 p. 25)

Os nubentes indicavam o nome do ministro religioso e seu culto, e o requerimento era apreciado pelo juiz que o deferia e determinava a expedição da certidão de habilitação para que o casamento fosse celebrado. Consistia em delegação do poder público para que o ministro religioso celebrasse o casamento, cujo processo de habilitação, repita-se, era civil, a jurisdição era civil. “Determinava o art. 11 que as ações de nulidade ou de anulação obedeceriam exclusivamente os preceitos da lei civil; o registro era obrigatório, mas a validade do casamento, inclusive para efeitos de impedimento e crime de bigamia, independia da existência do registro; e o padre, pastor ou rabino, no exercício da função de celebrante, equiparava-se a funcionário público, inclusive para fins criminais”.

Precedente seria sempre o processo de habilitação matrimonial, isto é, o casamento religioso para gerar efeitos civis deveria ser antecedido do processo de habilitação civil, não existindo a possibilidade de habilitação posterior. Só produziria efeitos civis, o casamento religioso, se antes de sua celebração o juiz o autorizasse, atendendo a requerimento dos nubentes, isto é, delegasse ao ministro do culto o poder de celebrar o casamento. Evidentemente que tal autorização descaracterizava o que se pode denominar de casamento religioso com efeitos civis. Tinha-se sim casamento civil, sob ritual religioso, celebrado por autoridade religiosa.

A Constituição de 18 de setembro de 1946 foi explícita em consagrar: a) o casamento de vínculo indissolúvel; b) o casamento civil; c) o casamento religioso equivalente ao civil se observadas as prescrições da lei, se assim requerer o celebrante ou qualquer interessado, e inscrito o ato no registro público; d) o casamento religioso sem prévia habilitação civil, mas inscrito posteriormente no registro público, a requerimento do casal, mediante habilitação civil posterior à cerimônia (art. 163, §§ 1º e 2º).

### **3.6 A Constituição e 1967 e a emenda nº 1 de 1969**

A Constituição de 1967 manteve inalterados os conceitos supra do artigo 163 e §§ da Constituição de 1946, reproduzindo-os no artigo 167 e §§, e emenda nº 1 de 1969, no artigo 175 e §§.

Também a Emenda Constitucional nº 9, de junho de 1977, pôs termo à indissolubilidade do casamento civil e instituindo o divórcio em nosso país. O artigo 1º dessa Emenda deu a seguinte redação ao § 1º do artigo 175 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969: "O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos".

No mesmo dispositivo, o artigo 2º assim dispôs: "A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser, de fato, devidamente

comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda”.

A Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977 – chamada Lei do divórcio, regulamentou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, hoje disciplinados nos artigos 1.571 a 1.590 do Código Civil, em tudo o que derogou a Lei do Divórcio.

### **3.7 A Constituição de 1988 e suas inovações**

Diferentemente das demais constituições, a Constituição de 1988, também chamada de a Constituição Cidadã, assim chamada em razão da evolução que promoveu nos direitos da personalidade e da família, foi a que trouxe inovação de vulto na família e no casamento com destaque para indenização do dano moral, o reconhecimento de novas entidades familiares, a igualdade dos cônjuges e dos filhos e a facilitação do divórcio. O seu artigo 226, § 1º... 6º veio dispor na linha das Constituições precedentes.

Estava aí, disciplinado com teor mais democrático a real situação e que se encontrava o casamento “a época, com o reconhecimento de outras formas de entidade familiar bem como a sua dissolução”.

No Capítulo seguinte abordaremos o casamento civil na atual Legislação Brasileira, bem como a sua gratuidade.

## 4 O CASAMENTO CIVIL NA LEGISLAÇÃO ATUAL

### 4.1 Do casamento civil e sua gratuidade

#### 4.1.1 História

Desde a Proclamação da República em 1988, as Constituições Brasileiras rezam a gratuidade nas celebrações do casamento civil. Decorridos mais de cem anos da Proclamação da República, esta gratuidade ainda não aconteceu. O que significa que estes casamentos nunca foram celebrados gratuitamente.

Os brasileiros que não tinham condições de arcar com os gastos do casamento, permaneciam à margem da lei, ou seja, simplesmente se “juntavam”, “amancebavam” ou “amigavam”.

os casamentos no Brasil nunca foram celebrados de graça. Os que não podiam pagar permaneciam, segundo a linguagem preconceituosa da burguesia, “amigados”, “amancebados” ou “juntados”. Ou, sentenciava o jargão bacharelesco das leis, viviam em “concubinato”. Por isso tem cabimento perguntar: - Se nem as Constituições são cumpridas, para que servem? (MESQUITA JUNIOR, 2003)

Apenas em 1916, surgiu o primeiro Código Civil brasileiro, após três séculos de Ordenações Filipinas, onde o exercício dos direitos civis ficou ainda mais distante e difícil para os mais pobres. Os analfabetos, ou não, continuaram a criar famílias à margem da lei, onde trabalhavam, sustentavam suas famílias, pagavam impostos como qualquer outro cidadão, e, contudo continuavam sem o direito de votar.

Ao longo de todo esse tempo, mais de cem anos, esses pobres brasileiros, nasciam, casavam, tinha seus filhos, os viam morrer e até mesmo eles morriam, viviam sem que nunca tivessem entrado em um cartório, simplesmente porque não podiam pagar, e por isso nunca existiram.

A época, início do século XX, foram criados cartórios para quase todas as coisas, de notas, de protesto, de registro para tudo: nascimento, casamento, óbito

e imóveis. Tudo tinha que ser certificado e pago a preço de ouro, para se ter fé pública.

Cartórios, havia, como ainda hoje, para quase todas as coisas De notas, de protesto, de registro de tudo: nascimento, casamento, óbito e imóveis. Tudo era certificado. E pago a peso de ouro. Apenas para que os papéis tivessem “fé pública”. Uma fé que é a presunção de validade que têm todos os documentos públicos, e tudo era público, da fé que o Estado delegava aos escritos e à assinatura dos tabeliães e seus escreventes, juramentados ou não, aos registros que os cartórios certificavam, sem os quais não existíamos, Só os cartórios, como ainda hoje, eram privados! Tornamo-nos, como a maioria dos países latinos, herdeiros da tradição romana, legatários de suas boas e más instituições. Cartórios, ofícios, tabeliães, escreventes, e a própria linguagem cartorária eram algumas delas. Prevalecendo mais as más como essas, do que as boas. (MESQUITA JUNIOR, 2003)

No entanto, por ser pobre no sentido da lei, não é nada fácil, o caminho é árduo, impõe-se ter de ir à delegacia de polícia, não se sabendo quantas vezes e sem saber se iria ser bem atendido, e ao final conseguir o dito “atestado de pobreza”. Com a posse de atestado podia então se dirigir ao cartório e requerer a gratuidade do casamento. Por causa de tanta burocracia, às vezes era muito mais fácil pagar e então habilitar-se a casar.

