

JACOB DOLINGER

Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

**DIREITO CIVIL
INTERNACIONAL**

Volume I

**A FAMÍLIA NO
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**

Tomo Primeiro

**Casamento e Divórcio no
Direito Internacional Privado**

RENOVAR

J. F. Ferraz de Campos
J. F. Ferraz de Campos Monaco

Este também o momento de agradecer à minha alma mater, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), que me concedeu a condição de professor de dedicação exclusiva.

* * *

A presente obra é dedicada com amor à minha companheira de vida, Rachele Zweig Dolinger, que construiu um lar em que reina a tranquilidade e o interesse pelas coisas belas da vida.

Capítulo 1º

As formalidades nupciais

A movimentação das pessoas físicas resulta freqüentemente em casamentos binacionais, em que nubentes de nacionalidades diferentes e/ou domiciliados em países diversos se consorciaram em um destes países ou em terceiro país, com o qual nenhum dos consortes tem ligação de nacionalidade ou de domicílio.

Há que se decidir nestas hipóteses que lei deve ser aplicada tanto para as questões de fundo — a capacidade nupcial dos nubentes, que abrange as regras sobre os impedimentos matrimoniais — assim como para os aspectos formais do casamento — formalidades habilitantes e formalidades celebrantes do matrimônio.

FORMALIDADES HABILITANTES

As formalidades habilitantes, que precedem as núpcias, assim como as formalidades que presidem a própria celebração, seguem a regra básica *lex loci celebrationis regit actum*, aplicada igualmente às obrigações contratuais internacionais, em que é conhecida como *locus regit actum*, sendo que no campo das formalidades do matrimônio ela é mais conhecida como *lex loci celebrationis*.

Esta regra comanda a aplicação da lei do país em que o ato é celebrado para reger as questões de natureza formal; deriva da noção de que a lei do local da celebração é a mais bem conhecida pelas

partes contratantes, e mesmo que assim não seja, presume-se que as partes se sujeitam às regras formais do local da celebração do ato.

Há que se distinguir o ato nupcial das obrigações em geral, pois enquanto nestas concebe-se que as partes escolham adotar formas outras que não as praticadas no local da celebração do ato, já em matéria de matrimônio, pelo interesse social nele imanente, interesse este protegido pelo Estado, os atos celebratórios deverão seguir à risca o estabelecido na respectiva legislação, ressalvados os casamentos consulares que, onde e quando admitidos, seguem as regras da legislação do país estrangeiro.

Daí a regra do artigo 7º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, “*realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades de celebração*”.

Seguindo a ordem cronológica dos fatos ligados ao casamento, temos de estudar primeiramente as formalidades habilitantes, que variam de acordo com as diversas legislações.

Via de regra as formalidades preliminares abrangem a habilitação para o casamento e a publicação dos editais, aquela visando comprovar o desimpedimento dos nubentes para o matrimônio e esta objetivando dar-lhe publicidade¹.

No direito interno brasileiro estão previstas duas hipóteses de casamentos de pessoas de locais diversos. No artigo 180, § único, o Código Civil brasileiro trata da hipótese de um dos nubentes ter residido a maior parte do último ano em outro Estado da Federação, quando deverá apresentar prova de que não estava impedido de casar. Outra hipótese é a versada no artigo 181, § 2º, de nubentes que residem em circunscrições diversas, para a qual a lei determina se publiquem editais em ambas as circunscrições².

No plano internacional ocorrem duas hipóteses, a da pessoa domiciliada no Brasil — regida pela lei brasileira — que se casa no exterior, e a da pessoa regida por lei estrangeira, que se casa no Brasil.

1. O Concílio de Trento, 1563, impôs as formalidades do casamento, testemunhas, publicidade, celebração presidida por um clérigo para evitar casamentos clandestinos, no que a Igreja Católica foi seguida pelo Protestantismo. Vide R.C. CAENEKEN, “An Historical Introduction to Private Law”, p. 194.

2. Vale observar que enquanto a lei civil determina a publicação de proclamas nas duas circunscrições diferentes em que residem os nubentes (artigo 181, § 2º), não faz esta exigência no artigo 180, § único, ao versar a hipótese de um cônjuge ter vivido a maior parte do último ano em outro Estado.

O dispositivo do primeiro § do artigo 7º está formulado em termos unilaterais (“*Realizando-se o casamento no Brasil...*”), mas deve ser interpretado em sentido bilateral, ou seja, onde quer que se realize o casamento, deverão ser obedecidas as leis locais em matéria de formalidades de celebração. A interpretação do mesmo dispositivo na parte em que trata dos impedimentos dirimentes será analisada no capítulo seguinte.

Casamento no Exterior

O casamento celebrado no exterior, de brasileiro ou de estrangeiro, domiciliados no Brasil, submetidos, por força do disposto no artigo 7º da LICC às normas do direito brasileiro, em matéria de capacidade civil e questões de família, obedecerá, no que concerne às formalidades do ato nupcial, às leis do país em que se realizar o casamento, *ex vi* do § 1º do artigo 7º, por força da bilateralização do mesmo, tudo com fundamento na aplicação da regra *locus regit actum* às cerimônias nupciais.

Decorre desta aplicação generalizada da *lex celebrationis* que nosso direito reconhece a validade de casamentos realizados em outras jurisdições, por mais simples e informal que sejam as formas lá utilizadas. Daí a regra do artigo 204 do Código Civil brasileiro — “*o casamento celebrado fora do Brasil prova-se de acordo com a lei do país onde se celebrou*” — porque a prova do ato se produz de acordo com a sua forma, e como as formas locais são respeitadas, as provas se fazem de acordo com a mesma legislação³.

3. HAROLDO VALLADÃO, “Direito Internacional Privado”, volume II, p. 73, observa que o Brasil reconhece todas as formas de casamento, inclusive o casamento consensual e o tribal, havendo jurisprudência brasileira que reconheceu o casamento religioso celebrado no exterior mesmo ao tempo em que a Constituição de 1891 não o admitia, bem como o casamento de fato, não registrado, que existiu na legislação da URSS, também apresentando um rol de decisões de tribunais estrangeiros neste sentido. Sobre os casamentos informais conhecidos como *solo consensu*, os *common law marriages*, os antigos casamentos *per verba de praesenti* do direito canônico e os casamentos islâmicos constituídos por uma mera troca de consentimento, vide LENNART PALSSON, “Marriage and Divorce in Comparative Conflict of Laws”, p. 171.

Neste mesmo sentido, a regra do artigo 41 do Código Bustamante, que declara válido o matrimônio celebrado na forma estabelecida como eficaz pelas leis do país em que se efetue.

Cabe, no entanto, examinar se no casamento de pessoas domiciliadas no Brasil, celebrado no exterior, há de se exigir a realização das formalidades habilitantes, prescritas em nossa legislação, que precedem o ato nupcial propriamente dito.

Clovis Bevilacqua entendia que o casamento celebrado no estrangeiro exige proclamas publicados no domicílio nacional do contraente.⁴ O autor do código lembrava as disposições neste sentido estabelecidas nos códigos da França e da Itália.

O Código Civil francês dispõe no artigo 170, por emenda introduzida em 1907, que o casamento de franceses no exterior, bem como o de francês com estrangeiro, será celebrado na conformidade das formas locais, mas deverá ser precedido dos proclamas previstos no código. No mesmo sentido o artigo 115 do Código Civil italiano.

Explica a doutrina francesa que esta exigência visa a que sejam respeitadas certas condições substanciais do casamento, especialmente para possibilitar oposições dos pais ou para revelar a existência de impedimentos, daí escapar este aspecto da regra *locus regit actum*, pois mantém relação com a substância do casamento⁵.

4. CLÓVIS BEVILAQUA, “Princípios Elementares de Direito Internacional Privado”, 3a. ed., p. 291, esclarecendo que assim determinava o dec. nº 181, de 24 de janeiro de 1890, art. 47, § 3º, esta sendo a “doutrina corrente”. Já NUMA P. DO VALLE, “Família no Direito Internacional Privado”, p. 16, advogava a publicação de proclamas quando brasileiros casam no estrangeiro e quando estrangeiros casam no Brasil, dizendo que “*ordem pública e a segurança da família o exigem*”. EDUARDO ESPÍNOLA, “Elementos de Direito Internacional Privado”, p. 426, entendia desnecessária a publicação de proclamas no Brasil em casamento a celebrar-se no exterior, “*uma vez que as publicações dos proclamas pertencem às formalidades extrínsecas do ato e não à capacidade dos nubentes*”.

5. Vide LOUSSOUARN e BOUREL, “Droit International Privé”, nº 294. Na França a falta de publicação de proclamas anunciando casamento no exterior está ligada à questão da fraude à lei, qualificado tal casamento como clandestino. Houve até casos em que esta clandestinidade resultou em anulação do casamento, quando ficou constatado que a falta de publicação foi intencional, o que, naturalmente, não se aplica aos casamentos cercados de publicidade, que deixam de ser antecidos pelos editais, em que não se possa vislumbrar qualquer intenção de fraude. Vide PIERRE MAYER, “Droit International Privé”, pp. 400-401. LENNART PALSSON, op. cit., p. 192 e ss., trata da *Doctrine of Evasion* no âmbito do matrimônio transnacional, inclusive

A Convenção da Haia de 1902, para regular os conflitos de leis em matéria de casamento, previa no artigo 5º alínea 3ª que “*deverão ser respeitadas as disposições da lei nacional em matéria de publicações, mas a falta destas não poderá produzir a nulidade do casamento noutros países além daquele cuja lei tiver sido violada*”, admitindo, portanto, que no país da nacionalidade do nubente a falta de publicação produza nulidade⁶.

A Convenção da Haia, de 1978, sobre Celebração e Reconhecimento da Validade dos Casamentos, que substituiu a Convenção de 1902, não tratou das publicações⁷, e o Código Bustamante dispõe no artigo 38 que a legislação do local da celebração do matrimônio rege a forma das diligências preliminares, dispositivo que não elucida a questão ora examinada.

Voltando ao Brasil, temos que a Lei nº 6.015 de 1973, que regula os registros públicos, cuida em seu artigo 32, entre outros, do registro de casamento de brasileiros celebrado no exterior, não havendo qualquer referência à necessidade de publicar editais no Brasil.

A matéria foi bem versada por Wilson de Souza Campos Batalha⁸, ao comentar o artigo 32 da Lei de Registros Públicos, lembrando a

a fraude à lei matrimonial francesa. OSCAR TENÓRIO, “Direito Internacional Privado”, 2º. volume, p. 63, acompanha o cuidado de Bevilacqua, desenvolvendo o tema em seu “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”, 2ª. ed., pp. 256-7. PINTO PEREIRA em “Casamento e Divórcio” reproduz a opinião de vários juristas, dando destaque à de Machado Villela, no sentido de que as publicações são formalidades, devendo obedecer às regras do país da celebração, a qual contrapõe o ponto de vista de Valery de que publicações representam uma formalidade habilitante, respeitante à capacidade do contraente, devendo obedecer à sua lei nacional. O autor, afinal, se rende ao argumento de que o silêncio do nosso código deve ser entendido como o império da *locus regit actum* sobre a matéria. PONTES DE MIRANDA, “Tratado de Direito Internacional Privado”, tomo II, p. 15, também entende não ser necessário publicar no Brasil proclamas para quem vai se casar no exterior.

6. Vide mais adiante comentário crítico sobre a incoerência que se insere neste dispositivo.

7. O artigo 4º desta Convenção dispõe que o Estado da celebração do casamento pode exigir que os futuros cônjuges forneçam as provas necessárias para conhecimento do conteúdo de qualquer lei estrangeira que seja aplicável de acordo com o disposto na Convenção.

8. WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, “Comentários a Lei de Registros Públicos”, vol. I, p. 132. Observe-se que apesar de o artigo 32 da Lei de Registros Públicos se referir ao casamento e óbito de brasileiros em país estrangeiro, várias

dificuldade de deslindar o que seja forma, substância e forma essencial, sendo certo que segundo o artigo 9º, § 1º, da Lei de Introdução, regem-se pela *lex loci* os requisitos extrínsecos do ato e pela *lex causae* a forma essencial.

Sustenta o comentarista da Lei de Registros Públicos, que também comentou a LICC, que as formalidades habilitantes não estão incluídas no preceito *locus regit actum*. Dependem estas formalidades da lei que rege as pessoas. Daí concluir que o direito brasileiro pode livremente determinar a lei que se deve aplicar ao casamento celebrado no exterior, se os nubentes forem domiciliados no Brasil⁹.

No Brasil o Registro Civil tem o cuidado de só trasladar assentos de casamentos realizados no exterior mediante exame da documentação estrangeira e apresentação de declaração de duas testemunhas domiciliadas no Brasil sobre o desimpedimento dos cônjuges. É nosso entendimento de que o mais adequado seria também exigir a publicação de proclamas como condição para efetuar o registro local¹⁰.

O artigo 204 do Código Civil dispõe que o casamento celebrado fora do Brasil se prova de acordo com a lei do país onde foi celebrado, na conformidade do princípio de que a prova está ligada à forma, e como esta se rege pela lei local, o mesmo sucede com a prova. Já a proposta de exigir proclamas no Brasil para casamentos de brasileiros celebrados no exterior é algo diverso da simples forma, pois diz respeito à aferição da capacidade do nubente, em que existe a possibilidade de que o casamento tenha sido realizado no exterior visando a alguma fraude à lei brasileira.

O Anteprojeto Sobre a Aplicação das Normas Jurídicas, apresentado ao Congresso pelo governo Itamar Franco, propõe no artigo 8º, § 2º, que “as pessoas domiciliadas no Brasil que se casarem no exterior atenderão, antes ou depois do casamento, às formalidades para habilitação reguladas no Código Civil Brasileiro, podendo registrá-lo na forma prevista na Lei de Registros Públicos”.

das normas dispostas no *caput* e nos parágrafos do artigo se aplicam igualmente a estrangeiros, desde que domiciliados no Brasil.

9. Id., p. 134.

10. A publicação de proclamas após a cerimônia nupcial e antes do registro civil do casamento não é estranha à nossa legislação, haja vista o que ocorre no casamento religioso com efeitos civis, regido pela Lei nº 1.110 de 1950, que no artigo 5º dispõe sobre a publicação dos proclamas após a cerimônia nupcial religiosa.

Casamento no Brasil

Realizando-se no Brasil casamento de pessoas domiciliadas no estrangeiro¹¹ aplicar-se-á a lei brasileira para as formalidades de celebração, devendo-se atender a todos os requisitos enumerados no Código Civil brasileiro, pelo que os nubentes precisarão produzir prova originária do local onde vivem no exterior de que estão desimpedidos para casar. Isto resulta da regra estabelecida no § 1º do artigo 7º da LICC.

Também aqui surge a questão da necessidade de publicação de proclamas no país de origem dos nubentes, e a doutrina novamente se divide.

Efetivamente as formalidades matrimoniais seguem a *lex loci celebrationis*, mas como os proclamas visam à garantia de que não ocorrem impedimentos ao matrimônio, entendeu-se que os mesmos devam ser publicados no país do domicílio dos nubentes.

Clovis Bevilacqua¹² reproduz o artigo 4º da Convenção da Haia de 1902, que dispõe que “os estrangeiros devem, para casarem-se, provar que preenchem as condições necessárias, segundo a lei indicada no artigo 1. Esta justificação far-se-á, quer por um certificado dos agentes diplomáticos ou consulares autorizados pelo Estado, de que os contraentes são súditos, quer por outro qualquer meio de prova, contanto que as autoridades do país da celebração reconheçam a justificação como suficiente”.

O autor do código comenta que em virtude deste artigo, as pessoas que se casam no estrangeiro devem provar que se acham em condições de fazê-lo de acordo com a lei de seu país, exibindo certificados ou outras provas. E conclui que “é preciso, portanto, que se publiquem proclamas no país de origem, a fim de se tirar a limpo a verdade”, no que é acompanhado por Oscar Tenório¹³, que também

11. WILSON BUSSADA, em “Código Civil Brasileiro Interpretado pelos Tribunais”, vol. 2, tomo I, à p. 130, reproduz uma série de recomendações aos Cartórios do Registro Civil das Pessoas Naturais, em que se encontra a de “só fazer casamento de estrangeiro depois da prova de permanência legal no País”. É conhecido que estrangeiros têm contraído núpcias no Brasil perante as autoridades locais, mesmo quando sua estada no país não é de caráter permanente. Não vejo, realmente, razão para recusar esta prestação jurisdicional a pessoas que aqui se encontram em caráter temporário, ou mesmo até para os turistas, desde que se atente aos requisitos legais, cuidando-se, inclusive, de respeitar a lei pessoal dos cônjuges, como sugerido no texto.