A Constituição de 1988, dita como “constituição cidadã”, nesse sentido não foi a mais liberal de todas, pois, deveriam nela conter todos os direitos de cidadania, e evidenciada de nossa democracia.

a de 1988 repetiu todas as outras e em pouco inovou. Prometeu, aos que fossem ‘reconhecidamente pobres, na forma da lei’, como se lê em seu art. 5º, inciso LXXVI (o algarismos também herdados da civilização romana) a gratuidade não só do casamento, que continua lá no art. 226, § 1º, como também “o registro civil de nascimento” e a “certidão de óbito”. Finalmente, os brasileiros, ‘reconhecidamente pobres, na forma da lei’, poderiam registrar seus filhos, casar e deixar a seus descendentes, a certidão em que constaria como, onde, de que, a que horas e onde morreram. Tudo gratuitamente. (MESQUITA JUNIOR, 2003)

A dita gratuidade não seria no casamento, mas sim apenas em sua celebração. A habilitação, os proclamas, certidões e atestado de residência de qualquer dos nubentes eram pagos. Desta feita, amancebar-se, juntar-se, amasiar-se ou simplesmente viver juntos, como se vê, era bem mais fácil, simples, prático e barato.

Os Registradores, assim chamados o donos dos Cartórios de Registro das “pessoas naturais”, usaram os subterfúgios de sempre. Alegaram, entre muitas outras razões, tratar-se de serviço realizado pela iniciativa privada, mediante delegação do Estado, como reza o art. 236 da atual Constituição. E, como nesse reino da livre iniciativa não se trabalha de graça, só pagando, decretaram eles.

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus propositos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses. (BRASIL, Constituição de 1988)

O pagamento sempre foi uma queda de braço entre notários, tabeliães e o povo que dele se serviam, e já sabe quem sempre perdia. A Constituição que lhes assegurou posse dos cartórios, de cujas rendas vivem, é a mesma que declarou a gratuidade do casamento e das certidões, de nascimento e de óbito. Beneficiaram-se do dispositivo que lhes impunham, ou seja, o dever de atender, gratuitamente, os brasileiros que, pela falta de identificação, não tem acesso aos direitos de cidadãos, simplesmente porque não podem pagar.

Somente quando o Estado, sempre tão poderoso com os fracos, cedeu às suas exigências, fazendo com que os usuários dos serviços cartoriais e de registro pagassem as certidões que a Constituição e as leis do País declararam ser gratuitas, passaram a fornecer o que os “reconhecidamente pobres, nos termos da lei”, necessitavam para ter acesso aos serviços que sempre lhe foram negados. Trata-se, sem dúvida, da única gratuidade remunerada do mundo.

#### **4.2 A união estável como entidade familiar**

No texto da Constituição de 1988 e seu regulamento no Código Civil, estão dispostos o conceito, os requisitos e efeitos da união estável que admite todas as formas de constituição tendentes a demonstrar seus requisitos.

A prova plena do casamento civil, do casamento religioso inscrito no registro civil e da união estável convertida em casamento, inscrito naquele registro, é a certidão do registro civil. A união estável sem conversão, se contestada sua exigência, dependerá de ação própria e sentença para prova-la, ainda que resulte de escritura pública. Não obstante, o colendo STJ, por acórdão unânime de 17.02.04 de egrégia 4ª turma, admitiu o pedido cautelar de alimentos provisionais independentemente da prova e cabal prova de existência da união estável: “O *fumus boni juri*, no processo cautelar, pode ser apurado em instrução sumária, sem a qual não se poderá considerar invisível a cautela de alimentos provisionais por ausência de prova da união estável. Admite-se o poder geral de cautela (art. 798 do CPC)”. (BRASIL, 2004, p. 178).

Está estabelecido no Código de Processo Civil, em seus arts. 1723 e seguintes, que os requisitos da união estável são: a) a união entre o homem e a mulher – entre dois homens ou duas mulheres poderá existir contrato de trabalho, prestação de serviços, empreitada ou sociedade de fato ou de direito com efeitos obrigacionais apenas, sem direito a alimentos e herança, salva por contrato ou testamento; b) convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituir família, independentemente de prazo definido ou limitado. Não o será se com objetivo outro, como trabalho subordinado, serviço autônomo ou sociedade civil ou comercial.

Na união estável, ocorrem impedimentos do casamento, pelas mesmas razões éticas e exigências. Não obstante, embora casados, os separados de fato ou de direito podem constituir união estável. Isso demonstra que o próprio casamento pode decair de seu status legal, se lhe faltar o requisito fundamental da convivência ou estado de espírito de casado. Não se constitui união estável em concorrência com o casamento sem separação de fato ou de direito, meras causas suspensivas (art. 1523) não impedirão a constituição de união estável. Quanto aos deveres máximos dos cônjuges no casamento, sobretudo a fidelidade e os alimentos, pelo que a infração desses deveres abre ensejo às ações cabíveis, indivisíveis para a dissolução da união estável, por interativa do companheiro inocente. Quanto à herança, os companheiros estão sujeitos às restrições do vigente artigo 1790 do Código Civil, *in verbis*.

### 4.3 Regimes matrimoniais na Legislação Brasileira

O casamento civil no Brasil é regulamentado por diferentes formas de regime de bens, também chamado de “estatuto patrimonial dos cônjuges”, advém de sua natureza contratual, conforme manifesta VENOSA (2003, p. 104): A união do homem e da mulher preexiste à noção jurídica. O casamento amolda-se à noção de negócio jurídico bilateral, na teoria geral dos atos jurídicos. Possui as características de um acordo de vontades que busca efeitos jurídicos. Desse modo, por extensão, o conceito de negócio jurídico bilateral de Direito de Família é uma especificação do conceito contrato.

Entre as posições que revelam a caracterização do casamento como diversa do contrato, a natureza dita “mista” – o casamento seria um instituto de natureza híbrida: contrato na formação; instituição no conteúdo – também não afasta a noção de contrato e seus elementos essenciais, quais sejam: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei.

Ao se concluir pela natureza jurídico-contratual do casamento civil, verifica-se que no contrato as partes estipulam condições e termos, pois, no pacto antenupcial, podem-se adicionar cláusulas, disciplinar as relações conjugais, porém não de forma contrária à estabelecida em lei.

A amplitude do tema merece análise mais aprofundada dos quatro regimes de bens que vigoram no País, enfocando-se, inicialmente, as características do conteúdo de cada um deles. Observe-se a importância dessas informações para que os nubentes verifiquem qual deles preenche as condições que desejam estipular.

#### 4.3.1 Comunhão parcial de bens

É tido como o regime oficial, também chamado de “regime legal de bens”, desde o advento da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 15 de dezembro de 1977). Segundo o art. 1.640: Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens, o regime da comunhão parcial. No caso desse regime,

dispensa-se a realização do pacto antenupcial, advindo (...) um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro.

Na comunhão parcial, comunicam-se todos os bens adquiridos durante a vigência da sociedade conjugal, a título oneroso, sendo particulares os bens que cada cônjuge possuía ao casar-se e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação, sucessão ou sub-rogados a estes, em conformidade com os arts. 1.659 e 1.661 do Código Civil. Portanto, formam-se três massas de bens: os bens do marido, os bens da mulher e os bens comuns. MADALENO (2002, p. 162)

Destaque-se o teor do art. 1.660, inc. I ao IV, do Código Civil, ao informar o ingresso na comunhão dos bens a título oneroso, ainda que só no nome de um dos cônjuges, os adquiridos por fato eventual, por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges, e as benfeitorias em bens particulares de cada um dos cônjuges. A incomunicabilidade não alcança ainda os frutos dos bens, independentemente de advirem dos bens particulares ou comuns, em conformidade com o inc. V do mesmo artigo. MADALENO (2002, p. 162)

Este é o regime que vai vigorar no seu casamento caso você e seu noivo não manifestem intenção por qualquer outro regime de bens ao oficial do Registro Civil.

#### **4.3.2 Comunhão universal de bens**

Antes do advento da Lei n. 6.515, de 1977, era o regime oficial, visto que atendia a realidade diversa da atual, qual seja, as pessoas se casavam mais cedo e adquiriam seu patrimônio, essencialmente, durante o casamento. Assim, entendia-se como sociedade conjugal a comunhão de todos os bens presentes e futuros, conforme previsto no art. 1.667 do Código Civil.

A particularidade do regime leva à noção de que há (...) praticamente, uma despersonalização do patrimônio individual, surgindo um patrimônio indivisível e comum, sem definir especificar ou localizar a propriedade nos bens. E essa comunhão de vida e de bens deve ser manifestada por escolha, quando possível, e

pela realização de um pacto antenupcial, que não impede a exclusão ou inclusão de alguns bens, sem descaracterizar o curso do regime. RIZZARDO (2005, p. 662)

Sem dúvida, os bens mencionados no art. 1.668 do Código Civil permanecem no patrimônio particular de cada um dos consortes, não pertencendo aos dois cônjuges nem possibilitando ingresso na sociedade conjugal. Destacam-se os gravames restritivos do direito à propriedade, como no caso dos bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e de todos aqueles sub-rogados em seu lugar (art. 1.668 e incisos), salvaguardados pelo legislador para proteger o sagrado direito à propriedade. RIZZARDO (2005, p. 663)

Enfim, o regime da comunhão universal de bens universaliza o patrimônio do casal, como o próprio nome diz. Ou seja, torna comum tudo o que o casal possui, tanto patrimônio adquirido antes do casamento quanto aquele conquistado após a data do casamento civil, seja por compra, doação como adiantamento de herança, por herança em inventário ou por qualquer outra forma de aquisição.

#### **4.3.3 Separação total de bens**

Sem dúvida, dos quatro regimes, este é o que preserva a individualidade do patrimônio de cada um dos cônjuges. Entretanto, duas ressalvas são importantes: primeiramente, a existência do regime de separação total ou absoluta de bens por livre conveniência das partes, disposto no respectivo pacto de bens e passível de várias formas de elaboração do conteúdo desse contrato e de suas respectivas cláusulas; outra, a existência da imposição, advinda da lei, quando ocorrem as hipóteses da separação obrigatória de bens consignados no art. 1.641 do Código Civil.

Considere-se a discussão acerca da aplicação ou não da Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Amaldo Rizzardo esclarece: No regime de separação legal, a exegese mais correta é a que sustenta a comunicabilidade dos aquestos, quando formados pela atuação comum do marido e da mulher.

Portanto podemos sintetizar o regime matrimonial da separação total de bens como: a manifestação de vontade do casal (por escritura pública) e a imposição legal. Sim, em alguns casos a Justiça impõe esse tipo de regime, como por exemplo, a idade dos cônjuges é inferior à autorizada pela lei e não há consentimento dos pais, quando um dos cônjuges tem idade superior a 60 anos, dentre outros casos mais complexos e nem tão frequentes. Quando um dos pretendentes ao casamento for viúvo, e existe patrimônio do casamento anterior sem ter sido concluído o inventário, a lei também obriga a se casar sob o regime da separação de bens, para não prejudicar os direitos dos herdeiros do casamento anterior. Tanto no regime imposto por lei como no solicitado por vontade dos cônjuges de si na questão patrimonial. Diferente dos outros regimes, quando o casamento civil é realizado sob separação total de bens, os cônjuges podem vender seu patrimônio sem, o patrimônio de um e outro não se comunica, ou seja, cada um é dono a necessidade da autorização do outro. LEITE (2005, p. 49)

#### **4.3.4 Participação final nos aquestos**

É um regime convencional, deve ser estipulado em pacto antenupcial, onde durante a constância do casamento se aplicam às regras da separação total e na dissolução do casamento aplicam-se as regras da comunhão parcial de bens.

Novidade, surgida com o advento do novo Código Civil, já nasce carente de compreensão, situação demonstrada pela realidade. Trata-se de um regime misto, de difícil compreensão prática. Assim, durante a constância do casamento, vigora o regime da separação de bens, com administração exclusiva do seu próprio patrimônio, podendo livremente alienar se forem móveis. Entenda-se por "patrimônio próprio" todo aquele que cada cônjuge possuía ao casar e por ele adquirido, a qualquer título, na constância do casamento. WALD (2002, p. 54)

Entretanto, advindo a dissolução da sociedade conjugal, a lei determina regime diverso, passando-se, em termos gerais, ao regime de comunhão parcial de bens, respeitadas as considerações do art. 1.674: Sobrevindo a dissolução da

sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios: I – os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; II – os bens que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; III – as dívidas relativas a esses bens. WALD (2002, p. 55)

Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis, ou seja, o bem móvel de patrimônio individual ou próprio passa a configurar conteúdo dos aquestos. É situação idêntica àquela do regime de comunhão parcial, quando há presunção de aquisição durante a constância do casamento, não se provando data anterior em caso de bens móveis.