12. CLOVIS BEVILACQUA, op. cit., p. 283.

13. OSCAR TENÓRIO, DIP II, p. 62.

invoca o artigo 5º da mesma Convenção da Haia, que em sua alínea 3ª dispõe que “*deverão ser respeitadas as disposições da lei nacional em matéria de publicações...*”.

O Professor Tenório interpreta no mesmo sentido o artigo 37 do Código Bustamante, ao dispor que “*os estrangeiros devem provar, antes de casar, que preencheram as condições exigidas pelas suas leis pessoais, no que se refere ao artigo precedente*”, que, por sua vez, dispõe que “*os nubentes estarão sujeitos à sua lei pessoal em tudo quanto se refira à capacidade para celebrar o matrimônio, ao consentimento ou conselhos paternos, aos impedimentos e a sua dispensa*”.

Pontes de Miranda¹⁴ só exige a publicação de proclamas de estrangeiros que querem se casar no Brasil se a lei de seu país assim exigir, como é o caso da França (artigo 170) e da Itália (artigo 100)¹⁵. Eduardo Espínola segue o mesmo critério¹⁶.

Já Serpa Lopes¹⁷ entende desnecessária a publicação de proclamas, interpretando o artigo 37 do Código Bustamante a favor de sua tese, sendo esta igualmente a opinião de Haroldo Valladão.¹⁸

Entendemos, coerentemente com o que expusemos sobre casamento de brasileiros no exterior, que as leis estrangeiras que considerem a publicação dos proclamas como formalidade necessária para evitar a clandestinidade, a fraude à lei, deverão ser respeitadas em nosso país sempre que os domiciliados alhures aqui contraírem núpcias, exigindo-se que esta publicação se faça na conformidade e no local onde for determinado pela legislação do domicílio dos nubentes.

A lei polonesa sobre o registro civil de 1955 exige que um estrangeiro que tenciona casar na Polônia exiba ao oficial do registro

civil um certificado de capacidade matrimonial de acordo com a lei de sua nacionalidade. Caso haja dificuldades na obtenção deste certificado, a lei faculta ao tribunal conceder dispensa desta obrigação.

Esta exigência da lei polonesa e a faculdade de sua dispensa acarretaram interessantes questões em várias cortes polonesas que vieram, afinal, a ser decididas pela Suprema Corte da Polônia. Em um caso, na jurisdição de Lodz, um sudanês, que queria casar com uma polonesa, requereu dispensa de apresentação do certificado exigido pela lei. Durante o processo constatou-se que a lei sudanesa proibia seus cidadãos de casarem no exterior. Em outro caso, ocorrido na jurisdição de Gdansk, se discutiu a questão de um árabe saudita que, pretendendo matrimoniar-se com cidadã polonesa, pediu dispensa, porque seu país não fornecia tal tipo de certificado. Nestes dois processos ficou constatado que as leis nacionais dos requerentes admitem a poligamia, o repúdio da mulher pelo homem, e não dispõem sobre a obrigação de alimentar a esposa após a dissolução do casamento, concluindo-se que estas legislações não respeitam o princípio da igualdade dos cônjuges.

O tribunal de Gdansk consultou a Suprema Corte polonesa, que se pronunciou no sentido de que, no processo de dispensa do certificado de capacidade matrimonial, o tribunal não deve limitar-se ao exame da capacidade matrimonial do estrangeiro à luz de sua lei nacional, mas também deve verificar o conjunto das relações jurídicas dos futuros esposos sob o prisma da sua conformidade com os princípios fundamentais da ordem jurídica da República Popular da Polônia, ou seja, à luz do princípio da ordem pública de efeitos internacionais. Assim, se o casamento entre um polonês e um estrangeiro for nulo aos olhos da lei do país deste, não deve uma corte polonesa conceder a dispensa facultada pela lei. E no processo de dispensa a corte polonesa deve antecipar-se e examinar qual será a posição do nubente polonês de acordo com a lei da nacionalidade do nubente estrangeiro, não admitindo o casamento se as condições deste matrimônio forem contrárias à ordem jurídica polonesa¹⁹.

14. PONTES DE MIRANDA, op. loc. cit.

15. Atualmente, como já visto acima, artigo 115.

16. EDUARDO ESPÍNOLA, op. cit., p. 473, onde diz: “*Não devemos também perder de vista que, apesar de se tratar de uma questão de forma, Estados há que exigem a publicação de proclamas em seu território, para o casamento dos nacionais em país estrangeiro. Cumpre respeitar a exigência, principalmente quando, como acontece na França, a falta dessas publicações pode determinar a nulidade do casamento no país de origem*”.

17. SERPA LOPES, “Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil”, vol. II, p. 216.

18. HAROLDO VALLADÃO, op. cit., p. 64, diz que “*não há como exigir dos estrangeiros a publicação dos proclamas em seu país, tratando-se como se trata de simples formalidade preliminar*”.

19. “*Chronique de jurisprudence polonaise*” por Jerzy Jodlowski, no CLUNET 1977.133, 136, onde se lê: “*... la Cour suprême a exprimé l'opinion que la question de savoir si le mariage d'un étranger avec un ressortissant polonais peut être contracté en Pologne lorsque ce mariage serait — du point de vue de l'intérêt d'un ressortissant polonais — contraire à l'ordre juridique polonais, doit être examinée et appréciée déjà dans la procédure tendant à dispenser*”.

O Tribunal de Cracóvia enfrentou situação diferente quando cidadão da Namíbia pediu dispensa de apresentação de certificado de capacidade nupcial, constatando-se que a lei sul-africana que rege a Namíbia até pouco antes vedava o casamento inter-racial e que a lei da própria Namíbia ainda não era conhecida. Diante da incompatibilidade da lei racista que vigorava e da impossibilidade de se conhecer a lei em vigor, a Corte decidiu não haver impedimentos e autorizou o casamento²⁰.

A Tentativa de Anulação do Casamento de Sara Bernhardt

Sara Bernhardt (1844-1923), a famosa atriz francesa da *Comédie Française*, que brilhou nos palcos do mundo inteiro, inclusive da América Latina, casou-se em 1882 com Damala, cidadão grego, na Igreja de Santo André, paróquia de Marylebone, condado de Middlesex, na Inglaterra. Anos depois, numa ação em que o empresário Ballande cobrava da atriz uma determinada dívida, ela invocou em sua defesa a nulidade da dívida por ter sido contraída sem autorização marital, exigida pela legislação francesa da época.

O credor replicou, e entre outros argumentos levantou a tese de que o casamento de Sara seria nulo, por falta de publicação de editais na França.

Sobre este aspecto da questão assim pronunciou-se o Tribunal de la Seine, por sua 3ª Câmara, em 12 de julho de 1888:

“O casamento celebrado em país estrangeiro entre franceses ou entre francês e estrangeiro, de conformidade com a lei do país, não é necessariamente nulo por falta de publicação na França; neste caso, os tribunais examinam se a omissão das publicações se deu de má-fé ou para fraudar a lei francesa. Considerando [que o documento relativo ao casamento expedido pelas autoridades inglesas] apresenta todas as características de um ato regular; Considerando que Sara Bernhardt tinha mais de vinte e cinco anos de idade e que seus pais já haviam falecido, não havendo atos reverenciais a serem efetuados; ... os autores não têm direito a invocar a nulidade do casamento”²¹.

l'étranger de l'obligation de produire à l'officier de l'état civil un certificat de capacité matrimoniale”.

20. CLUNET 1974.359.

21. Vide CLUNET 1889.641.

Inglaterra Anula Casamento Celebrado no Iraque

Em *Hooper v. Hooper*, julgado em 1959 na Inglaterra, foi anulado um casamento realizado no Iraque entre dois ingleses, domiciliados na Inglaterra, celebrado de acordo com os ritos da Igreja Anglicana, por não terem publicado os editais na conformidade do que determina o direito inglês. A corte inglesa verificou que de acordo com a lei iraquiana então vigente, a validade do casamento celebrado naquele país entre nacionais britânicos dependia do cumprimento das exigências da lei inglesa²².

AS FORMALIDADES DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

Direito Comparado e Convencional

A facultatividade da regra *locus regit actum* não se aplica em matéria de celebração de casamento. Este tem sido o entendimento da jurisprudência francesa, que não aceita celebração matrimonial particular ou religiosa por parte de estrangeiros na forma de sua lei nacional, no que não tem sido acompanhada pela doutrina²³.

A mesma orientação encontramos na Bélgica. François Rigaux²⁴ relata que uma jurisprudência constante atribui caráter imperativo ao artigo 8º da lei de 26 de dezembro de 1891. Daí todo casamento realizado na Bélgica dever ser celebrado pelo oficial do registro civil territorial, excetuadas apenas as uniões celebradas por agente diplomático ou consular estrangeiro, nos limites autorizados pelo costume internacional e pelas convenções que obrigam a Bélgica. Assim, decidiu a Corte de Liège pela nulidade de um casamento religioso contraído entre dois italianos na Bélgica e registrado no consulado da Itália.

22. R.H. GRAVESON, “The Conflict of Laws”, p. 228.

23. Vide PIERRE MAYER, op. cit., nº 535 e LOUSSOUARN e BOUREL, op. cit., nº 292. Vide também BATIFFOL e LAGARDE, “Droit International Privé”, nº 425, que entendem que assim como a regra *locus* abre exceção para o casamento diplomático, também deveria ser aceita a exceção para o casamento religioso, realizado de acordo com a legislação nacional dos nubentes.

24. FRANÇOIS RIGAUX, “Droit International Privé”, nº 918.

Esta também é a posição do direito inglês²⁵.

No Brasil seguimos a mesma orientação, só admitindo o casamento civil presidido por autoridade competente e o casamento religioso com efeitos civis, respeitadas as formas previstas na legislação específica, admitida apenas exceção para o casamento diplomático ou consular, em se tratando de nacionais do país do representante. Nenhuma outra autoridade é competente para presidir uma cerimônia de casamento em nosso país²⁶.

A regra da prevalência da lei do local da celebração do matrimônio para as respectivas formalidades é universalmente aceita: válido o casamento por esta lei, será reconhecido no país da nacionalidade e/ou do domicílio dos nubentes e, conseqüentemente, em qualquer outro país²⁷. A regra vem consagrada em vários diplomas internacionais, a começar pela já citada Convenção da Haia de 1902.

25. Vide DICEY e MORRIS, "The Conflict of Laws", vol. 2, p. 641, de que a máxima *locus regit actum* em sua aplicação às formalidades matrimoniais é de caráter imperativo e não optativo. Já em 1861 Lord Campbell LC distinguia em julgamento realizado na House of Lords entre matéria formal e matéria essencial, aquela regida pela lei do local da celebração, esta pela lei do domicílio dos nubentes. Vide M.O.A. FREEMAN, "Marriage and Divorce in England", no Family Law Quarterly, 1995, p. 549, 558. Como foi dito no julgamento *Berthiaume v. Dastous*, a que nos referimos mais adiante, "there is no rule more firmly established in private international law than that which applies the maxim locus regit actum to the formalities of marriage".

26. Vide neste sentido EDUARDO ESPÍNOLA, op. cit., p. 476, CLOVIS BEVILACQUA, op. cit., p. 290, OSCAR TENÓRIO, op. cit., p. 65 e HAROLDO VALLADÃO, op. cit., p. 64.

27. Os ingleses resumiram esta regra com a máxima "A marriage valid where celebrated is valid everywhere". WERNER GOLDSCHMIDT escreveu que esta regra "não é justa", em ensaio sobre o Direito Internacional Privado latino-americano publicado no CLUNET de 1973 (p. 84), porque confunde fundo com forma e esta máxima britânica se refere exclusivamente aos aspectos formais da celebração do matrimônio. Como se lê em DICEY & MORRIS, p. 640, "A marriage celebrated in the mode, or according to the rites or ceremonies, required by the law of the country where the marriage takes place is (as far as formal requisites go) valid", reproduzindo, à p. 641, os dizeres de corte inglesa em *Berthiaume v. Dastous*, julgado em 1930 pela House of Lords, "If a marriage is good by the laws of the country where it is effected, it is good all the world over, no matter whether the proceeding or ceremony which constituted marriage according to the law of the place would not constitute marriage in the country of the domicile of one or other of the spouses. If the so-called marriage is no marriage in the place where it is celebrated, there is no marriage anywhere, although the ceremony or proceeding if conducted in the 'place of the parties' domicile would be considered a good marriage". Ainda sobre a distinção entre forma e capacidade em matéria de casamento, vide a mesma obra à p. 644. Quanto ao reconhecimento

Em seu artigo 5º dispunha a Convenção que "será em toda a parte reconhecido como válido, quanto à forma, o casamento celebrado segundo a lei do país onde se houver efetuado". Na 2ª alínea deste artigo a Convenção abria uma exceção visando os países cuja legislação exige uma celebração religiosa, que poderão deixar de reconhecer como válidos os casamentos contraídos por seus nacionais no estrangeiro, com inobservância desse preceito.

A disposição desta segunda alínea, bem como da alínea terceira do artigo 5º da Convenção da Haia a que já nos referimos ("deverão ser respeitadas as disposições da lei nacional em matéria de publicações, mas a falta destas não poderá produzir a nulidade do casamento noutros países além daquele cuja lei tiver sido violada") encerram regras incoerentes das quais poderiam decorrer conseqüências esdrúxulas: casamento realizado fora do país da nacionalidade dos nubentes em que não se tivesse respeitado as disposições da lei nacional sobre casamento religioso ou sobre publicações, e que fosse considerado inválido no país da nacionalidade do nubente, não poderia, contudo, produzir esta conseqüência noutros países por ter sido celebrado na conformidade da *lex loci celebrationis*. Como conceber, em um regime que aplica a lei nacional para a capacidade e os direitos de família, que um casamento seja considerado inválido no país da nacionalidade do nubente e válido em outros países? A Convenção que viera para regular conflitos de leis em matéria de casamento, estabelecendo

universal de casamento celebrado de acordo com as formas aceitas pela lei do local da celebração, convém lembrar a Convenção sobre Consentimento para Casamento de 1962, patrocinada pela ONU e ratificada pelo Brasil (Decreto-lei nº 659, de 30 de junho de 1969, e Decreto Executivo nº 66.605, de 20 de maio de 1970, publicado no D. O. de 21 de maio daquele ano, página 3.789). Em seus Considerandos, a Convenção diz que "Recordando ainda que a Assembléia Geral das Nações Unidas, em sua Resolução 843 (IX) de 17 de dezembro de 1954 declarou que certos costumes, leis antigas e práticas referentes ao casamento e à família são incompatíveis com os princípios enunciados na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos Humanos", visa a Convenção por seu artigo 1º garantir o pleno e livre consentimento de ambas as partes, no artigo 2º os Estados Contratantes se comprometem a adotar medidas legislativas necessárias para determinar a idade mínima para contrair casamento, e no artigo 3º dispõe que todo casamento deverá ser inscrito pela autoridade competente em registro oficial. Esta Convenção nos lembra que poderão eventualmente existir formas, tradições, costumes, que choquem a consciência da sociedade moderna e que, já agora, com a Convenção, pode-se conceber a possibilidade de que haja casamentos, válidos no local de celebração que não mereçam este reconhecimento em outros países.

em seu artigo 1º a prevalência da lei da nacionalidade, acabava por criar a possibilidade de casamentos claudicantes, válidos em um país, inválidos em outro. Também o artigo 7º da Convenção encerra regra desta natureza ao dispor que “o casamento nulo quanto à forma no país onde tiver sido celebrado poderá contudo ser reconhecido como válido nos demais países, se tiver sido observada a forma prevista pela lei nacional de cada uma das partes”.

Os Tratados de Direito Civil Internacional de Montevideu, de 1889 e de 1939, respectivamente nos artigos 11 e 13, também estabeleceram a competência da *lex celebrationis* para reger a forma do casamento.