No pertinente aos bens imóveis, o teor do art. 1.681 é contundente: Os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro. Segue-se em seu parágrafo único: Impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens. A inversão do ônus da prova, neste caso, demonstra que o regime, em caso de ruptura conjugal, não adquire feições idênticas ao regime de comunhão parcial de bens, tendo em vista que os bens imóveis, no conteúdo deste último regime, fariam parte da meação dos cônjuges, não importando, de regra, o nome constante no registro, se adquiridos onerosamente na constância do casamento. RODRIGUES (2002, p. 206)

As dívidas, sendo superiores à meação, não obrigam o outro cônjuge ao seu pagamento, mormente os seus herdeiros. Como qualquer forma de ajuda mútua, é entendida em termos de sociedade empresarial, na inteligência do art. 1.678: se um dos cônjuges solveu a dívida do outro com bens de seu patrimônio, o valor deve ser imputado e atualizado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge. Por isso, se o casamento perdurar por muitos anos, certamente, aqueles bem informados e prevenidos, guardarão comprovantes e mais comprovantes a fim de evitar surpresas no final, ou melhor, na hipótese de dissolução. Não poderia ser caso de notória alegação de má-fé, pois, tradicionalmente, ninguém, a menos que pretenda romper com a união, guarda ao longo de uma vida feliz em comum uma série de notas e demonstrativos fiscais? OLIVEIRA (2002, p. 248)

Por fim, baseado no Art. 1672 do Código Civil, o direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial, entendendo-se, portanto, nula a cláusula em pacto antenupcial que dispuser de forma contrária.

Para ingressar no ponto relativamente à ocorrência de violação das garantias constitucionais, em caso do não-atendimento ao dever de informação, deve-se analisar a questão do seguinte prisma: A Constituição passa a ser o centro do ordenamento e a influenciar a interpretação de todas as normas infraconstitucionais.

## 5 CASAMENTO NUNCUPATIVO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Excepcionalmente em alguns casos, como casamento de urgência por moléstia grave, a lei abranda a necessidade de observância ao modelo solene da celebração do casamento, é o caso do casamento nuncupativo, uma situação excepcional que refere ao ato não escrito e sim oral. Esta situação excepcional, segundo Rizzardo “ocorre quando um dos nubentes é ferido por disparo de arma de fogo, ou sofre grave acidente, ou ainda, é vítima de mal súbito, em que não há a mínima esperança de salvação, e a duração da vida não poderá ir além de alguns instantes ou horas”. RIZZARDO (2005, p. 28)

O casamento nuncupativo ou casamento in extremis é assim enunciado no Dicionário Jurídico: casamento in extremis é sinônimo de casamento em iminente risco de vida e “É uma forma especial de celebração de casamento, pois, ante o fato de um dos nubentes se encontrar em iminente risco de vida, dar-se-á, sem o cumprimento das formalidades preliminares, inclusive sem a presença da autoridade competente, pela simples declaração, de viva voz, de ambos os contraentes, de que, livre e espontaneamente, querem receber-se por marido e mulher, na presença de seis testemunhas que com eles não tenham parentesco em linha reta ou, na colateral, em segundo grau”. DINIZ, (1998, p. 520)

No mesmo dicionário, é diferenciado do casamento em caso de moléstia grave, o qual enuncia que este último “É o que ocorre quando o estado de saúde de um dos nubentes impede-o de locomover-se ou de adiar a cerimônia. É celebrado pelo Juiz de Casamento ou seu substituto legal [...]” Diniz, (1998, p. 520) É fácil observar que a doutrina costuma, portanto, diferenciar as duas hipóteses, chamando o primeiro de casamento nuncupativo (nuncupare = exprimir por palavras) e o segundo, de casamento em caso de moléstia grave.

O art. 1.539 do Código Civil (CC) disciplina o casamento em caso de moléstia grave determinando que “O presidente do ato irá celebrá-lo onde se encontrar o impedido, sendo urgente, ainda que à noite, perante 2 (duas) testemunhas que saibam ler e escrever”. Observe o início da redação do art. 1.540,

que afirma “Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de 6 (seis) testemunhas, [...]”. É, portanto, de fácil constatação verificar, conforme dito acima, que o art. 1.540 complementa o art. 1.539, pois dá opção aos contraentes de se casarem, ainda que tenham buscado insistentemente a presença do Oficial de Registro Civil e do Juiz de Casamento e não conseguiram obtê-la.

O ponto nevrálgico não é nem esse, já que pouco importa a velha classificação doutrinária tratando como questão distinta o que, na verdade, são questões complementares. O interesse fulcral está no fato de ser ou não necessária a prévia habilitação para a celebração do casamento em caso de moléstia grave, pois, caso seja imprescindível essa habilitação, realmente não há complementariedade do casamento nuncupativo, já que, neste, se pressupõe que nunca houve a prévia habilitação. Neste último caso, o legislador teria sido infeliz ao iniciar o art. 1.540 com a expressão “[...] não obtendo a presença da autoridade [...]” e a doutrina clássica estaria cercada de razão ao distinguir as hipóteses mencionadas.

Na excelente obra *Direito Civil brasileiro*, Carlos Roberto Gonçalves, ao tratar do casamento em caso de moléstia grave, ensina que “Na primeira situação pressupõem-se que já estejam satisfeitas as formalidades preliminares do casamento e o Oficial de Registro Civil tenha expedido o certificado de habilitação ao casamento, mas a gravidade do estado de saúde de um dos nubentes o impede de locomover-se e de adiar a cerimônia”. Gonçalves (2008, p. 114). Não parece razoável tal posição, por vários motivos. Primeiro, porque limita demais a hipótese legal e não há essa previsão expressa. Segundo, porque a justificativa não é razoável, pois, caso um dos nubentes estivesse impedido de locomover-se e desejasse adiar a cerimônia, poderia simplesmente marcar uma nova data, se o motivo fosse relevante, o que, no caso citado, não é. O que o sistema pretende é garantir a possibilidade de as pessoas se casarem e, também, que as figuras do Oficial de Registro Civil e do Juiz de Casamento sejam prestigiadas, uma vez que gozam de fé pública e solenizam a cerimônia.

O pensamento enunciado seguia a velha linha de raciocínio do Prof. Silvio Rodrigues, que ensina essa questão à luz do Código Civil de 1916: "Nesse caso, encara o legislador uma hipótese excepcional e propicia um remédio excepcional. Trata-se, em regra, de casamento que, por negligência dos nubentes, ou impossibilidade de outra ordem, não se realizou em tempo adequado, ou então de enlace que visa remediar uma situação de fato, ocorrida fora do matrimônio. Aliás, o Decreto n. 181/1890 (art. 39, § 3.º) só validava o casamento contraído em articulo mortis quando enfermo tivesse filho do outro contraente, vivesse concubinato com ele, ou quando o homem houvesse raptado ou deflorado a mulher". RODRIGUES (2002, p. 63)

É fácil observar, portanto, que, em uma posição muito antiga, era excepcional o casamento em caso de moléstia grave e, muito mais ainda, o nuncupativo. Em pleno século XXI, porém, não é razoável que uma pessoa, estando muito doente e sabendo que irá morrer logo em seguida, não possa se valer dos serviços da serventia extrajudicial, convocando o Oficial de Registro Civil e o Juiz de Casamento para a referida celebração.

Felizmente, o doutrinador Arnaldo Rizzardo, Desembargador aposentado do Rio Grande do Sul, ao contrário da avassaladora maioria doutrinária mencionada, moderniza o instituto e vai ao âmago da questão ao afirmar que não é necessária prévia habilitação para o casamento em iminente risco de vida, colocando o casamento nuncupativo como continuidade da referida hipótese, conforme preconizado no início deste trabalho. A princípio, o eminente Desembargador diz que não é necessária qualquer prova da gravidade da moléstia, "desde que perceptível o estado de doença, é admissível o apressamento do ato". Mais adiante, diz o festejado doutrinador: "Realiza-se o casamento com a supressão da fase da habilitação e das solenidades comuns para o casamento normal", e esclarece o motivo: "O Código Civil de 1916 disciplinava diferentemente o assunto. Exigia que os nubentes já estivessem de posse da certidão do então art. 181, § 1.º, e que corresponde ao art. 1.531 do atual Código, relativamente à habilitação, encontrando-se satisfeitas as formalidades preliminares do casamento. Para bem aprender a diferença em relação ao atual sistema, deve observar-se o conteúdo do art. 199 do Código anterior: 'O oficial do registro, mediante despacho

da autoridade competente, à vista dos documentos exigidos no art. 180 e independentemente do edital de proclamas (art. 181), dará a certidão ordenada no art. 181, § 1.º. Não manteve o Código em vigor a disposição. Daí se entender que é possível a realização do casamento sem quaisquer providências anteriores ou preparatórias no pertinente à habilitação. Não mais se exige a certidão de que os pretendentes se encontrem habilitados para casar, que se impunha no regime anterior. Se assim acontece, é porque se dispensa a habilitação” RIZZARDO (2005, p. 89)

O único problema que não foi bem esclarecido diz respeito à atuação do próprio Oficial que, uma vez convocado para ir a um hospital ou a qualquer outro local “onde se encontrar o impedido” (art. 1.539 do CC), deverá ir sem “pestanejar”. Ademais, tem sentido a referida possibilidade de convocação, uma vez que a atividade do Oficial de Registro Civil é ininterrupta, trabalhando aos sábados, domingos e feriados, pelo sistema de plantão (art. 4.º, § 1.º, da Lei n. 8.935/94). Uma vez convocado, o Oficial, portanto, deverá ir até o local onde está o enfermo, com o Juiz de Casamento ou outro ad hoc. Caso haja prévia habilitação, o que é situação rara, será lavrado um termo avulso após uma cerimônia regular perante duas testemunhas e o assento será confeccionado no prazo de cinco dias perante duas testemunhas, conforme preconiza o art. 1.539, § 2.º, do CC. Caso, porém, não exista prévia habilitação, o que deve ser a situação mais comum, desde que seja divulgada essa possibilidade para as pessoas em geral, o Oficial lavrará um termo avulso constando minuciosamente a celebração e o estado daquele que está sofrendo de moléstia grave e suscitará dúvida ao Juiz Corregedor Permanente para que ele determine a lavratura do assento junto ao Livro “B”, ficando dispensadas, nessa hipótese, as testemunhas do referido art. 1.539, § 2.º. Não é permitido que o Oficial convocado para ir até o local onde está o enfermo negue seu comparecimento por não haver prévia habilitação e, nesse caso, não somente deixa de dignificar a pessoa humana (art. 1.º, III, da CF), além de não atender a vontade dos contraentes, como ainda deixa de exercer bem o seu mister, já que é profissional do Direito (art. 3.º da Lei n. 8.935/94) e, por isso, precisa estar em consonância com as tênues mudanças da legislação, independentemente da desatualizada construção doutrinária.

O artigo 1.540 do Código Civil reza que: “Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau”.

A celebração ocorre pessoalmente pelos nubentes, na presença de seis testemunhas, que não sejam parentes dos mesmos. Esta regra se dá para proteger os nubentes, evitando fraudes.

É imprescindível a manifestação dos nubentes com relação a livre e espontânea vontade em contrair matrimônio.

O nubente que não estiver em iminente risco de vida, poderá ser representado, mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais. Contudo, Diniz (2008, p.22), ressalta que o outro nubente, deverá presenciar o ato, para que o celebrante e as testemunhas constatem o risco de vida, e o seu estado de lucidez, além da vontade livre e espontânea de se casar. Celebrado o casamento, e atendidas todas as formalidades, a união se torna válida e eficaz dentro do prazo de dez dias.

O casamento nuncupativo é uma modalidade excepcional de realização de casamento tendo em vista o estado de iminente risco de vida de um dos nubentes. Assim ocorre quando este, é ferido por disparo de arma de fogo, ou sofre grave acidente, ou, é vítima de mal súbito, em que não há a mínima esperança de salvação, e a duração da vida não poderá ir além de alguns instantes ou horas.

Para que valide os efeitos civis do matrimônio, a lei permite a celebração, e dispensa as mais importantes formalidades, como o processo de habilitação, a publicação dos proclamas e a presença da autoridade, celebrando-se o casamento apenas com a presença de 6 testemunhas.

Há a possibilidade da ratificação do casamento pelo próprio enfermo, porém, não é somente quando o nubente morre ou ocorre a ratificação que tem validade o casamento nuncupativo. Se, depois da cerimônia e por força da moléstia, o enfermo continuar impedido enquanto se procedem às formalidades reclamadas pelo artigo 76 da Lei nº 6.015/73, só vindo a se restabelecer após a

transcrição da sentença no Registro Civil que, por sua vez, já julgou regular o casamento, ainda se faz eficaz.