O Código Bustamante seguiu a mesma orientação, dispondo em seu artigo 41 que, “Ter-se-á em toda parte como válido, quanto à forma, o matrimônio celebrado na que estabeleçam como eficaz as leis do país em que se efetue. Contudo, os Estados, cuja legislação exigir uma cerimônia religiosa, poderão negar validade aos matrimônios contraídos por seus nacionais no estrangeiro sem a observância dessa formalidade”. A referência aos nacionais não está em consonância com a regra geral do artigo 7º do Código, que admite como lei pessoal tanto a da nacionalidade como a do domicílio da pessoa. Este dispositivo também possibilita a hipótese de casamento claudicante.

Lennart Palsson²⁸ admite a facultatividade da *locus regit actum* em matéria de forma de casamento, especialmente quando o casamento é celebrado de acordo com as formas consentâneas com a lei pessoal dos nubentes (*lex patriae* ou *lex domicilii*), o que ele considera como manifestação de *favor validatis* (ou *favor matrimonii*)²⁹.

A Convenção da Haia de 1978 sobre Celebração e Reconhecimento da Validade dos Casamentos³⁰ contém três capítulos: Cele-

bração de Casamentos (I), Reconhecimento da Validade de Casamentos (II), e Disposições Gerais (III).

A Convenção contém muito pouco sobre a formalidade da celebração do matrimônio. A rigor somente o artigo 2º que, respeitando a regra *locus regit actum*, dispõe que “as condições de forma do casamento são regidas pelo direito do Estado de sua celebração”.

Nos Estados Unidos, onde o *Conflict of Laws* atenta para o que sua doutrina e jurisprudência consideram “o interesse dos estados pelo respeito a suas leis” — em que se procura aplicar a lei do Estado mais interessado na hipótese —, consolidou-se a distinção em matéria de casamento entre a capacidade nupcial, que interessa primordialmente o estado onde os cônjuges têm seu domicílio (antes e depois do casamento), e as formalidades da celebração, nas quais se destaca o interesse do estado em que se realizam as núpcias³¹.

As formalidades nupciais americanas giram em torno da licença para casar, da cerimônia formal, da pessoa que preside a cerimônia e da maneira de celebrá-la. Se as regras sobre formalidades determinadas pelo estado da celebração tiverem sido atendidas, via de regra o casamento será reconhecido como válido (quanto à forma) nos demais estados dos Estados Unidos³².

Assim, se em determinado estado americano se reconhece o casamento sem formalidades como o *common law marriage*, que se materializa com a coabitação, os demais estados americanos reconhecerão este casamento, mesmo se suas leis exigem a realização de cerimônia formal³³.

31. Vide Restatement Second, Conflict of Laws, vol. 2, p. 235, que assim interpreta o primeiro parágrafo da *Section* 283. Veremos no próximo capítulo que numa aparente contradição o segundo § da *Section* 283 do Restatement, como comentado e interpretado por doutrina e jurisprudência, leva à aplicação da *lex loci celebrationis* para tudo o que afeta o casamento, tanto na sua forma como na sua substância.

32. A *Section* 283 do Restatement diz que “a marriage which satisfies the requirements of the state where the marriage was contracted will everywhere be recognized as valid...”. Vide id., p. 233.

33. Id., p. 236. Observe-se, contudo, que não é rica a jurisprudência americana de conflitos em matéria de casamentos, porque as regras sobre o casamento dos diversos estados é muito semelhante, conforme P.M. NORTH, “Development of Rules of Private International Law in the Field of Family Law”, *Recueil des Cours*, 1980-I, p. 48. Segundo o mesmo autor, também não se verificou nos Estados Unidos grande número de casos de conflitos internacionais em matéria de casamento, apesar de tratar-se de país de imigração.

28. LENNART PALSSON, op. cit., p. 174.

29. Interessante observar que a Nova Consolidação das Leis Cíveis de CARLOS DE CARVALHO, artigo 1.424, dispunha sobre casamento no estrangeiro que, “se ambos ou um só dos contraentes é brasileiro, o casamento pode ser feito na forma usada no país onde for celebrado” (grifo nosso).

30. Esta Convenção foi ratificada pela Austrália, Luxemburgo e Países Baixos, nos quais vigora desde 1º de maio de 1991; Egito, Finlândia e Portugal assinaram, mas ainda não ratificaram. Trata-se, portanto, de uma convenção de pouca utilidade prática, mas que, como as convenções de direito internacional privado em geral, tem considerável valor doutrinário, servindo para estudar e discutir as tendências da comunidade jurídica internacional no esforço de estabelecer regras e critérios para reger as relações transnacionais.

A Lei suíça de 1987 dispõe no artigo 44, alínea 3^a, que a forma do casamento na Suíça é regida pela lei suíça, e, no artigo 45, alínea 1^a, que a cerimônia de casamento validamente celebrada no estrangeiro é reconhecida na Suíça.

A Lei italiana de 31 de maio de 1995 introduz em seu artigo 28 fórmula mais ampla que constitui novidade: “o matrimônio é válido quando, à forma, se é assim considerado pela lei do local da celebração ou pela lei nacional de pelo menos um dos cônjuges no momento da celebração ou pela lei do Estado de residência comum naquele momento”, fugindo, assim, da doutrina que defende a obrigatoriedade da *lex loci celebrationis* em matéria de formalidade de casamento.

De 1889 a 1971 nada menos do que 44 tratados, convenções e outros diplomas internacionais foram aprovados com relação ao reconhecimento de casamentos³⁴. Observe-se que todos os diplomas legais internacionais que versam os direitos do homem, direitos humanos e semelhantes fazem alguma referência à liberdade de casar, umas em termos mais gerais, outras mais específicas³⁵.

Berthiaume v. Dastous — Respeito Internacional pela Lex Loci Celebrationis

Um caso clássico que consagrou a regra da *lex loci celebrationis* é *Berthiaume v. Dastous*, julgado pela Court of King's Bench for Quebec, em 1930, versando o casamento de dois domiciliados canadenses, celebrado na França, por autoridade eclesiástica, sem que tivesse sido precedido da celebração do casamento civil, o que é vedado na França. A Suprema Corte da província de Quebec decidiu que, não tendo havido casamento válido em França, eis que sua legislação exige peremptoriamente que haja

uma celebração civil, sem a qual o casamento religioso não tem qualquer consequência legal, não pode haver reconhecimento de existência de casamento pela justiça canadense³⁶.

Casamento por Procuração

Imagine-se o noivo na Alemanha e a noiva no Brasil. Ele envia uma procuração para que um amigo, que vive no Brasil, o represente na celebração do casamento a realizar-se no domicílio da noiva. O casamento é celebrado na forma prevista nos artigos 194 e 201 do Código Civil brasileiro. Como a lei alemã não admite casamento por procuração e sendo o nubente varão domiciliado na Alemanha, qual a lei aplicável ao casamento por procuração? Se qualificarmos a questão como de substância, ligada à capacidade, à manifestação da vontade para casar, teremos que aplicar a lei do nubente e considerar que o casamento não foi regularmente celebrado, devendo ser invalidado. Já se considerarmos que a representação do noivo por um procurador é questão de forma de celebração do matrimônio, estamos diante de uma questão de formalidade do casamento, que deve ser regido pela lei do local da celebração, lei brasileira, para a qual é perfeitamente válida a forma da celebração matrimonial por procurador.

A qualificação dos institutos obedece entre nós aos conceitos da *lex fori*³⁷, portanto há que se verificar como o casamento por procuração é qualificado no direito brasileiro. Nesta questão encontramos divergência entre nossos autores.

Clovis Bevilacqua, em seus comentários ao artigo 194 do Código Civil, observa laconicamente que “é de notar que o estrangeiro não poderá casar-se no Brasil por procuração, se a sua lei pessoal não lho permitir”³⁸, repetindo isto em seu comentário ao artigo 201. Carvalho Santos³⁹ segue o mesmo entendimento.

34. Vide LENNART PALSSON, “Marriage in Comparative Conflict of Laws: Substantive Conditions”, XXVII-XXXIII.

35. Vide LYNN D. WARDLE, “International Marriage and Divorce Regulation and Recognition”, *Family Law Quarterly*, 1995, 497, 506 e ss. Merece referência a Comissão Internacional de Estado Civil (CIEC), um organismo intergovernamental de que fazem parte 12 países, com sede em Strasbourg, que se dedica a criar normas disciplinadoras e fiscalizadoras das mais variadas questões relacionadas com o registro do estado civil das pessoas dos países-membros. Vide relato sobre suas atividades em ISABELLE GUTON-RENARD, “La Fraude en Matière d’Etat Civil dans les Etats Membres de la CIEC”, *REVUE* 1996.541.

36. MORRIS, “Cases on Private International Law”, p. 57.

37. Vide meu “Direito Internacional Privado”, Parte Geral, p. 315.

38. CLOVIS BEVILAQUA, “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado”, vol. II, pp. 39 e 48.

39. J. M. DE CARVALHO SANTOS, “Código Civil Brasileiro Interpretado”, volume IV, p. 132.

Pontes de Miranda tem posição idêntica e é enfático:

*“Se estrangeiro, é preciso que a sua lei pessoal permita o casamento por procuração, e, permitindo-o, diga qual a forma em que deve ser feita, ou se a lei do lugar há de ser a seguida. A regra de direito internacional privado não permite que se aplique a lei brasileira como lei de forma, quando a lei pessoal do mandante o vede”*⁴⁰.

Serpa Lopes⁴¹ acompanha este entendimento, invocando uma decisão da 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do (então) Distrito Federal⁴², que decidiu que *“a faculdade de casar por procuração está incluída entre os pressupostos materiais da celebração do casamento e não entre os requisitos puramente formais”*. Oscar Tenório⁴³ segue a mesma orientação, admitindo até que nos países que não aceitam o casamento por procuração, a matéria é de ordem pública.

Dois importantes pareceres sobre esta matéria enriquecem a doutrina. Philadelpho de Azevedo, consultado sobre a hipótese de uma mulher russa, domiciliada na Alemanha, que se casou no Rio de Janeiro em 1939, mediante procuração outorgada em Berlim, e que foi acionada pelo marido, pleiteando a nulidade do casamento, eis que pela lei russa, aplicável por força do artigo 8º da Introdução ao Código Civil, não podia ela casar-se por procuração no Brasil, opinou pela inexistência do casamento⁴⁴.

Philadelpho de Azevedo lembra a importância fundamental do consentimento no casamento, que deve ser mantido até o último momento, o da celebração do casamento, comparando-o ao testamento no que tange à possibilidade de mudança de volição, e assinala que a procuração para casar, diferentemente do que ocorre com procurações em geral, fica invalidada em caso de morte, incapacidade e revogação, mesmo que estas não sejam conhecidas do mandatário e do terceiro que aceita a declaração, sem apreço pela boa-fé dos interessados.

“Em tais condições”, prossegue o parecer, *“não se poderia considerar a exigência de manifestação pessoal dos nubentes, constante da maioria das leis modernas, como de natureza meramente formal... Como forma extrínseca de ato público ou particular não pode, portanto, ser, em hipótese alguma, considerada a manifestação pessoal do consentimento para o matrimônio, exigência que antes se liga à capacidade civil e ao direito de família, regidos ambos pela lei nacional do declarante”*. Por isso, conclui que para que o casamento possa ser feito por procuração é preciso que a lei de ambos os nubentes o permita. Baseado neste parecer o Tribunal do Rio de Janeiro, por sua 5ª Câmara Cível, anulou o casamento⁴⁵.

Esta decisão foi invocada em um recurso de revista⁴⁶ interposto a acórdão da 7ª Câmara do mesmo Tribunal⁴⁷ que julgou pela validade de casamento realizado entre uma italiana e um brasileiro, a noiva representada por procurador nas núpcias aqui realizadas, tendo, após chegar ao Brasil, promovido ação visando à declaração da inexistência do ato, porque a lei italiana não permite casamento por procuração, salvo nos casos especialíssimos que especifica.

O acórdão da 7ª Câmara, reformando sentença de 1ª instância, decidira pela improcedência da demanda, entendendo que a matéria constitui formalidade da celebração regulada pela lei brasileira — *lex loci celebrationis*.

Para o recurso de revista foi apresentado, por delegação do Procurador Geral da Justiça, parecer do Procurador Clovis Paulo da Rocha⁴⁸, que não considerou a possibilidade de representação de um dos cônjuges no ato da celebração do casamento como questão relativa à forma extrínseca do mesmo, mas como assunto que diz respeito a pressuposto material, ou seja, matéria ligada diretamente à capacidade. E acrescenta o parecer que *“tem se de apurar se o cônjuge tem capacidade para fazer-se representar no ato da celebração. Não se trata aqui de formalidade extrínseca da celebração, mas de capacidade para externar o consentimento por meio de representante”*, invocando decisão das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo, que decidiram

40. PONTES DE MIRANDA, “Tratado de Direito de Família”, vol.1, p. 195.

41. SERPA LOPES, op. cit., p. 218.

42. Acórdão de 29-9-42, publicado no Diário da Justiça de 8 de fevereiro de 1943, apud Serpa Lopes, op. loc. cit., cabendo observar que não encontramos notícia deste julgamento no referido Diário.

43. OSCAR TENÓRIO, op. cit., p. 64.

44. Parecer publicado na Revista Forense XCII, p. 59.

45. Conforme noticiado no Parecer de CLOVIS PAULO DA ROCHA, adiante referido.

46. Recurso regulado no Código processual civil de 1939 em caso de divergência sobre interpretação de lei em tese entre duas câmaras do mesmo Tribunal.

47. Este acórdão vem igualmente referido no Parecer de Clovis Paulo da Rocha.

48. Arquivos do Ministério da Justiça, vol. 58, p. 254.

que o casamento por procuração é matéria que se inclui entre os pressupostos materiais da celebração do casamento e não dos requisitos puramente formais⁴⁹.

Conclui o parecer que “*não sendo lícita a manifestação do consentimento por procuração, a sua manifestação por esta forma equivale a ausência total do consentimento e, em consequência, o casamento torna-se inexistente*”.

O caso subiu ao Supremo Tribunal Federal⁵⁰, que decidiu pela inexistência do casamento. A argumentação do Relator Ministro A.M. Villas Boas seguiu um caminho tortuoso. Inicia por dizer que:

“*É irrecusável a regra locus regit actum, tanto em referência aos impedimentos dirimentes como às formalidades e prova da celebração do casamento (artigo 7º § 1º)*”. Nesta afirmação nada há que tenha ligação com a hipótese, em que o casamento fora celebrado no Brasil e não na Itália. Prossegue o Ministro Relator:

“*Há ainda uma outra que foi lembrada: ‘Tendo os nubentes domicílio diverso regeerá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal’ (§ 3º). Não entro, porém, nesse desvio, pois, se a autora afirmou ab initio que jamais se submetera à autoridade do homem que não considerava seu marido, se isso constituía a essência da matéria deduzida em juízo, como falar em domicílio conjugal?’* O argumento aqui peca pela base, pois a questão era se o casamento fora válido ou não, ou seja, se a procuração firmada pela mulher e utilizada para declarar seu consentimento tinha ou não eficácia no Brasil. Se a resposta fosse afirmativa, casada estava, e o primeiro domicílio conjugal era o brasileiro, domicílio do marido, por força do artigo 7º, § 7º da LICC, vigente àquela época. A determinação posterior da mulher de não se submeter à autoridade do homem é fator inteiramente irrelevante na hipótese.

O argumento do acórdão para fundamentar a inexistência do casamento foi colocado pelo Ministro Relator da seguinte forma:

“*Como poderia este (o presidente do ato) dizer ‘De acordo com a vontade que acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher eu, em nome da lei, vos declaro casados’ se a vontade da mulher fora*

enunciada em um instrumento de mandato conferido em contrário ao seu estatuto pessoal?’ Acontece que se a forma de manifestação de vontade for qualificada como matéria atinente às formalidades do ato, rege a lei brasileira e não a italiana. O presidente do ato nupcial só deve atentar para as regras de sua lei em matéria de formalidades da celebração, como o próprio acórdão lembrara pouco antes, invocando o § 1º do artigo 7º da LICC.