O Mestre Silvio Rodrigues leciona que: "O casamento nuncupativo ou *in extremis vitae momentis*, ou *in articulo mortis*, é uma forma especial de celebração de casamento em que, ante a urgência do caso e por falta de tempo, não se cumprem todas as formalidades estabelecidas nos artigos 1.533 e s. do Código Civil". RODRIGUES, (2009, p. 105)

Assim, o Código Civil no artigo supra, estabeleceu a possibilidade do casamento celebrado em caso de iminente risco de vida de um dos nubentes, sendo que alguns doutrinadores o chamam também de casamento "*in articulo mortis*" ou "*in extremis*", sendo que o mesmo ocorre quando se permite a dispensa do processo de habilitação e até a presença do celebrante, haja vista o iminente risco de morte e a duração da vida não poderá ir além de alguns instantes ou horas.

Importante salientar que os nubentes devem estar na plenitude do discernimento, assim, nessas desesperadoras circunstâncias, pode a pessoa desejar a regularização da vida conjugal que mantém com a outra, ou pretender se efetive o casamento já programado e decidido, mas ainda não providenciado o encaminhamento, por isso que esse casamento também é conhecido como de viva voz.

Conforme já mencionado em parágrafos anteriores e agora de forma mais detalhada, pode-se dizer que o casamento nuncupativo deverá ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau. Posteriormente, as testemunhas devem, no prazo de 10 dias, comparecer perante o juiz de direito mais próximo, para sejam ouvidas as suas declarações: "I – que foram convocadas por parte do enfermo; II – que este parecia em perigo de vida, mas em seu juízo; III - que, em sua presença, declararam os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se por marido e mulher", conforme reza o artigo 1.541 do Código Civil.

Caso as testemunhas não se apresentarem no prazo legal, as mesmas poderão ser intimadas para tanto, posteriormente o juiz ouvirá o Ministério Público, procederá com as diligências necessárias para verificar se os contraentes poderiam ter se habilitado normalmente, bem como ouvirá os interessados que o

requereram no prazo de quinze dias, assim, o Juiz verificando a validade de todos os atos, prolatará sua decisão e após transitada em juízo a sentença determinará a lavratura do registro que tem efeitos *ex tunc*<sup>3</sup>.

Ainda, se o enfermo convalescer, deverá ratificar o ato na presença do magistrado e do oficial do registro, no prazo de dez dias, não havendo a necessidade da presença das testemunhas, contudo, se nem as testemunhas nem os interessados manifestarem-se, o casamento é inexistente. Há pontos de suma importância que a doutrina é omissa, como por exemplo, o falecimento de uma das testemunhas antes desta comparecer perante a autoridade judicial dentro do prazo estipulado por lei. Deve-se questionar se apenas pela ausência de uma das testemunhas o ato não deverá ser consolidado. RODRIGUES (2003, p. 72)

Contudo, se buscarmos o cumprimento da lei, a ausência de uma testemunha será o suficiente para a formalidade do ato ser desconsiderada. Por outro lado, até que ponto o casamento nuncupativo não deverá ser formalizado por falta de apenas um requisito? Lógico que, não devemos jamais esquecer que situações como esta criam espaços para simulações e fraudes.

O casamento nuncupativo, nada mais é que uma celebração emergencial, que permite que aqueles que estão em risco de vida, e pretendem contrair matrimônio, podem realizar a vontade de forma que se exclui as formalidades de um casamento comum. Sendo necessário apenas as testemunhas, o casamento ocorre, porém só será válido se dentro de 10 (dez) dias for comunicado a autoridade competente mais próxima de onde o mesmo se realizou.

Conforme disposto sobre esta modalidade excepcional de realização de casamento são os próprios contraentes que conduzem o ato do matrimônio, prescindido das formalidades da celebração do ato, acompanhados apenas de testemunhas que posteriormente comparecerão a juízo para declarar a vontade dos nubentes.

---

<sup>3</sup> *Ex tunc* é uma expressão em latim que significa "desde o início", "desde então", "daquele momento em diante" etc. é usada por exemplo para afirmar que uma lei será aplicada de forma retroativa, ou seja, em casos anteriores ao da aprovação da lei.

## 5.1 A regra geral para o casamento nuncupativo

O caput, os incisos e os §§1º ao 4º do artigo 1.541 do Código Civil e artigo 76 da Lei de Registros Públicos constituem a regra geral de convalidação do casamento nuncupativo. Estabelece um procedimento especial posterior que deverá ser observado dentro do prazo decadencial de dez dias, a contar da data do casamento, sob pena deste não ter eficácia e a celebração ser nula de pleno direito.

Com efeito, uma vez celebrado o casamento, deverão as testemunhas presenciais comparecer, juntas, dentro do prazo supra, perante a autoridade judiciária mais próxima, a fim de que sejam reduzidas a termo as suas declarações, pelo processo das justificações avulsas. Caso não compareçam espontaneamente, poderá qualquer interessado requerer a sua notificação (art. 76 da Lei 6.015/73).

A autoridade judiciária competente para ouvir as testemunhas e proceder às diligências necessárias é a mais próxima do lugar onde se realizou o casamento, ainda que não seja a do domicílio e/ou residência dos cônjuges.

As testemunhas deverão declarar perante a autoridade:

*I - que foram convocadas por parte do enfermo;*

Em que pese o legislador falar em "enfermo", a Doutrina entende que o risco de vida pode ser também em decorrência de acidente.

Além disso, ao que parece, a testemunha pode vir a ser chamada por outro interessado (como o cônjuge sobrevivente, por exemplo). No entanto, deve ficar claro que foi apenas materialmente chamada por outro, mas a presença dela foi um desejo do "enfermo".

*II - que o "enfermo" parecia em perigo de vida, mas em seu juízo;*

Aqui, quis o legislador enfatizar que o contraente, embora estivesse em iminente risco de vida, encontrava-se lúcido, consciente de seus atos e, sobretudo, consciente de que estava contraindo matrimônio com aquela determinada pessoa

*III - que, em sua presença, declararam os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se por marido e mulher.*

Apesar de se dispensar a presença da autoridade celebrante, há a necessidade de que os nubentes declarem de maneira livre e espontânea sua

vontade de celebrar o casamento, já que este tem natureza contratual. Na sequência, procederá ao juiz as diligências necessárias a apurar se os contraentes podiam ter se habilitado na forma ordinária, ouvidos os interessados dentro do prazo de quinze dias. Será ouvido também o Ministério Público. Essas diligências se fazem necessárias para que o juiz verifique se os nubentes possuíam, ou não, Condição de se casar (por exemplo, apura-se a existência de algum impedimento). Verificada a idoneidade dos cônjuges para o casamento, o juiz competente finalmente decidirá, cabendo recurso de apelação a qualquer uma das partes, no prazo de quinze dias. Passada em julgado a sentença final (de 1º ou 2º grau), o juiz determinará que esta seja registrada no livro do Registro dos Casamentos, valendo como assento matrimonial. O assento assim lavrado retrotrairá os efeitos do casamento à data da celebração em relação aos cônjuges. Ou seja, o registro terá efeito *ex tunc*, retroagindo à data em que o casamento nuncupativo foi realizado. VENOSA (2003, p. 40)

## 5.2 Situação excepcional no casamento nuncupativo

Estabelece o §5º do artigo 1.541 uma situação excepcional, que dispensa a aplicação das formalidades posteriores supramencionadas.