Termina o acórdão por dizer:

“*Parece-me que, se a recorrente estava inibida de enunciar por essa forma em seu país, a vontade de casar, não podia dali expedi-la para que operasse efeito no exterior, e assim considero juridicamente inexistente o matrimônio de que se trata*”.

Assinale-se, em primeiro lugar, que ambos os pareceres e o acórdão do Supremo Tribunal Federal deixaram de tratar do problema da divergência de qualificação, ou seja, ninguém nega que legislações como a alemã, a italiana e outras não permitem casamento por procuração, por considerarem falha esta forma de manifestação de vontade, podendo-se, portanto, considerar que elas qualificam a matéria como de capacidade nupcial. Mas a legislação brasileira, que admite o casamento por procuração, assim o faz por considerar a matéria como sendo de formalidade. Portanto, haveria de se discutir e decidir qual a lei competente para qualificar a matéria quando o casamento se realiza no Brasil e a procuração foi outorgada no exterior, por pessoa regida na sua capacidade por sua lei nacional (ou domiciliar), mas submetida nos atos que pratica em outros países às formalidades ali vigentes.

Alinhamo-nos nesta matéria a Haroldo Valladão⁵¹, que demonstra, por meio da evolução do tema de casamento por procuração no Brasil, primeiramente sua vedação aos estrangeiros cuja legislação nacional não a admite, como vinha consignado no Decreto nº 181 de 1890, e depois a inexistência desta proibição no Código — apesar das tentativas formuladas quando do debate do projeto no Congresso Nacional — que o legislador brasileiro efetivamente não desejou manter a restrição existente no Decreto nº 181. Diz Valladão:

“*Em face desse histórico não paira a menor dúvida que o casamento por procuração, estabelecido assim genericamente num país de imigração como o Brasil, distanciado dos outros países — teve em vista facilitar os*

49. A referência de Clovis Paulo da Rocha é à decisão publicada na Revista dos Tribunais, volume CLXXII, p. 540.

50. Recurso Extraordinário nº 47.082, RTJ 27, p. 130.

51. HAROLDO VALLADÃO, op. cit., p. 70.

casamentos realizados no Brasil, na forma da lei brasileira, independente de sua admissão pela lei pessoal, nacional ou domiciliar dos contraentes. O favor matrimonii surge aí quase com o caráter de ordem pública permissiva".

Outro argumento de Valladão é de que as regras sobre o casamento por procuração no Código Civil brasileiro encontram-se no capítulo dedicado à forma do casamento, e isto porque se trata de "forma de expressão do consentimento, e, pois, do requisito extrínseco do ato, de simples formalidade da respectiva celebração".

Na Inglaterra, Dicey e Morris distinguem "o método de dar consentimento do fato do consentimento, em que aquele é questão da *lex loci celebrationis* e não envolve uma questão de capacidade ou... de essencial validade"⁵².

Efetivamente, a necessidade do consentimento, a capacidade para consentir, os vícios ocorridos na manifestação da vontade, estes são temas atinentes à vontade de casar, matéria substancial, de fundo, submetida à lei pessoal (acrescida da lei local, como no caso da lei brasileira, conforme veremos no capítulo segundo). Mas a forma como esta vontade se manifesta, se pessoalmente ou por meio de procurador, é questão de menor relevância, matéria atinente à forma, e, por isto, submetida à lei do local da celebração. E mesmo que se argumente que as legislações que vedam o casamento por procuração qualificam esta matéria como substancial, considerada a representação por terceiro no ato nupcial como inexistente ou falha manifestação de vontade, esta é seguramente matéria atinente à qualificação, e no Brasil entendemos que a qualificação se faz na conformidade dos conceitos da *lex fori*⁵³.

Os franceses consideram o casamento por procuração como assunto atinente à forma, passando sobre o tema sem maior indagação⁵⁴. A mesma atitude é encontrada entre os autores americanos, que aceitam como natural a aplicação da lei do local da celebração⁵⁵,

52. DICEY e MORRIS, op. cit., p. 643: "the method of giving consent as distinct from the fact of consent, is essentially a matter for the *lex loci celebrationis* and does not raise a question of capacity or essential validity".

53. O argumento não valeria para Valladão, que defendia a qualificação pela *lex causae*.

54. BATIFFOL e LAGARDE, op. cit., n° 426, e LOUSSOUARN e BOUREL, op. cit., n° 296, dedicam tão-somente uma linha ao tópico.

55. SCOLES e HAY, "Conflict of Laws", p. 442, e EHRENZWEIG e JAYME, "Private International Law", vol. II, p. 155.

mantendo coerência com a posição generalizada dos americanos de submeter tudo o que concerne ao casamento à *lex loci celebrationis*.

Lennart Palsson, em sua primeira obra sobre o casamento e o divórcio em Direito Internacional Privado comparado⁵⁶, analisa vários aspectos do casamento por procuração no direito conflitual. O mais importante é que a sua qualificação como matéria de forma, regida pela *locus regil actum*, é generalizada, aceita mesmo em vários países que não admitem o casamento por procuração, citando, entre outras, decisões de cortes alemãs, que assim vêm decidindo desde 1957⁵⁷.

A validade do casamento por procuração deve ser analisada à luz da Convenção da ONU sobre Consentimento ao Casamento, de 10 de dezembro de 1962, ratificada pelo Brasil em 1970⁵⁸, cujo artigo 1º dispõe que, em princípio, o consentimento de ambos os nubentes precisa ser manifestado por eles, pessoalmente, *na presença da autoridade competente*⁵⁹, ressalvado, todavia, que não será exigida a presença de uma das partes quando a autoridade competente se convence de que as circunstâncias são excepcionais e que a parte expressou sua vontade diante de uma autoridade competente, não tendo posteriormente retirado sua concordância⁶⁰.

Que sentido devemos dar a esta "autoridade competente" exigida pela Convenção? Entendemos que, diante dos termos da Convenção, torna-se necessário que o nubente que se faz representar outorgue procuração perante notário de seu país, e que este ateste que o outorgante da procuração manifestou sua vontade de contrair núpcias com a pessoa referida no mandato. Caso o outorgante resida em país que não admite casamento por procuração, ou se não houver certeza de que o notário estrangeiro é considerado em seu sistema jurídico como autoridade competente, a procuração deverá ser outorgada perante o cônsul brasileiro, o qual não só certificará a

56. LENNART PALSSON, "Marriage and Divorce in Comparative Conflict of Laws", publicada em 1974; em 1981 o autor publicou "Marriage in Comparative Conflict of Laws: Substantive Conditions". Estes dois trabalhos compõem amplo exame analítico dos mais importantes temas de direito matrimonial em grande número de países.

57. PALSSON, op. cit., p. 220, nota 174.

58. Diário Oficial seção I, parte I, de 21 de maio de 1970, p. 3.789.

59. Artigo 1º (1); grifo nosso.

60. Artigo 1º (2); vide PALSSON, op. cit., p. 220.

outorga do mandato, como, igualmente, atestará a vontade manifestada pelo nubente-outorgante.

Esta interpretação do dispositivo convencional também serve para solucionar dificuldade não abordada nos pareceres nem no Acórdão, de que a procuração firmada em país que não a admite para o objetivo colimado não deveria ser reconhecida como mandato válido, porque diante da vedação legal redundante o documento assinado pelo “mandante” em um ato ineficaz.

Em ocorrendo revogação da procuração não mais estaríamos diante de uma questão de formalidade da celebração do casamento, mas de um problema atinente ao consentimento propriamente dito do nubente ausente, e isto, naturalmente, deveria ser regido pela *lex personae*⁶¹.

Quanto à forma da procuração, duas tendências se manifestam, uma opinando pela observância das leis e usos do país em que a procuração vai ser utilizada — o país da celebração do matrimônio — e outra tendência no sentido de que se válida a procuração pela lei do país onde firmada deverá ser respeitada de acordo com a regra *lex loci actus*.

Palsson⁶² pretende demonstrar que o conflito não deve ocorrer, pois a questão se coloca quando a procuração foi outorgada em país que não aceita o casamento por procuração, para ser utilizada em casamento que é celebrado em país que admite este tipo de representação, não se concebendo, portanto, que o primeiro país tenha forma para outorga de procuração, que sua legislação inadmita. Daí concluir que a procuração deve respeitar a lei do país onde o casamento vai ser realizado.

Em verdade, o problema pode se colocar numa hipótese bastante plausível. Basta que o outorgante da procuração — domiciliado em país que não admite o casamento por procuração — assine-a em país que admite esta representação, mas que tenha para este tipo

61. PALSSON, op. cit., p. 224. O autor também discute a procuração que concede ao representante poderes não somente para casar, mas também para escolher o outro nubente, que é muito pouco comum, mas que ocorre em países como o Egito e o Irã. Esta também seria uma questão atinente à substância do consentimento à qual se deveria aplicar a lei pessoal do nubente, devendo-se ainda admitir que em muitas jurisdições este tipo de casamento, em que o nubente é escolhido por outrem, poderá ser incompatível com a ordem pública. Vide autor, op., loc. cit.

62. PALSSON, op. cit., pp. 229-230.

de procuração uma forma diferente, menos exigente, digamos, do que a forma adotada para este tipo de procuração pela legislação do país onde vai ser celebrado o casamento. Estaríamos aí diante do impasse entre a *lex loci celebrationis matrimonii* e a *lex loci procurationis*.

No nosso entender a procuração é, como qualquer outro ato jurídico, regido na sua forma pela lei do local onde praticado o ato específico, não havendo razão para que a lei do local da celebração do matrimônio tenha qualquer influência sobre a forma da procuração.

O casamento por procuração é aceito pelo direito canônico⁶³ e também pelo direito islâmico⁶⁴, ambos seguindo a orientação antiga do direito judaico, que admite a constituição de procurador para a celebração das núpcias, tanto procurador do homem como da mulher⁶⁵.

Inglês casado na Argentina por Procuração

Apt v. Apt foi julgado na Inglaterra pela Corte de Apelação em 1948.

Marido e mulher eram alemães, ele domiciliado e residente na Argentina, e ela domiciliada e residente na Inglaterra. Durante a Segunda Guerra Mundial ele propôs-lhe casamento por correspondência, e ela aceitou. Aconselhada por um advogado argentino que se encontrava na Inglaterra, ela assinou uma procuração, dando poderes a uma amiga para representá-la na celebração do casamento. As núpcias se realizaram na Argentina, consideradas válidas pela lei deste país, diversamente do que ocorre na lei inglesa, que não admite o casamento por procuração.

Após a guerra, a mulher manifestou seu desejo de viajar para a Argentina a fim de se reunir a seu marido, mas ele não tomou iniciativa alguma para assisti-la neste sentido e ignorou a sugestão

63. O Código de Direito Canônico reza no cânon 1.088: “*Ad matrimonium valide contrahendum necesse est ut contrahentes sint praesentes sive per se ipsi sive per procuratorem*”. Vide Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria, texto latino y versión castellana con jurisprudencia y comentarios, de DOMINGUEZ, MORAN e CABREROS DE ANTA.

64. Vide CHAFIK CHEHATA, “Droit Musulman — Applications au Proche Orient”, p. 85.

65. Talmud babilônico, Tratado *Kidushim* (Casamentos) 41a.

alternativa que ela lhe apresentou para que se encontrassem nos Estados Unidos. Diante da atitude negativa do sr. Apt, ela moveu-lhe uma ação na Inglaterra pedindo a anulação do casamento.

A Corte de Apelação confirmou sentença de tribunal inferior de que não havia razão de ordem pública que exigisse a presença de ambas as partes na cerimônia nupcial realizada fora da Inglaterra. Tratava-se de questão de forma, a ser regida exclusivamente pela *lex loci celebrationis*. O tribunal inglês distinguiu entre o fato do consentimento e o método de dar consentimento.

O Presidente da Corte, Lord Merriman, pronunciou-se da seguinte forma, com aprovação de toda a Corte:

*“Minha conclusão, portanto, é a seguinte: que o contrato de casamento neste caso foi celebrado em Buenos Aires; que a cerimônia foi realizada estritamente de acordo com a lei daquele país; que a celebração de casamento por procuração é uma questão de forma da cerimônia ou do procedimento e não é matéria essencial do casamento; que não há nada de repugnante às idéias cristãs na adoção desta forma; e que, na ausência de lei em contrário, não há princípio de ordem pública que me autorize considerar que a cerimônia, válida onde celebrada, não seja eficaz neste país para constituição de um casamento válido”*⁶⁶.

Casamento Consular

O casamento consular é universalmente reconhecido como exceção à regra *locus regit actum*, pois o representante de país estrangeiro, quando competente para celebrar matrimônios no país acreditante, não segue as formas locais, observando as formalidades da lei de seu país.

O casamento consular surgiu no século XIX quando o serviço consular se expandiu e serviu para resolver o problema dos europeus que viviam em países do Oriente onde só se celebravam casamentos religiosos, estranhos à cultura e aos costumes dos estrangeiros, ou cujos casamentos não apresentavam um apropriado registro civil⁶⁷.

Várias convenções internacionais tratam do casamento consular, sendo que o reconhecimento internacional da sua competência emana do artigo 5º, letra *f* da Convenção de Viena de 1963 sobre Relações Consulares, que estabelece a competência notarial dos cônsules⁶⁸.

A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro dispõe no artigo 7º, § 2º que “o casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes” e reciprocamente prevê no artigo 18 que “tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de Registro Civil e de tabelionato...”⁶⁹. A Introdução de 1916 não continha dispositivo a respeito destes casamentos, talvez por ter ficado consignado no Código Civil, artigo 204, § único, que se o casamento “se contraiu perante agente consular, provar-se-á por certidão do assento no registro do consulado”⁷⁰. A lei de 1942 preferiu explicitar as competências dos representantes estrangeiros no Brasil e dos cônsules brasileiros no exterior.

O Decreto nº 181 de 1890 só cuidara do casamento dos brasileiros no exterior, mas não dos estrangeiros no Brasil, referindo-se ao agente diplomático ou consular, o que foi alterado na LICC, que restringe a competência ao cônsul brasileiro, não mais atribuindo esta competência ao diplomata, mas respeita as competências consignadas nas leis estrangeiras, admitindo a celebração de casamento de estrangeiros no Brasil tanto perante agentes consulares, como perante diplomatas de seu país.

O cônsul ou diplomata estrangeiro no Brasil só poderá celebrar o casamento de duas pessoas de sua nacionalidade. Aqui o critério não é o do domicílio como no restante da lei introdutória, porque não se trata de seleção de lei aplicável, mas de determinação de competência de representante de país estrangeiro. E na conformi-

68. Dispõe a Convenção no artigo 5º que “as funções consulares consistem em: ...f) agir na qualidade de notário e oficial de registro civil, exercer funções similares, assim como outras de caráter administrativo, sempre que não contrariem as leis e regulamentos do Estado receptor”.

69. Redação introduzida pela Lei nº 3.238, de 1-8-1957; a redação original de 1942 dizia que: “Tratando-se de brasileiros ausentes de seu domicílio no país são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento...”.

70. Deve-se atentar para diversos dispositivos contidos na Lei nº 6.015 de 1973, Lei de Registros Públicos, que versam atos de registro civil da competência dos cônsules brasileiros no exterior.

66. Vide R. H. GRAVESON, “The Conflict of Laws”, p. 214; vide também MORRIS, op. cit., p. 64.

67. Vide PALSSON, op. cit., p. 258.

dade das normas de direito internacional público os representantes diplomáticos protegem e servem os seus nacionais, e não as pessoas domiciliadas em seu país. Sobre a necessidade de que ambos os nubentes sejam da nacionalidade da autoridade estrangeira celebrante a lei é clara, o que evitou qualquer tipo de discussão a respeito⁷¹. Trata-se para o Brasil de uma questão de soberania. Em nosso território só admitimos a competência das autoridades diplomáticas e consulares para casar dois nacionais do país que elas representam no Brasil. Se um representante estrangeiro consorciar na sede da representação um brasileiro com um estrangeiro, ou mesmo dois estrangeiros que não sejam ambos nacionais de seu país, terá desrespeitado nossa soberania⁷² e não reconheceremos a validade deste casamento. Para o direito brasileiro este casamento será considerado nulo e, segundo alguns, até inexistente. O Tribunal de Justiça do (ex) Estado da Guanabara, por sua 8ª Câmara Cível, optou, em julgamento realizado em 1970, pela inexistência:

“O cônsul estrangeiro, nos termos do art. 7º § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, só tinha competência para casar pessoas de sua nacionalidade, de modo que houve notória exorbitância da autoridade consular ao matrimoniar brasileira.