O procedimento excepcional de convalidação do casamento nuncupativo só caberá se o contraente em iminente risco de vida convalesce dentro dos dez dias subsequentes à celebração e, neste prazo puder ratificar o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro.

Assim sendo, a declaração confirmatória do "enfermo" afasta a necessidade de aplicação do caput do artigo 1.541, de seus incisos e dos parágrafos 1º ao 4º, bem como do artigo 76 da Lei nº 6.015/73.

Por outro lado, insta salientar que há um entendimento no sentido de que convalescendo o "enfermo" e estando o mesmo presente, haverá a necessidade de uma nova celebração, que retroagirá à data do casamento nuncupativo. Com a máxima vênha, não compartilhamos deste posicionamento. Isso porque o casamento nuncupativo celebrou-se por vontade livre e espontânea de ambos os

nubentes e, se porventura, o que se encontrava em risco de vida convalesce, a melhora em seu estado de saúde, se dentro do prazo de dez dias, repercutirá tão somente nas formalidades posteriores à celebração. Ou seja, não haverá a necessidade da declaração das testemunhas e demais formalidades, porquanto que o próprio contraente poderá ratificar o ato.

## 6 CONCLUSÃO

Não é bom para que o homem fique só. Livro de Gênesis – Bíblia Sagrada. Assim sendo, desde o início dos tempos existe a união entre o homem e a mulher. Com o passar dos anos diferentes formas de casamento foram sendo realizadas, dentre as quais o casamento nupcial, modalidade excepcional de instituição de casamento, tema central deste trabalho.

Para abordar o tema principal deste trabalho foi realizado uma trajetória de estudo sobre o casamento, desde a antiguidade até as modalidades atuais, passando pelo casamento religioso, instituição do casamento civil, a legalidade deste ato e as modalidades excepcionais de casamento, dentre estas o casamento nupcial, quando se tem risco iminente de morte de um dos nubentes.

No Capítulo 1 a referência se deu à história do casamento, que serviu de base para compreender a trajetória desde o início da vida humana e as relações por eles estabelecidas até a atualidade, onde contamos com várias formas de regimes matrimoniais que vigoram no país atualmente.

Em relação ao Capítulo 2 infere-se que o casamento religioso no Brasil se deu a partir do Brasil Império pela Constituição de 1824 onde a religião católica continuou a ser a religião oficial do Brasil. Portanto o casamento era por ela regulamentado.

Com a Proclamação da República surge a Constituição Republicana de 1891, o casamento agora se torna um direito do cidadão e a República só reconhece o casamento civil e cuja celebração passa a ser gratuita. As Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 introduziram inovações referentes ao casamento desde o ato religioso com efeito civil, passando pela dissolubilidade em casos expressos até a facilitação do divórcio.

No Capítulo 3 é demonstrado a legalidade do casamento civil na atual Legislação Brasileira que reza a gratuidade, as diferentes formas de união como entidade familiar e os regimes matrimoniais, sendo estes quatro regimes de bens que vigoram no país.

Os quatro regimes mencionados no parágrafo anterior são comunhão parcial de bens, que vigora não só quando manifestado pelos noivos, mas também

quando estes não manifestam intenção por qualquer outro regime de bens; Comunhão universal de bens, que como o nome diz todos os bens presentes e futuros pertencem igualmente ao casal; Separação total de bens, é o que preserva a individualidade do patrimônio de cada um dos cônjuges, pois cada um permanece com os bens adquiridos antes do casamento; Participação final nos aquestos, este regime deve ser estipulado em pacto antenupcial, apresenta situação idêntica ao do regime de comunhão parcial de bens.

Em remate ao Capítulo 4 trata-se do tema fundamental deste trabalho, o casamento nuncupativo que é uma modalidade excepcional de realização de casamento tendo em vista o estado de iminente risco de vida de um dos nubentes. Assim ocorre quando este, por exemplo, é ferido por disparo de arma de fogo, ou sofre grave acidente, ou, ainda, é vítima de mal súbito, em que não há a mínima esperança de salvação, e a duração da vida não poderá ir além de alguns instantes ou horas.

Neste caso, para que se alcance os efeitos civis do matrimônio, permite a lei a sua celebração, com dispensa das mais importantes formalidades, tais como o processo de habilitação, a publicação dos proclamas bem como a presença da autoridade, celebrando-se o casamento perante apenas testemunhas.

Nosso ordenamento jurídico vislumbrou, como regra geral de convalidação do casamento nuncupativo, o procedimento especial disposto no artigo 1.541 do Código Civil e no artigo 76 da Lei nº 6.015/73, a ser observado dentro dos dez dias subsequentes à data da celebração.

Como hipótese excepcional, na qual não se aplicarão as formalidades do procedimento especial supracitado, há a possibilidade da ratificação do casamento pelo próprio "enfermo".

No entanto, como bem salienta Silvio Rodrigues e Carlos Roberto Gonçalves, não é somente quando o nubente morre ou ocorre a ratificação que tem validade o casamento nuncupativo. Se, após a cerimônia e por força da moléstia, o enfermo continuar impedido enquanto se procedem às formalidades reclamadas pelo artigo 76 da Lei nº 6.015/73, só vindo a se restabelecer após a transcrição da sentença no Registro Civil que, por sua vez, já julgou regular o casamento, não há mister de ratificá-lo, que continua absolutamente eficaz.

Assim, vale ilustrar algumas situações possíveis, que não excluem outras tantas vislumbráveis:

A - Celebrado o casamento, o contraente em iminente risco de vida vem a falecer dentro do prazo de dez dias;

B - Celebrado o casamento, o contraente em iminente risco de vida vem a falecer após o prazo de dez dias;

C - Celebrado o casamento, o contraente em iminente risco de vida permanece em estado grave por meses ou até anos;

D- Celebrado o casamento, o contraente em iminente risco de vida se convalesce dentro do prazo de dez dias, mas continua impedido de ratificar o ato;

E - Celebrado o casamento, o contraente em iminente risco de vida se convalesce dentro do prazo de dez dias e pode, sem óbice algum, ratificar o ato;

F - Celebrado o casamento, o contraente em iminente risco de vida só se convalesce após o prazo de dez dias.