A soberania deste Estado foi, ademais, notoriamente afrontada pela autoridade estrangeira, que por isso agiu, no caso, como simples particular, desinvestida de qualquer parcela jurisdicional.

O casamento, portanto, deve ser havido como inexistente, pouco importando que, na inicial, o pedido haja sido de decretação de nulidade, pois a pretensão, expressa impropriamente, foi de ser o casamento considerado como não realizado”⁷³.

71. Observe-se que originalmente a LICC dispunha neste dispositivo que “o casamento de estrangeiros pode celebrar-se perante as autoridades diplomáticas ou consulares do país em que um dos nubentes seja domiciliado”, o que foi radicalmente alterado pela Lei nº 3.238, de 1-8-1957, que em matéria de competência consular substituiu o critério domiciliar pelo da nacionalidade e exigiu que ambos, e não apenas um dos nubentes, sejam nacionais. O cônsul honorário no Brasil está proibido de celebrar casamentos conforme disposto no Decreto nº 23.102, de 28 de maio de 1947, artigo 15, inciso VII.

72. Vide PALSSON, op. cit., p. 260, no sentido de que o casamento consular contra a objeção do Estado receptor constitui uma violação do direito internacional.

73. Apelação Cível nº 67.936, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, 26/457.

Diversa a questão do cônsul brasileiro no exterior: poderá ele celebrar casamento em que apenas um dos nubentes é brasileiro, ou somente poderá fazê-lo se ambos forem nacionais? Esta é uma questão que vem ocupando o Direito Internacional Privado brasileiro há muitos anos. O Decreto nº 181 só admitia a competência dos cônsules brasileiros se ambos os nubentes fossem nacionais. Já o Projeto Bevilacqua admitia o casamento consular de um brasileiro com um estrangeiro, o que desapareceu do código por força de uma emenda apresentada por Andrade Figueira, entendendo-se daí que não mais se poderia cogitar de casamento celebrado por cônsul brasileiro quando apenas um dos nubentes fosse brasileiro. Esta é a opinião de Eduardo Espínola⁷⁴, que invoca o pensamento de Machado Villela.

Pontes de Miranda deduz da revogação do Decreto nº 181 que o cônsul brasileiro pode celebrar casamento de brasileiro com estrangeiro e, referindo-se a uma Circular do Ministério das Relações Exteriores de 1920, que declarava que “os cônsules brasileiros podiam continuar a celebrar casamentos de acordo com as leis pátrias sendo ambos os nubentes brasileiros”, comentou que o Ministério “esqueceu o caso de um dos cônjuges ser de Estado que permita a celebração no consulado do país do outro nubente” (destaque do tratadista)⁷⁵.

O texto da LICC não é esclarecedor, pois “tratando-se de brasileiros” tanto pode se referir a ambos os nubentes brasileiros, como a todos os brasileiros individualmente considerados que, encontrando-se no exterior, queiram contrair núpcias perante o cônsul de seu país com um nubente de sua ou de outra nacionalidade.

A doutrina moderna entende que o casamento consular brasileiro só é admissível se ambos os nubentes são brasileiros. Oscar Tenório foi radical: “os casamentos consulares mistos, de brasileiros com estrangeiros estão proibidos. Nenhuma transigência é admissível em face do texto legal”⁷⁶.

74. EDUARDO ESPÍNOLA, op. cit., p. 462.

75. PONTES DE MIRANDA, “Tratado de Direito Internacional Privado”, tomo II, p. 34.

76. OSCAR TENÓRIO, “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”, p. 459. Vide também WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, op. cit., p. 91, que invoca o artigo 204 do Código Civil em favor de sua posição de que os representantes brasileiros só podem celebrar o matrimônio se ambos os nubentes forem brasileiros. Acontece que nada se pode inferir do artigo 204 a este respeito.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal destaca-se o acórdão do Recurso Extraordinário nº 3.701, julgado em 1943, relator Ministro Orozimbo Nonato, em que se julgou no sentido de que a competência dos cônsules brasileiros no exterior se restringe ao casamento de dois nubentes brasileiros⁷⁷.

Há um curioso acórdão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro que aceitou uma reclamação contra decisão de Juiz de Circunscrição Civil, que exigira de um brasileiro que se consorciara na Alemanha com cidadã daquele país e que requerera, na forma da lei, a transcrição do assento consular do casamento, que trouxesse a prova do divórcio anterior de sua esposa. Decidiu a Corte:

“Reclamação. Ofende a ordem processual exigência, em processo de registro de casamento de brasileiro no estrangeiro, perante a competente autoridade consular, de prova de divórcio do outro cônjuge, sendo de presumir-se que a evidência desse fato tenha sido colhida pelo Cônsul.

De fato, a medida sub censura é francamente ilegal, por contrariar o artigo 18 da Lei de Introdução ao Código Civil que atribui à autoridade consular brasileira competência para a celebração de casamento de brasileiro, ato esse cujos requisitos supõe-se, até prova em contrário, cumpridos, nos termos do seu assentamento.

Ora, ali está que a mulher do requerente era divorciada, prova a qual, presume-se, tenha sido colhida pelo cônsul, no teor do art. 13 da mesma Lei de Introdução.

Isto posto, dá-se provimento à reclamação, para que se dê seguimento ao processo, independentemente da prova exigida”⁷⁸.

Vê-se que a discussão só girou em torno da legalidade da exigência de prova do divórcio da nubente alemã, que contraiu segundas núpcias com brasileiro, perante autoridade consular brasileira na Alemanha, não tendo sido sequer questionada a competência desta autoridade para celebrar um casamento misto entre brasileiro e alemã.

77. Revista Forense 98, p. 614. Este acórdão será novamente referido adiante.

78. Reclamação nº 691 da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara, acórdão de 15 de maio de 1973, publicada a notícia da conclusão do acórdão às fls. 17/18 do Diário da Justiça estadual de 11 de junho de 1973.

A nós parece que se deve seguir em matéria de casamento consular a regra da reciprocidade: assim como condicionamos a competência do cônsul estrangeiro para celebrar casamentos em nosso território a que ambos os nubentes sejam nacionais do país que o cônsul representa, também nossas autoridades consulares só têm competência para celebrar núpcias de dois brasileiros, mas não de brasileiro com estrangeiro⁷⁹.

Acrescentamos uma razão de ordem prática: como o casamento celebrado por autoridade brasileira deve atentar para as regras sobre capacidade da lei domiciliar de ambos os nubentes, dá-se ao cônsul brasileiro competência para celebrar núpcias de brasileiros que, na maioria dos casos, serão nacionais domiciliados no Brasil⁸⁰, aplicando-se-lhes a legislação brasileira sobre capacidade e impedimentos matrimoniais. Mas se ao cônsul brasileiro for permitido consorciar brasileiros com estrangeiros, estes, via de regra, domiciliados em países estrangeiros, isto resultará na necessidade de aplicar leis de outros países, o que está além da alçada dos funcionários consulares.

79. NUMA P. DO VALLE, op. cit., p. 11, reproduz nota do governo brasileiro, de 11 de outubro de 1890, aos governos da Alemanha e da Inglaterra sobre o princípio da reciprocidade em matéria de casamento consular. Na doutrina francesa vamos encontrar o argumento da reciprocidade colocado nos seguintes termos: assim como na França só se admite que seus cônsules celebrem no exterior o casamento de dois franceses, também os cônsules estrangeiros na França sofrem a mesma limitação. Como diz PIERRE MAYER, op. cit., nº 540: “*les consuls étrangers en France n'ont de pouvoir qu'autant que la France leur en a concédé et il est normal qu'elle ne leur en accorde pas plus qu'elle n'en réclame pour ses propres agents*”. Vide no mesmo sentido LOUS-SOUARN e BOUREL, op. cit., nº 298. ALBERT EHRENZWEIG, “Private International Law”, vol. II, Special Part, p. 153, refere-se à anulação por uma corte de Milão de um casamento entre chinês e italiana, celebrado no consulado da China em Roma. PALSSON, op. cit., recorre ao princípio da reciprocidade para explicar aspectos do casamento consular. Vide p. 273 (países que recusam reconhecimento a casamento consular e que também não autorizam seus cônsules a celebrar núpcias nos países receptores); p. 275 (reconhecimento de casamentos consulares estrangeiros condicionados ao recíproco reconhecimento de seus casamentos consulares). Vide o acórdão do STF no Recurso Extraordinário nº 3.701, referido na nota 77, supra e nota 88 infra, em que se discute a questão da reciprocidade.

80. É verdade que pela lei de 1957 o artigo 18 da LICC teve sua redação alterada: a redação original só admitia casamento consular de brasileiros “*ausentes de seu domicílio no país...*”, o que não mais figura na redação atual. Mesmo assim, a maioria dos casamentos de brasileiros no exterior, por cônsules brasileiros, cuida de casos de brasileiros que são domiciliados no Brasil, encontrando-se temporariamente, ou de passagem, no estrangeiro.

Enquanto que na França só se admite o casamento consular se ambos os nubentes são da nacionalidade do cônsul, tanto em se tratando de cônsules franceses no exterior, como de cônsules estrangeiros na França, na Inglaterra o *Foreign Marriage Act* de 1892 admite o casamento de um cidadão inglês com estrangeira, perante autoridade consular ou diplomática britânicas.⁸¹

Examinemos as conseqüências do casamento realizado em território brasileiro por cônsul estrangeiro em que um dos cônjuges é brasileiro, bem assim o casamento de um brasileiro com um estrangeiro presidido por cônsul brasileiro no exterior. Convalidarão estes atos se não forem judicialmente impugnados no prazo de dois anos, como previsto no artigo 208 do Código Civil?

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, declarou a nulidade de casamento de brasileira com estrangeiro realizado no consulado do país do marido em território brasileiro, decidindo que, por se tratar de caso de incompetência absoluta da autoridade, a ação para decretação da nulidade não fica sujeita ao prazo de que trata o artigo 208 do Código Civil⁸².

Tratou-se de casamento de uma brasileira com um português, celebrado pelo cônsul de Portugal no Brasil, discutindo-se se o mesmo pode convaler após o decurso do prazo de dois anos, previsto no artigo 208 do Código Civil. No acórdão invocaram-se as opiniões de Espínola, Carvalho Santos e Pontes de Miranda⁸³ e

demonstrou-se que assim também era o pensamento de Clovis Bevilacqua, manifestado em diversas ocasiões.

Em uma delas, em parecer datado de 1932⁸⁴, Clovis escreveu que a prescrição do artigo 208 do Código Civil não aproveita ao casamento de brasileira com cidadão de nacionalidade portuguesa, realizado perante o cônsul de Portugal, porque “a autoridade incompetente a que se refere o Código é alguma autoridade que pertence a organização judiciária do país, e não uma autoridade estranha”, acrescentando que a incompetência do cônsul não só constitui impedimento absoluto para a realização do ato, como é até ofensiva da soberania territorial.

Segundo lembrado no acórdão, Clovis acrescentou que no caso não teria havido casamento, seria um ato inexistente⁸⁵.

Pontes de Miranda assim explicou a diferença entre o casamento nulo e o casamento inexistente, somente aquele sanável pelo decurso de prazo de dois anos: “A incompetência de que fala o Código Civil é a incompetência *ratione loci*, como no caso acima citado (incompetência territorial) ou a incompetência *ratione personarum*, como, por exemplo, se um juiz celebra o casamento de outro juiz, quando esse casamento deverá ser celebrado por juiz superior a ele. Nas demais hipóteses de matrimônio presidido por juiz absolutamente incompetente, o contrato não é nulo nem

81. Todavia, segundo relatam DICEY e MORRIS, op. cit., p. 654, o representante inglês precisa se certificar de vários requisitos antes de celebrar o casamento: a) que pelos menos um dos nubentes é cidadão do Reino Unido; b) que as autoridades locais não se opõem à celebração do casamento; c) que há “*insufficient facilities*” para que o casamento se realize sob a égide da lei local; d) que as partes serão consideradas como validamente casadas pela lei de seus domicílios. Os Estados Unidos figuram entre os países que não conferem autoridade a seus diplomatas e cônsules para celebrar casamentos no exterior. Segundo PALSSON, op. cit., p. 263, os representantes americanos no exterior têm sua competência estabelecida por lei federal, enquanto que a jurisdição para celebrar casamentos emana do direito estadual. Vide também, p. 264, nota 328.

82. Apelação Cível nº 5.476, julgada pela 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, acórdão publicado na Revista dos Tribunais, vol. 123, p. 163, e reproduzido por WILSON BUSSADA, op. cit., p. 399, e por DIMAS R. DE ALMEIDA, “Repertório de Jurisprudência do Código Civil — Direito de Família”, p. 52.

83. PONTES DE MIRANDA em “Tratado de Direito Internacional Privado”, tomo II, p. 35, assim escreveu: “É nulo o casamento celebrado pelo cônsul de outro Estado no

Brasil, se um dos nubentes é brasileiro. No fim de dois anos convaler tal casamento? Assim entendeu, sem razão, o Tribunal de Justiça do Paraná, em 20 de outubro de 1925. Para o Direito brasileiro, a incompetência na espécie é absoluta, mais ainda — de Direito das gentes. O art. 208 do Código Civil só se endereça aos juizes brasileiros, só se refere aos casamentos celebrados por juiz brasileiro. A decisão paranaense aplicou regra do Direito do Brasil a propósito de ato praticado mediante ordem de outro Estado, com infração das regras de distribuição internacional das competências legislativa e judiciária”.

84. Vide Revista de Jurisprudência Brasileira, volume 18, p. 252.

85. Neste parecer CLOVIS realmente fala em casamento inexistente, mas ocorre que a hipótese apresentava outro problema: o cônsul celebrou o casamento de um português, que vivia no Brasil, aqui se consorciara anteriormente, casamento este que terminou em desquite, tendo o representante consular português convertido o desquite em divórcio e aceito a “opção” da mulher pela nacionalidade portuguesa. Assim, ocorreram três irregularidades: o cônsul não tinha competência para converter uma brasileira em portuguesa; o casamento era proibido no Brasil porque o nubente que aqui vivia era apenas desquitado, e não divorciado, e, finalmente, porque o cônsul português não tem competência para celebrar casamento em que um dos nubentes é brasileiro. Do parecer de Bevilacqua não fica claro qual ou quais das referidas circunstâncias levou-o a considerar o ato inexistente.

anulável, e sim inexistente (Baudry-Lacantinerie e Hougues-Fourcade, *Traité théorique et pratique de Droit civil, II, 409 e 113*)⁸⁶.

Virgílio Sá Pereira⁸⁷ não aceita a distinção, dizendo que “*para celebrar casamento é preciso ser uma autoridade civil. Sem esta qualidade não há poder, não há jurisdição. Com esta qualidade, haverá poder, haverá jurisdição, mas poderá não haver competência. A lei diz que não havendo competência o casamento é nulo. Não falou em incompetência absoluta ou relativa, razione materiae, razione personae ou razione loci*”.

E conclui o autor que o artigo 208 se aplica a todos os casamentos nulos por incompetência da autoridade que lhes presidiu a celebração, e que esta incompetência para efeito da sanatória não comporta limitação.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, no Recurso Extraordinário nº 3.701⁸⁸ já acima referido, julgado em 1943, em que se destaca o voto do Ministro Orozimbo Nonato, que invoca as opiniões de Pontes, Espínola e Carvalho Santos, no sentido de que onde houver incompetência *ratione materiae* não se aplica a decadência estatuída no artigo 208 do Código Civil, citando, ainda, Vilas Boas, em sua obra sobre os efeitos das nulidades em matéria de casamento, que sustenta que a autoridade incompetente *ratione materiae* equipara-se a um particular qualquer. A conclusão do Ministro Nonato, todavia, é que “*o cônsul, em princípio, pode celebrar casamentos. Não se verifica, no caso, ausência completa de iurisdictio, a incompetência muneris que origina a inexistência do casamento. O caso é de nulidade e, pois, compreende-se na órbita do artigo 208*”. Este acórdão se refere a casamento celebrado por cônsul brasileiro no exterior, mas parece-nos que o raciocínio nele exposto se aplica igualmente a casamento presidido por cônsul estrangeiro no Brasil.