Nas seis hipóteses fáticas acima, apenas na letra "E" podemos aplicar a regra excepcional do §5º do artigo 1.541 do Código Civil. Ou seja, se dentro dos dez dias subsequentes à celebração do casamento nuncupativo o "enfermo" convalescer e puder ratificar o ato, não será necessário observar os procedimentos do caput, incisos e dos parágrafos 1º ao 4º do artigo 1.541 e do artigo 76 da Lei nº 6.015/73. Bastará a declaração confirmatória para que o casamento seja eficaz e os efeitos retroajam à data de sua celebração.

A contrario *sensu*, aplicar-se-á a regra geral, na qual mister se faz o comparecimento das testemunhas para a tomada a termo de suas declarações (incisos I, II, III do artigo 1.541 e artigo 76 da Lei nº 6.015/73), bem como a observância das demais formalidades previstas nos §§1º ao 4º, se no prazo de dez dias o enfermo não convalescer (B, C, F); convalescer, mas permanecer impedido e impossibilitado de ratificar o ato (D) ou morrer (A).

A maioria dos doutrinadores pátrios fazem distinção entre o casamento nuncupativo e o casamento sob moléstia grave, contudo, alguns entendem que não há nenhuma diferença entre as duas modalidades, sendo uma apenas complemento da outra, para tato basta a simples leitura do texto legal.

Desta feita, o artigo 1.539 do Código Civil, disciplina o casamento em caso de moléstia grave determinando que "O presidente do ato irá celebrá-lo onde se

encontrar o impedido, sendo urgente, ainda que à noite, perante 2 (duas) testemunhas que saibam ler e escrever”. Já o artigo 1.540 do mesmo diploma legal, afirma que: “Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de 6 (seis) testemunhas, [...]”. Portanto, constata-se que o artigo 1.540 complementa o artigo 1.539, pois dá opção aos contraentes de se casarem, ainda que tenham buscado insistentemente a presença do oficial de registro civil e não lograram êxito em obtê-la.

Entretanto, como é de maior entendimento, o que se leva em consideração para diferenciar os dois institutos é a urgência para que corra a celebração, no caso do casamento nuncupativo; esta é iminente, e apenas a finalidade pode ser considerada igual, ou seja, a realização do casamento.

Por fim, conclui-se que esses dispositivos legais não têm nenhuma utilidade prática nos dias atuais, senão estimular a fraude e a simulação, conforme bem menciona o Ilustre Mestre Silvio Rodrigues: “a admissão do casamento in extremis é uma velharia admitida por um sistema que se inspira num excessivo, senão injustificável, zelo pelo interesse individual... constitui porta aberta à fraude e à simulação”.(RODRIGUES, 2009:65).

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jorge Fernandes Rodrigues de Freitas. **Intervenções populares (1870-1893)**, Porto, Afrontamento, 1999.

ANGHER, Anne Joyce. **Considerações sobre a família**, 10ª ed., São Paulo 2007.

ARAUJO, Thays Barbosa Lima. **Casamento contemporâneo: um olhar clínico sobre os laços conjugais**. Curitiba: [s.n.], 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Código Civil**. vol. 19, São Paulo: Saraiva, 2002.

BÍBLIA SAGRADA. Edição de Promessas. Versão Revista e Corrigida na grafia simplificada, da tradução de João Ferreira de Almeida.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Do casamento religioso com efeitos civis e o novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2662>>.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília-DF: Senado, 1988.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **A mulher e o casamento: da submissão à emancipação**. Revista Jurídica Cesumar, Mestrado, Maringá, v. 4, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil. V. 5, Família e Sucessões**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Tratado do casamento e do divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1987.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, C., **Efeito Civil do Casamento Religioso**, in *Direito&Pastoral*, Ano XVIII 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Direito de Família: Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22ª edição. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** v.1. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINIZ, Maria Helena.. **Comentários ao Código Civil**. vol. 22, São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**. 11ª edição. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro** v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRETILLA Jr., José. **Direito Romano Moderno**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil aplicado: Direito de Família**. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. In: **Direito de Família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MADALENO, Rolf. **Do regime de bens entre os cônjuges**. In: **Direito de Família e o novo Código Civil**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MCFARLANE, Alan. **História do Casamento e do Amor**. São Paulo: Cia das Letras, 1990.

MIRANDA, P. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro, 1960.

MORAES, José Geraldo Vinci de. **Caminho das Civilizações – Da Pré-História aos dias atuais**. São Paulo: Atual, 1993.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, Direito de Família**. 22ª edição. Vol. 5. Forense, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei n.10.406, de 10/1/2002**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUCHE, Michel. **Alta Idade Média Ocidental**. In: **História da Vida Privada – do Império Romano ao ano mil**. São Paulo, Companhia de bolso, 2009.

TÜCHLE, Germano. BOUMAN, C. A. **Reforma e Contra-Reforma. Nova História da Igreja**. Petrópolis: Vozes, 1983.

TÜCHLE, Germano. **Reforma e Contra-Reforma**. Tradução de: Waldomiro Pires Martins. Petrópolis: Vozes, 1971. (Nova História da Igreja, III).

VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, Amor e Desejo no Ocidente Cristão**. 1ª edição. São Paulo, 1986.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3ª edição. Vol. 6. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 3. Edição Vol.7. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnaldo. **O novo Direito de Família**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

#### **Artigo Científico:**

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A mutalidade do regime de bens**. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=2295](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=2295)>.

#### **Endereços Eletrônicos:**

<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/725/905>

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI7593,31047Regime+de+bens+matrimoniais+e+Direito+Intertemporal>

<http://www.casamentoclick.com.br/report/casamento-civil-e-regime-bens.html>

#### **Legislação:**

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

VADE MECUM. **Lei 10.406/2002, Código Civil Brasileiro**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

## DECLARAÇÃO

Eu, **VERA LÚCIA MARIA BORBA**, RG nº 2367941, CIC nº 422777521-34, formada em Letras Modernas pela Faculdade de Filosofia do Vale de São Patrício , FAFISP de Ceres – GO, declaro para os devidos fins acadêmicos, que realizei a revisão ortográfica e gramatical da monografia intitulada: **CASAMENTO NUNCUPATIVO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA** de **RUYTHER GUSTAVO MACIEL**, acadêmico do Curso de **DIREITO** da **FACER FACULDADE - UNIDADE RUBIATABA..**

Por ser verdade ,firmo a presente.

Rubiataba, 19 de dezembro de 2014



**Vera Lúcia M. Borba**