Veja-se que o cônsul estrangeiro tem competência por força da lei de seu país, e que esta competência é reconhecida por nossa legislação, que, no entanto, não a admite em caso de casamento em que um dos nubentes não seja da nacionalidade do cônsul e, com mais razão, não admite casamento de brasileiro com estrangeiro perante o cônsul do país do nubente alienígena. Considerar tal tipo de cerimônia como casamento inexistente é um exagero. Atente-se

que o casamento é considerado válido no país do cônsul, e considere-se ainda o paradoxo de se falar em atentado à soberania nacional e em ato inexistente: se houve atentado à soberania, trata-se de ato existente, que o legislador nacional poderá considerar nulo. E como nulo estará coberto pelo remédio temporal consignado no artigo 208 do Código Civil.

Uma terceira hipótese é a do cônsul de determinado país que celebra núpcias de cidadão de seu país com outro, também estrangeiro, mas de terceira nacionalidade. Também aqui, como visto acima, o cônsul não tem competência, por força da clara disposição do § 2º do Artigo 7º da LICC, que se refere a autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes, mas, com mais razão do que na hipótese do casamento brasileiro-estrangeiro perante cônsul estrangeiro, o casamento convalidará uma vez decorrido o prazo do artigo 208 de nosso Código Civil.

Uma questão não versada pelos autores depois de 1942, e que aparentemente não foi objeto de qualquer decisão judicial, é a lei que os cônsules brasileiros deverão aplicar à capacidade dos nubentes brasileiros⁸⁹. Via de regra, brasileiros que casam em nossos consulados no exterior são domiciliados no Brasil. Daí a Lei de Introdução ao Código Civil, na sua redação original, ter se referido no artigo 18 a “*brasileiros ausentes de seu domicílio no país...*”. Mas como em 1957 a Lei nº 3.238 alterou a redação, retirando do texto os termos “*ausentes de seu domicílio no país*”, é possível admitir a hipótese, ainda que rara, de brasileiros domiciliados em país estrangeiro que se consorciavam perante cônsul brasileiro, seja ele acreditado no país onde vivem os nubentes, ou seja ele acreditado em terceiro país.

Nestas hipóteses terá o representante brasileiro a obrigação de, realizando o casamento de acordo com as formalidades da lei brasileira, atentar para a lei civil do país do domicílio dos nubentes, que deverá ser respeitada na conformidade do artigo 7º da Lei de Introdução ao Código Civil. Se a autoridade judiciária brasileira, que celebra o casamento de nubente domiciliado em outro país,

86. PONTES DE MIRANDA, “Tratado de Direito de Família”, vol. I, p. 298.

87. VIRGILIO SÁ PEREIRA, “Direito de Família”, p. 249 e ss.

88. Revista Forense, vol. 98, p. 614.

89. No regime da Introdução de 1916, escreveu NUMA P. DO VALLE, op. cit., p. 8, que nos casamentos consulares deve-se observar tanto quanto às formalidades, como na verificação dos impedimentos, as leis nacionais dos contraentes “*tal como se o casamento se realizasse no próprio país deles, perante as autoridades normalmente competentes*”.

deve aplicar a lei pessoal do mesmo em tudo o que diz respeito à sua capacidade geral e aos impedimentos matrimoniais, como veremos no capítulo seguinte, que trata da capacidade nupcial, não há como deixar de exigir o mesmo do cônsul brasileiro que faz as vezes da autoridade brasileira local. Esta parece ser a orientação do Código Bustamante, artigo 42, a que aludiremos logo adiante⁹⁰. Admitimos, contudo, a possibilidade de os cônsules brasileiros se limitarem a celebrar núpcias de brasileiros domiciliados no Brasil ou no país onde eles estão acreditados, cuja legislação civil têm facilidade de conhecer, abstendo-se de celebrar núpcias de brasileiro domiciliado em terceiro país.

O Código Bustamante no artigo 42 exige identidade de nacionalidade dos nubentes e do cônsul para que ele possa celebrar o matrimônio, ao dispor que “*nos países em que as leis o permitam, os casamentos contraídos ante os funcionários diplomáticos ou consulares dos dois contraentes ajustar-se-ão a sua lei pessoal...*”. Parece exigir a observância da lei dos nubentes em matéria substancial.

Já as Convenções européias foram mais liberais: a Convenção da Haia para regular os conflitos de leis em matéria de casamento, de 1902, previa no artigo 6º o reconhecimento da validade quanto à forma do casamento celebrado perante agente diplomático ou consular, em conformidade com sua legislação, se nenhum dos contraentes for nacional do Estado em que o casamento houver sido celebrado e desde que este Estado não se oponha.

E a Convenção da Haia de 1978 sobre Celebração e Reconhecimento da Validade dos Casamentos dispõe no artigo 9º que casamento celebrado por agentes consulares ou diplomáticos de acordo com sua lei será considerado válido em todos os países contratantes, desde que a celebração não seja proibida pelo Estado da celebração.

Estas Convenções não exigem que os nubentes sejam nacionais do país do cônsul e não se preocupam com a lei substancial que o cônsul deverá aplicar.

90. PALSSON, op. cit., p. 271, entende que as condições substantivas do casamento devem seguir o que estiver determinado no Direito Internacional Privado do país do cônsul celebrante, advertindo, no entanto, que há países receptores que não aceitam casamentos consulares a não ser que algumas ou todas as regras materiais de sua legislação interna sejam respeitadas.

Casamento Religioso

A maioria dos países exige algum tipo de cerimônia formal para o casamento. Poucos aceitam o casamento por mero consenso, denominado *solo consensu*, sendo o mais conhecido desta categoria o *common law marriage*, admitido em vários estados norte-americanos.

A forma de celebração do casamento divide os países em três grupos: I — casamento civil compulsório; II — casamento religioso compulsório; e III — opção entre casamento civil e casamento religioso.

No primeiro grupo encontramos a maioria dos países europeus e parte dos países da América Latina. No segundo grupo estão os países com forte ligação Estado-Igreja. Até aproximadamente a Segunda Guerra Mundial este sistema vigia na Áustria, Bulgária, Lituânia, Polônia e Iugoslávia, e até 1982 vigiu na Grécia. Na Rússia perdurou o regime de casamento religioso obrigatório até a revolução de 1917. Vigora atualmente no Estado de Israel e nos Estados árabes, nos quais a única forma de matrimônio reconhecida pelo Estado é a cerimônia religiosa.

E o terceiro sistema, que faculta aos nubentes a opção entre um casamento civil ou um casamento religioso com efeitos civis, vigora na maioria dos países regidos pela *common law*, na Itália, Portugal, países escandinavos, Brasil e vários outros países latino-americanos.

A França pertence ao primeiro grupo, que só conhece o casamento civil, e, por ter recebido considerável número de imigrantes de países da Europa Oriental nas primeiras décadas deste século — cuja lei nacional só conhecia o casamento religioso — testemunhou interessantes questões nas suas cortes, que ocasionaram acirradas discussões doutrinárias.

Os tribunais franceses jamais aceitaram a validade de casamento religioso celebrado em território francês. E a doutrina passou a debater se isto significava que a regra *locus regit actum*, geralmente tida como regra facultativa, teria caráter obrigatório em matéria de celebração do casamento⁹¹.

Outro fundamento para a recusa em aceitar forma matrimonial religiosa concebida pela lei nacional dos nubentes é a ordem pública francesa, que exige a intervenção de uma autoridade estatal no

91. Vide nota nº 23.

casamento, para garantir suficiente solenidade ao ato. Uma terceira interpretação é a de que a celebração do casamento por uma autoridade estatal é uma norma de aplicação imediata da lei francesa (*loi de police*)⁹².

Esta jurisprudência iniciou-se com uma decisão de 1841, mantida em causas julgadas nas primeiras décadas do século XX, geralmente envolvendo judeus russos que, segundo a lei do Império tsarista, só poderiam casar mediante cerimônia religiosa. Como a França aplica a lei da nacionalidade, deveria se admitir que estes cidadãos russos se casassem na França conforme sua lei pessoal. Mas os tribunais franceses assim não entenderam, por considerar esta uma questão de forma e não de fundo, sendo, pois, competente a lei local e não a da nacionalidade, na conformidade da regra *locus regit actum*⁹³.

Este entendimento foi consagrado em 1955, no acórdão *Caraslanis*⁹⁴, da Corte de Cassação, em que o casamento civil de um grego ortodoxo, de nacionalidade grega, celebrado em França, foi considerado válido, apesar de contrário à sua lei nacional, por se tratar justamente, segundo a Suprema Corte francesa, de uma questão de forma e não de capacidade.

Batiffol e Lagarde⁹⁵ questionam esta posição da jurisprudência francesa, porque o casamento religioso para aqueles que a ele recorrem seriamente, não é uma questão de forma, mas está relacionado à própria concepção que estas pessoas têm da substância do casamento. Os autores franceses observam que há uma diferença entre o conceito de um laço matrimonial religioso daquele exclusivamente civil e, sendo assim, perguntam, “*se a noção puramente civil da lei*

francesa em direito interno impede-lhe de reconhecer em direito internacional que a concepção religiosa da lei estrangeira implica em uma questão de fundo?” Respondem que isto realmente poderia ser sustentado, mas o resultado não seria diverso, pois ocorreria a intervenção da ordem pública para impor, em nome da laicidade do matrimônio, a cerimônia civil para todos, mesmo estrangeiros.

Uma importante distinção foi estabelecida pela doutrina civilista francesa entre o casamento doméstico — casamento realizado na França entre franceses — e o casamento colonial ou internacional — casamento celebrado em uma das então colônias francesas, ou casamento realizado na França entre pessoas de nacionalidade estrangeira. No primeiro caso, o matrimônio presidido por autoridade religiosa, sem prévio casamento civil, deve ser considerado como inexistente, enquanto que na segunda hipótese o casamento seria declarado nulo, desde que houvesse pedido judicial neste sentido⁹⁶.

Outra hipótese é a aferição da validade de um casamento religioso celebrado no estrangeiro, entre nacionais de terceiro país. Caso muito interessante foi o de *Dame Moatty v. dame Zagha*, que assim se resume:

Em 1924 David Zagha casou com Adele Abadie na Itália numa cerimônia religiosa judaica, presidida pelo grão-rabino de Milão, ambos nubentes judeus, de nacionalidade síria.

Em 1955 os cônjuges se tornaram cidadãos franceses.

Em 1966 Adele moveu ação de alimentos contra David. Este reconviu visando a anular o casamento, o que foi julgado improcedente em 1967.

Em 1968 David e Adele se divorciaram perante corte rabínica de Paris (este divórcio não cria efeitos no direito civil francês).

Em 1973 David casou com Maddy Moatty em Israel (onde o divórcio rabínico parisiense é reconhecido).

Em 1975 David deu início a uma nova ação para obter a declaração da inexistência ou nulidade de seu casamento de 1924, que foi julgada improcedente em 1977. Morrendo David, a sra. Moatty apelou, insistindo na declaração de nulidade do primeiro casamento de seu falecido marido e conseqüente validade de seu casamento com o *de cujus*.

92. Vide LOUSSOUARN e BOUREL, op. cit., nº 292.

93. BATIFFOL e LAGARDE, op. cit., nº 422, noticiam, contudo, que houve decisões contrárias, que anularam casamentos civis contraídos na França contra a lei nacional dos nubentes, notadamente de judeus russos e austríacos.

94. Vide capítulo sobre a Teoria da Qualificação no volume dedicado à parte geral do meu “Direito Internacional Privado”. Vide BERTRAND ANCEL E YVES LEQUETTE, “Grands Arrêts de la Jurisprudence Française de Droit International Privé”, p. 204, lendo-se na ementa: “*La question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond doit être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français, selon lesquelles le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme*”.

95. BATIFFOL e LAGARDE, op. cit., nº 422 *in fine*.

96. Caso *Alidina v. Ministère Public*, REVUE, 1992.61, seguido de comentário de PAUL LAGARDE.

A causa subiu até a Corte de Cassação francesa, que decidiu, em 1982, que em 1924, quando da celebração do casamento, a lei competente fora a italiana, devendo a França recorrer à lei daquele país para decidir sobre a validade da forma de um casamento lá celebrado, e que a Corte de Apelação interpretara corretamente a lei italiana no sentido de que ela admite que nubentes de nacionalidade síria se matrimoniem na Itália, de acordo com sua lei nacional, que determina a aplicação da lei religiosa, no caso a lei judaica. Daí a validade do casamento rabínico. Tratou-se de um reenvio de 2º grau em que a lei francesa parte para aplicar a lei italiana, e acaba aplicando a lei mosaica, por determinação da lei síria⁹⁷.

Se o mesmo casamento tivesse sido celebrado na França — perante autoridades religiosas deste país — teria sido considerado inválido, por desobediência às regras sobre forma de casamento vigentes neste país, mas como o casamento se realizou na Itália, cabia aplicar a lei italiana mesmo a pessoas que depois passaram a ser cidadãos franceses e, assim, o casamento teve sua validade reconhecida.

Os países que adotam exclusivamente o casamento civil como a França, bem assim os países que aceitam ambos os casamentos — civil e religioso com efeito civil — qualificam esta questão como formal, daí admitirem casamento civil em seus territórios de pessoas cujo estatuto pessoal só aceita o casamento religioso⁹⁸.

A divisão dos países europeus no início do século entre os que delegavam o direito matrimonial às confissões religiosas e os que só davam efeitos jurídicos aos casamentos laicos repercutiu no plano convencional, como se vê na Convenção da Haia de 1902 sobre o casamento, cujo artigo 5º, depois de estabelecer o princípio da *lex loci celebrationis* (“*será em toda parte reconhecido como válido, quanto à forma, o casamento celebrado segundo a lei do país onde se houver efetuado*”),

97. *Dame Moatty v. dame Zagha*, REVUE 1983.300 e CLUNET 1983.595.

98. Vide EHRENZWEIG, op. cit., p. 155, que faz referência a *Kaur v. Singh*, julgado na Corte de Apelação britânica, que anulou o casamento civil, celebrado na Inglaterra, de um casal de Sikhs a pedido da mulher, porque o homem se recusava a consumir o casamento com uma cerimônia religiosa, como exigido pela religião deles.

dispôs na alínea seguinte: “*fica todavia entendido que os países cuja legislação exige uma celebração religiosa poderão deixar de reconhecer como válidos os casamentos contraídos pelos seus nacionais no estrangeiro, com inobservância desse preceito*”⁹⁹. Isto significava reconhecer que para os países que exigiam o casamento religioso esta questão não se classificava como matéria de forma, mas como matéria atinente à capacidade da pessoa, daí aplicar-se a *lex personae*, sua lei nacional. De acordo com esta regra, a Grécia, se fosse parte da Convenção, estaria justificada internacionalmente a não reconhecer a validade do casamento de Caraslanis, cidadão grego que se consorciou na França pela forma civil.

O Código Bustamante seguiu a mesma orientação, dispondo no artigo 41 que: “*ter-se-á em toda parte como válido, quanto à forma, o matrimônio celebrado na que estabeleçam como eficaz as leis do país em que*

99. A recíproca também era verdadeira em muitos casos. Como se lê em ANTONIO SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, “Derecho Internacional Privado”, tomo II, p. 30: “*En general la regla locus regit actum es el criterio aplicable a estas cuestiones de forma; pero los países que no admiten sino el matrimonio religioso suelen negar-se a aceptar las uniones civiles que contraigan sus nacionales en el extranjero, y los países cuya legislación no establece más que el matrimonio civil han solido negarse a reconocer, respecto de sus ciudadanos, la eficacia de uniones meramente religiosas concertadas fuera de sua territorio*”. Vide OSCAR TENÓRIO, “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”, p. 255, sobre decisões de tribunais espanhóis e austríacos a respeito de seus nacionais que casaram no exterior pela forma civil, contrariamente às suas leis nacionais, que exigiam casamento religioso. Como diz EHRENZWEIG, op. cit., p. 154, “*a marriage between two Greeks in Germany, if secular, is invalid under Greek law, and if religious, under German law*”, isto naturalmente antes de a Grécia ter abandonado, em 1982, o direito religioso. Por consequência, a Corte Suprema alemã considerou ilegítimos filhos de um casal grego que se casara pela forma religiosa ortodoxa na Alemanha, conforme relatado pelo mesmo autor, à p. 214 da referida obra. A lei do casamento, promulgada depois da derrota germânica na Segunda Guerra Mundial, admitiu casamento de estrangeiros perante autoridades autorizadas pelo governo do país a cuja nacionalidade um dos nubentes pertencesse, o que visou o casamento de soldados americanos em território alemão, mas que foi interpretada para incluir casamentos religiosos de estrangeiros, conforme EHRENZWEIG, op. cit., p. 154. Vide o caso *Berthiaume v. Dastous* no início deste capítulo e vide HÉLÈNE GAUDEMET TALLON, “*La Désunion du Couple en Droit International Privé*”, Recueil des Cours, tomo 226 (1991-I), pp. 185 e ss. O Tratado de Lima, de 1878, cuidou de outra hipótese, a do reconhecimento de casamento religioso celebrado em lugar que não lhe reconhece efeitos. É o seguinte o texto do artigo 9º deste primeiro tratado de Direito Internacional Privado: “*O matrimônio celebrado segundo os cânones da Igreja Católica produzirá efeitos civis na República, ainda que não os produza no lugar em que foi contraído*”.

se efetue. Contudo, os Estados, cuja legislação exigir uma cerimônia religiosa, poderão negar validade aos matrimônios contraídos por seus nacionais no estrangeiro sem a observância dessa formalidade”. Note-se que apesar de o Código Bustamante ter fixado a *lex personae* opcionalmente na *lex patriae* e na *lex domicilii*, daí referir-se freqüentemente à *lei pessoal*, aqui só cuidou dos nacionais e não dos domiciliados.

Casamento Religioso no Brasil

O casamento religioso no Brasil teve várias fases. Até 1890 produzia efeitos civis, como se vê do Decreto nº 278, de 24 de março de 1890, que interpretou o Decreto nº 3.069, de 17 de abril 1863, dispondo em seu artigo 1º que: “o casamento religioso celebrado segundo as prescrições da religião a que pertencer qualquer dos nubentes, antes de entrar em execução o decreto nº 181, de 24 de janeiro último, produz todos os efeitos civis...”.

O Decreto nº 181 de 1890, que regulou o casamento até o advento do Código Civil, preceituou em seu artigo 108 que; “só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil se o forem de acordo com as suas disposições”, tendo no parágrafo único permitido aos contraentes “observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades ou cerimônias prescritas para celebração do matrimônio pela religião deles”.

Poucos meses depois, o governo brasileiro editou o Decreto nº 521, de 26 de junho de 1890, que proibia a celebração do casamento religioso antes do casamento civil, cominando pena de prisão ao ministro de qualquer confissão que celebrasse cerimônia religiosa do casamento antes do ato civil¹⁰⁰. Em 15 de abril de 1891 foi baixada uma Circular do Ministério da Justiça que, invocando a Constituição de 1891, artigo 72, § 4º (“A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”) e § 7º (“Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o governo da União, ou dos Estados”), determinou que não se poderia vedar que cerimônias religiosas fossem celebradas antes do casamento civil¹⁰¹. Lydio Mariano anotou que esta Circular do Ministro da Justiça não podia revogar os termos do Decreto nº 521, lei ordinária.

Narra Clovis Bevilacqua¹⁰² que a questão foi várias vezes debatida, sem se chegar a um resultado prático, e que não tendo o Código

Civil feito qualquer referência ao ato religioso, é claro que ele podia anteceder ou não o ato civil. Pela Constituição de 1934, artigo 146, foi instituído o casamento religioso com efeitos civis, não referido pela Constituição de 1937, mas regulado pelo Decreto-lei nº 3.200/41, artigos 4º e 5º, novamente consagrado pela Constituição de 1946, artigo 163, recebendo regulamentação na Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950, vigente até os dias de hoje.

Segundo esta lei, o casamento religioso equivale ao civil, desde que observadas as prescrições contidas no diploma legal que dispõe sobre o processo de habilitação, que deve preceder à celebração do casamento religioso, admitindo que, celebrado este ato sem prévia habilitação, que esta se processe após a celebração do ato religioso, para, em seguida, ser registrado. O mesmo roteiro vem previsto na Lei nº 6.015 de 1973, que regula os registros públicos, em seus artigos 71 a 75.

Desta legislação resulta que o casamento religioso produzirá efeitos civis desde que devidamente registrado. Esta também é a legislação de outros países, como Itália e Portugal.

Para o Direito Internacional Privado brasileiro assume importância a hipótese de casamento religioso celebrado em Portugal ou na Itália, tendo-se deixado de providenciar o registro do casamento junto às autoridades civis. Esta é justamente a hipótese de dois casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A 4ª Câmara Cível do T. J. de S.P. decidiu em 1964¹⁰³ sobre casamento religioso celebrado em Portugal, que deixou de ser registrado, conforme mandamento da lei portuguesa, decreto-lei nº 30.615, de 25 de julho de 1940, referindo-se também ao artigo 1.069 do Código Civil português. Diz a ementa do acórdão: “Casamento religioso celebrado em Portugal, em desacordo com artigo 1.069 do Código Civil Português, não produz efeitos civis nesse País e nem no Brasil”. Invocando a lição de vários doutrinadores portugueses, inclusive de Cunha Gonçalves em seu “Tratado de Direito Civil”, de que “as solenidades religiosas constituem, por assim dizer, mera fase preparatória do registro civil”, o tribunal paulista decidiu pela ineficácia do casamento português.

100. Vide “Casamento Civil”, comentado por OSCAR DE MACEDO SOARES.

101. Vide LYDIO MARIANO, “Comentário à Lei do Casamento Civil”, p. 220.

102. CLOVIS BEVILAQUA, “Direito da Família”, p. 98.

103. Apelação Cível nº 130.137, Revista dos Tribunais 365, p. 114.

No caso italiano o casamento foi celebrado entre dois israelitas perante o rabino chefe da comunidade de Milão, mas não foi posteriormente registrado na competente repartição do registro civil, como manda a lei italiana nº 1.159 de 1929. A 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁰⁴ decidiu, em 1970, que “o casamento religioso celebrado na Itália entre israelitas não tem eficácia jurídica enquanto não for transcrito”. O autor pedira a declaração da inexistência do ato, mas o Tribunal, invocando doutrina italiana, demonstrou que permite a legislação daquele país a transcrição tardia do casamento religioso no registro civil. Daí ter decidido “considerar ‘si et in quantum’ e se até agora persiste a ausência de transcrição no ofício do estado civil de Milão, carente de eficácia jurídica a cerimônia religiosa pela qual o autor se uniu à ré diante do Rabino Chefe da Comunidade Judia da mencionada cidade”.

Transcrição no Brasil de Casamento Celebrado no Exterior

O Código Civil dispõe que o casamento celebrado fora do Brasil prova-se de acordo com a lei do país onde se celebrou, e se tiver sido contraído perante agente consular a prova virá por meio de certidão do assento no registro do consulado.

A Lei de Registros Públicos — Lei nº 6.015, de 1973 — em seu artigo 32, assim estatui:

“Os assentos de nascimento, óbito e de casamento de brasileiros em país estrangeiro serão considerados autênticos, nos termos da lei do lugar em que forem feitos, legalizadas as certidões pelos cônsules ou, quando por estes tomados, nos termos do regulamento consular.

104. Apelação Cível nº 186.101, Revista dos Tribunais 419, p. 147. Anteriormente o Supremo Tribunal Federal decidira no RE 64.182, Revista dos Tribunais 402, p. 392, que a Justiça brasileira é competente para julgar a questão, em face do disposto no artigo 7º, § 3º, da LICC, lamentável equívoco da Corte Suprema, pois este dispositivo se refere à lei aplicável e não à competência internacional de nosso Judiciário sobre casamento celebrado no exterior. A competência da Justiça brasileira, fundada no domicílio local da ré, se baseia no artigo 12 da LICC. Este é um dos casos em que matéria substantiva foi confundida em nossa Jurisprudência com questão processual. Oportunamente este problema será comentado mais detalhadamente.

§ 1º — Os assentos de que trata este artigo serão, porém, trasladados nos cartórios do 1º Ofício do domicílio do registrado ou no 1º Ofício do Distrito Federal, em falta de domicílio conhecido, quando tiverem de produzir efeito no País, ou, antes, por meio de segunda via que os cônsules serão obrigados a remeter por intermédio do Ministério das Relações Exteriores”.

A primeira questão que se coloca é se há alguma obrigatoriedade para brasileiros que casam no exterior de registrar seu casamento na forma indicada pela lei de Registros Públicos.

O Decreto nº 181, de 1890, artigo 47, § 4º, estatuiu que os casamentos celebrados no exterior “devem ser registrados no Brasil à vista dos documentos... três meses depois de celebrados ou um mês depois que os cônjuges, ou ao menos um deles, voltar ao país”. Linguagem idêntica foi utilizada pelo Decreto nº 18.542, de 1928, que também versou a matéria. E o Decreto nº 4.857, de 1939, artigo 82, igualmente empregava o “deverá ser registrado... no prazo de três meses...”.

Apesar da linguagem, não foi intenção do legislador obrigar o registro; sua necessidade só ocorre para efeitos de provar o casamento celebrado no exterior, mas o reconhecimento de sua validade no Brasil se dá independentemente do registro local¹⁰⁵.

Uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 1978, marcou bem claramente este ponto. O julgamento foi objeto de recurso extraordinário, não recebido pela Suprema Corte¹⁰⁶.

A autora que se consorciara com o falecido em 1936, no Uruguai, moveu ação para que outro casamento do *de cujus* celebrado no Brasil, em 1950, fosse declarado nulo. A ré sustentou que como o casamento de 1936 não fora levado a registro no Brasil, durante a vida do varão (a autora só veio a registrá-lo em 1976, após o falecimento dele), não havia nenhum impedimento para seu casamento em 1950.

105. LYDIO MARIANO, “Comentário à Lei do Casamento Civil”, com referência ao disposto sobre o registro, escreveu: “O registro de que trata este § é uma necessidade para que no Brasil haja conhecimento de que teve lugar o casamento de nacionais fora dele, e para que desse registro possam resultar os direitos conferidos pela lei”.

106. Recurso Extraordinário nº 91.627, RTJ 100/280, que não foi conhecido por falha processual do requerente, não tendo, assim, a Corte examinado o mérito da causa.

O Tribunal do Rio Grande do Sul, confirmando a sentença do juiz monocrático, decidiu que o registro “*é feito apenas para a eficácia do casamento em território nacional, não lhe retirando a validade e existência*”. No voto do Desembargador Paulo Boeckel Velloso encontramos que “*o casamento celebrado no Uruguai não poderia ser considerado nulo por não ter sido registrado no devido tempo e nem mesmo se jamais houvesse sido registrado. No plano da existência e validade, ele sempre existiu e foi válido. A discussão só pode se circunscrever ao plano da eficácia*”.

Não muito técnica a referência à eficácia. O registro no Brasil não torna eficaz o casamento celebrado no exterior, pois, para todos os efeitos de direito, ele é eficaz no Brasil a partir do momento em que efetuado validamente no exterior, na conformidade das leis do local de sua celebração. O registro é necessário tão-somente para fazer prova. Questão *ad probationem*. No entanto o acórdão é importante para marcar que o casamento de brasileiro realizado no exterior é reconhecido e produz efeitos no Brasil, independentemente do registro local.

O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu, em 1958, ainda na vigência da legislação de 1939, que a publicidade do casamento celebrado no exterior, “*além de se tornar um meio de prova e de conservação de documento estrangeiro que afeta a situação do brasileiro, envolve interesse de ordem pública bastante para evidenciar que o lapso de tempo estatuído em lei para a providência não é prazo de decadência ou de prescrição, mas, antes, forma de ativar a diligência das partes. O registro, dado o seu alcance social, far-se-á sempre, dentro ou fora daquele prazo, cuja inobservância só poderá acarretar a sanção pecuniária prevista no art. 55 da Lei de Registros Públicos*”¹⁰⁷.

Diz ainda o acórdão que “*o aludido prazo, instituído para acelerar o registro do ato jurídico relevante, perfeito e acabado, não pode redundar, se desrespeitado, no resultado extremamente oposto e ilógico da proibição de sua efetivação. Razão alguma existe para se vedar a providência, de manifesta utilidade para os interessados e terceiros*”¹⁰⁸.

107. Apelação Cível nº 85.547, Revista dos Tribunais, vol. 279, p. 277.

108. Nossos os destaques.

A facultatividade do registro foi confirmada pelo legislador de 1975, pois enquanto as leis anteriores enunciavam que o casamento “*deverá ser registrado*”, dando um prazo de três meses para esta providência, a lei atual só diz que os assentos “*serão trasladados quando tiverem de produzir efeito no País...*”.

É duvidoso se a conceituação de ordem pública referida pelo acórdão paulista é cabível para o registro no País de casamento celebrado no exterior, mormente no regime da legislação atual que deixa bem clara a facultatividade do registro. Concordamos que a lei que visa principalmente atender ao interesse da pessoa que casou no exterior — para que possa fazer prova de seu casamento — também poderá ter algum alcance social, na medida em que é conveniente que o estado civil das pessoas fique ao alcance do conhecimento público, mas daí a qualificar a questão como sendo de ordem pública vai um caminho.

No regime do Decreto nº 181 o Supremo Tribunal entendera que a obrigação de registrar no País casamento celebrado no exterior só se referia ao casamento celebrado por cônsul brasileiro, não se aplicando ao casamento civil realizado sob a presidência de autoridades estrangeiras. Isto decorria da redação do artigo 47 e seus parágrafos e artigo 52 da primeira lei republicana sobre o casamento¹⁰⁹.

Já no Decreto nº 4.857, de 1939, e na atual legislação, o registro local se refere a qualquer casamento realizado no estrangeiro, seja perante autoridade consular brasileira, seja perante autoridades civis do país em que foi celebrado.

Houve entendimento de que certos casamentos realizados no estrangeiro só poderiam ser registrados no Brasil mediante homologação de sentença estrangeira, entendimento rejeitado pela Suprema Corte.

Tratou-se de casamento de brasileira com argentino, cujas primeiras núpcias, celebradas em seu país, haviam sido dissolvidas por divórcio no México, país onde se consorciou com sua segunda esposa, brasileira. Esta requereu a transcrição do casamento mexicano no Registro Civil de seu domicílio em São Paulo, o que lhe foi recusado em duas instâncias, exigindo-se-lhe que

109. Recurso Extraordinário nº 78.120, RTJ 71/241, 245, julgado em 1971.

promovesse a homologação do casamento perante o Judiciário brasileiro.

Em recurso extraordinário o S.T.F.¹¹⁰ conheceu do recurso e lhe deu provimento, decidindo que “*independe de homologação pelo S.T.F. sentença estrangeira celebratória de casamento. Transcrição no Registro Civil*”. A decisão da Suprema Corte seguiu o entendimento de Oscar Tenório, no sentido de que se aplica a esta questão o disposto no § único do artigo 15 da Lei de Introdução ao Código Civil, de que as sentenças declaratórias do estado das pessoas não precisam ser homologadas.

Admitiu-se neste caso o registro de casamento celebrado no exterior, em que apenas um dos cônjuges era brasileiro, matéria esta objeto de divergência jurisprudencial durante vários anos, como se verá em seguida.

Registro de Casamento de Brasileiro com Estrangeiro Celebrado no Exterior

O Tribunal de Justiça de São Paulo apresenta duas tendências opostas. Uma só admite o registro no Brasil de casamento celebrado no exterior em que ambos os nubentes são brasileiros; sendo um brasileiro e outro estrangeiro, não permite o registro¹¹¹. Em divergência encontramos várias outras decisões favoráveis ao registro no Brasil de casamentos ocorridos no estrangeiro em que só um dos nubentes era brasileiro¹¹². A principal fonte invocada pelas decisões negativas é a opinião de Oscar Tenório, que em sucessivas edições

110. Recurso Extraordinário 43.834, RTJ 12/193.

111. Entre outros, Apelação Cível nº 248.845, julgada pela 4ª Câmara Cível em 1976 (Adcoas nº 48.508) e Apelação Cível nº 225.068, julgada pela 1ª Câmara Cível em 1973 (Adcoas nº 25.792). Estes e outros acórdãos invocam as opiniões de Machado Villela, Eduardo Espínola, Wilson de Souza Campos Batalha, e principalmente Oscar Tenório.

112. Entre outros, Apelação Cível nº 84.547, julgada em 1958 (Rev. dos Tribunais 279/277), Apelação Cível nº 243.076, julgada em 1975 (Revista Forense 255/250), ambas da 6ª Câmara Cível, e Apelação Cível nº 243.427, julgada pela 2ª Câmara Cível em 1976 (Adcoas nº 46.719).

de sua obra afirmou que “*o registro abrange apenas o casamento de brasileiros celebrado no exterior. Não é suscetível o registro sendo um cônjuge brasileiro e outro estrangeiro. Neste caso, apenas assentamentos feitos no exterior valem como prova no Brasil*”¹¹³.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro registrou-se decisão favorável ao traslado de registro em hipótese de só um cônjuge brasileiro¹¹⁴. Reza a ementa do acórdão que “*para a transcrição no Brasil de assento de casamento de brasileiros no exterior, o artigo 32 da Lei 6.015/73 exige apenas que um dos cônjuges seja brasileiro, que o assento atenda às exigências do preceito locus regit actum e que a certidão seja legalizada no Brasil*”.

O Tribunal de Justiça do Paraná não admitiu o registro de casamento celebrado no exterior entre brasileiro e estrangeiro¹¹⁵. Assim como os outros tribunais que julgaram neste sentido, interpretou o termo “brasilianos” do artigo 82 da anterior Lei de Registros Públicos — Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939 — como se referindo a ambos os cônjuges brasileiros. E acrescentou mais um argumento: este dispositivo dispõe que “*voltando um ou os dois cônjuges ao Brasil, qualquer deles deve promover, perante o cartório do registro civil do seu domicílio, ou em sua falta, no cartório do 1º Ofício do Distrito Federal, o registro de seu casamento celebrado no estrangeiro*”. O tribunal paranaense assim raciocinou:

“*Se a lei autorizasse o registro, no Brasil, de casamento em que apenas um dos contraentes é brasileiro, não permitiria que qualquer dos cônjuges promovesse o registro*”.

Com o tempo foi se consolidando a posição favorável ao registro destes casamentos, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Na 11ª e última edição de seu livro, o Professor Oscar Tenório alterou a redação do trecho transcrito, já não mais insistindo que

113. OSCAR TENÓRIO, “Direito Internacional Privado”, vol. II, p. 75 da 9ª edição, de 1970.

114. Apelação Cível nº 3.116, julgada pela 2ª Câmara Cível em 1986 (Adcoas nº 115.317 e Revista Forense, vol. 300, p. 200). Na época em que o Rio de Janeiro era a capital federal também se registrara decisão neste sentido: Apelação Cível nº 42.226, julgada pela 5ª Câmara Cível em 1958, Revista dos Tribunais vol. 286, p. 881.

115. Apelação Cível nº 185, julgada pela 2ª Câmara Cível em 1956.

ambos os nubentes devam ser brasileiros para que se traslade o casamento no Registro Civil brasileiro¹¹⁶.

Na jurisprudência destacam-se dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal que reformaram acórdãos do Tribunal paulista, decidindo expressamente a favor do registro de casamento celebrado no exterior em que só um dos nubentes era brasileiro.

O primeiro acórdão, de dezembro de 1974, relator Ministro Leitão de Abreu¹¹⁷, tratou de uma brasileira que casara no Uruguai com cidadão austríaco, tendo-lhe sido negado o registro pelo Tribunal de São Paulo.

Em seu voto assim se manifestou o Ministro Relator:

“Duas são as hipóteses figuradas nesse preceito legal: a de casamento de brasileiros, feito no estrangeiro, perante as respectivas autoridades e a de casamento de brasileiros, feito, também no estrangeiro, perante os cônsules brasileiros. Neste último caso, como é óbvio, os cônjuges devem, como requisito para o matrimônio perante a autoridade consular, ser brasileiros. Donde o registro do casamento, no Brasil, supor nos cônjuges a condição de brasileiros. No primeiro caso, entretanto, podendo o casamento realizar-se entre brasileiro e estrangeiro, não há razão para que se exija serem brasileiros ambos os nubentes casados perante autoridade de outro país. Como o artigo 82 não requer, explicitamente, que nessa hipótese sejam brasileiros ambos os cônjuges, não vejo motivo para estabelecer-se essa discriminação, que contravém não só ao interesse do brasileiro cujo casamento haja sido realizado no exterior, de imprimir publicidade e certeza ao seu estado de casado, como ainda ao próprio interesse social, que o regime do registro público tutela”.

A outra decisão da Suprema Corte foi prolatada em outubro de 1981, versando o casamento de um brasileiro com uma chinesa, celebrado na China¹¹⁸, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo indeferira o registro. O recurso extraordinário foi conhecido em

116. É o seguinte o trecho, como consta da 11ª edição, de 1976: “O registro no Brasil de casamentos realizados no exterior só se aplica a brasileiros natos e naturalizados, mas não a estrangeiros que tenham contraído núpcias no exterior”.

117. Recurso Extraordinário nº 79.655, RTJ 72/950.

118. Recurso Extraordinário nº 86.264, RTJ 101/654.

vista da divergência com o acórdão do Recurso Extraordinário nº 79.655, acima relatado.

Este segundo caso foi julgado pelo Tribunal Pleno, ocorrendo divergência entre os Ministros da Suprema Corte. O relator originalmente designado, Ministro Décio Miranda, discordou da posição adotada no caso anteriormente julgado pela Corte, considerando que como o dispositivo da Lei de Registros Públicos trata do registro de casamento realizado no exterior, justapondo a hipótese de casamento perante autoridade consular brasileira e casamento perante autoridade civil estrangeira, hão de se igualar as hipóteses e, assim como a hipótese do casamento consular só se materializa se ambos os cônjuges forem brasileiros, o mesmo há de ocorrer no casamento celebrado perante as autoridades estrangeiras — só se aplica a regra do artigo 32 da Lei de Registros Públicos sobre o traslado do registro do casamento na 1ª Circunscrição se se tratar de casamento de dois brasileiros. Acrescenta o Ministro que

*“a transladação para o Registro Civil territorial brasileiro não é medida para simples comodidade dos interessados, mas imposição do sistema, para que não deixem de nele figurar os registros alusivos a cidadãos brasileiros”*¹¹⁹.

O Ministro reproduz em seu voto as passagens das obras de Machado Villela e de Eduardo Espínola, invocadas pelas cortes paulistas nos casos em que negaram o registro. Acontece que nos referidos trechos nada há que apóie a rigorosa teoria exposta pelo Ministro. Ambos os textos se referem expressa e unicamente ao casamento celebrado em consulado brasileiro no exterior — aí é que só se admite o casamento e, conseqüentemente, o registro local, se ambos os cônjuges forem brasileiros¹²⁰. Em

119. Id., à p. 658.

120. Os textos reproduzidos pelo próprio Ministro Décio Miranda, respectivamente de Machado Villela e de Eduardo Espínola, dizem: “Da supressão do artigo 23 e da modificação do artigo 266 do projeto revisto resultou, pois, esta doutrina: ficou em vigor a regra de que os cônsules brasileiros só podem celebrar casamentos quando ambos os contraentes forem brasileiros” (“O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro”, pp. 85-6, Machado Villela), e “Nenhum artigo do Código Civil denuncia o propósito de permitir o casamento consular, quando só um dos nubentes seja brasileiro (...). A nova Lei de Introdução, empregando as expressões — ‘brasileiros ausentes de seu domicílio no país’ —

seguida o Ministro Décio Miranda transcreve o trecho de Oscar Tenório, este sim exigindo, para que se efetue no Brasil o registro de casamento realizado perante autoridade civil estrangeira, que ambos os cônjuges sejam brasileiros, mas esta opinião, conforme acima assinalado, foi reconsiderada na última edição da obra daquele jusinternacionalista brasileiro. O Ministro Décio Miranda, em seguida, expôs as seguintes considerações:

*“Vejo... que o interesse público está, justamente, situado no outro pólo. Quer-se evitar sejam trasladados para o registro civil brasileiro, e assim adquiram a presunção de celebrados com todas as garantias do processo de habilitação e de verificação de impedimentos da lei brasileira, os casamentos celebrados no estrangeiro sem a presidência do agente consular brasileiro. É certo que esse mesmo inconveniente ocorre com os casamentos em que ambos os cônjuges são brasileiros, efetuados fora do consulado, e não obstante isso inscritíveis no registro civil brasileiro. Mas, aí, o inconveniente já se reduziu pelo número menor de casos a que se aplica a providência, porque em regra, se ambos os cônjuges são brasileiros, darão preferência ao Consulado, e, por outro lado, a eventual infração a impedimentos da lei brasileira estará mais à vista, pelos antecedentes registros familiares efetuados no Brasil...”*¹²¹

O Ministro Firmino Paz¹²² acompanhou o Ministro Relator, acrescentando considerações equivocadas, ao dizer que o casamento de dois brasileiros no exterior que não seja trasladado no registro civil brasileiro “é acto juridicamente ineficaz”, o que contraria a regra universalmente aceita da *lex loci celebrationis*, casamento válido onde realizado é reconhecido em toda parte. Reconhecer a validade de casamento celebrado alhures significa reconhecer-lhe eficácia jurí-

deixa compreender que alude à hipótese de serem ambos brasileiros” (“Do Direito Internacional Privado Brasileiro”, II/861, Eduardo Espínola). Note-se que a referência é à redação original da LICC, posteriormente alterada, mas a idéia de que o casamento consular só se realiza se ambos os nubentes são brasileiros permaneceu expressa no artigo 18 da LICC.

121. A preocupação do Ministro com impedimentos não tem cabimento no regime de habilitação anterior ou posterior que advogamos acima para todos os brasileiros que casam no exterior (sejam dois brasileiros casando entre si, seja brasileiro casando com estrangeiro).

122. Id., à p. 660.

dica. A lei dispõe que o traslado dos assentos estrangeiros se fará “quando tiverem de produzir efeito no Brasil”, o que visa, tão-somente, efeito *probandi*. Este entendimento ficou claramente posto no voto do Ministro Rafael Mayer¹²³:

“Este o sentido do registro, não o de emprestar existência ou validade ao ato ou fato, posto que reconhecida, pela norma, a autenticidade nos termos da lei do lugar em que foram feitos, mas o de conferir-lhe instrumento de certeza e publicidade, pelos efeitos que aqui devem produzir”.

Aliás, observe-se que o artigo 32 da Lei de Registros Públicos versa assentos de nascimento, casamento e óbito. E assim como no primeiro e no terceiro se trata de expediente formal para garantir o conhecimento, a publicidade de fato ocorrido no exterior, também o traslado local do registro de casamento celebrado em país estrangeiro se faz apenas para garantir publicidade ao ato jurídico das núpcias.

O Ministro Mayer foi à 11ª edição da obra de Oscar Tenório e dali extraiu o texto revisto, no qual não mais se fala em deverem ser ambos os cônjuges brasileiros para que se efetue o traslado do assento no Registro civil brasileiro¹²⁴.

A conclusão do voto do Ministro Mayer é especialmente feliz:

“Basta, no entanto, que um só dos cônjuges seja brasileiro para que decorra o interesse de, por meio do registro nacional, ter prova adequada, de acordo com as instituições brasileiras, do estado de casado, pelos efeitos que daí possa advir no mundo de suas relações jurídicas em seu próprio país. E nenhuma razão há para entender que esse interesse somente se verifique quando ambos os cônjuges sejam brasileiros, pois em um e outro caso os motivos da lei, no facultar o registro, encontram idêntica correspondência.

Portanto, os casamentos celebrados no estrangeiro, perante autoridade e segundo a lei do lugar, sendo ambos ou apenas um dos nubentes de nacionalidade brasileira, podem ter as respectivas certidões trasladadas no cartório do registro civil competente, quando tiverem de produzir efeito

123. Id., à p. 662.

124. Id., à p. 663.

no País, segundo o tratamento que vem dado à espécie pelo art. 32 e § 1º da Lei de Registros Públicos. *Datíssima venia, conheço e dou provimento*”.

O Ministro Décio Miranda voltou a se pronunciar para confirmar seu voto após a divergência do Ministro Mayer, e de seu pronunciamento extraímos alguns trechos que merecem ser examinados para alcançar mais ampla compreensão da matéria¹²⁵.

“Creio que a diferença em nosso pensamento, afinal, é a de que S. Exa. põe ênfase na conveniência, para os interessados, na trasladação do registro estrangeiro para o registro brasileiro, assim facilitando a obtenção da prova do casamento. Encontrei dificuldades para atender a essa óbvia conveniência. Situo-me no plano da legalidade.

Primeiro, consideremos: se o brasileiro, ao casar-se com estrangeira ou com estrangeiro, fora do Brasil, não pode legalmente fazê-lo no Consulado brasileiro, isto já seria uma indicação de que não se quer este registro de casamento trasladado para a inscrição nacional de casamentos. Se não se pode efetuar o casamento perante o oficial público brasileiro, também não é possível admiti-lo ao registro territorial brasileiro, como se fosse permitido originariamente realizar-se perante a autoridade que preside a este registro”.

Este raciocínio peca pela base: impensável comparar a competência do cônsul com a do registro civil brasileiro. O cônsul só tem competência para presidir núpcias de dois brasileiros. O Direito Internacional Público brasileiro considera atentatório à soberania do país estrangeiro que a autoridade consular brasileira presida núpcias de pessoa que não seja nacional brasileira. Os poderes notariais do cônsul brasileiro representam uma manifestação da proteção e da assistência que o país presta a seus nacionais no exterior. Somente aos nacionais. Reciprocamente o Brasil só admite que os representantes de países estrangeiros acreditados no País presidam casamento se ambos os nubentes são da sua nacionalidade.

A comparação no voto do Ministro entre o cônsul e o registro territorial de casamentos no Brasil foge totalmente à realidade legal

125. Ibidem.

e fática. A valer o raciocínio inserido no voto, o Registro Civil no Brasil só poderia proceder ao casamento de brasileiros, o que é inaceitável, haja vista o fato de os estrangeiros que vivem no Brasil diariamente se consorciarem perante nossas autoridades civis¹²⁶.

Em seguida, o Ministro Décio Miranda ofereceu outra consideração em justificação de seu voto, assim dizendo:

“De outra parte, impressiona-me a extrema dificuldade de contrastar, em relação ao estrangeiro que se tenha casado com brasileiro no exterior, a ocorrência de impedimentos ao casamento, que, mesmo supondo a regularidade da habilitação perante a autoridade local estrangeira, podem não estar previstos na lei territorial do país da celebração do ato”.

Aqui há uma preocupação válida, não com a formalidade ou a publicidade do ato, mas com sua validade sob o prisma substancial, conforme vimos acima, ao tratar do problema do controle sobre impedimentos ao casamento, consignados em nossa lei quando o brasileiro (ou o domiciliado no Brasil) contrai matrimônio no exterior.

Mas a preocupação do Ministro Décio Miranda não poderia restringir-se ao casamento de brasileiro com estrangeiro realizado no exterior perante autoridade local. Da mesma forma, e aliás com mais razão ainda, deveria preocupar-se com o casamento entre dois brasileiros no exterior. No entanto, seu voto admite que este casamento poderá ter seu registro estrangeiro trasladado no registro civil brasileiro. E a garantia do atendimento aos impedimentos como ficaria? É bem verdade que em seu voto original o Ministro levantou esta questão, respondendo que dois brasileiros casarem perante autoridade estrangeira é ocorrência rara, pois geralmente preferem casar no consulado, e ainda porque em sendo ambos brasileiros, *“a eventual infração a impedimentos da lei brasileira estará mais à vista pelos antecedentes registros familiares efetuados no Brasil”.*

A preocupação do Ministro Décio Miranda ficou novamente patente nos apartes que produziu ao voto do Ministro Moreira Alves, que acompanhava o voto do Ministro Rafael Mayer, ocorrendo o seguinte diálogo entre os dois membros da Corte Suprema¹²⁷:

126. Aliás, nada impede que estrangeiros que nem sequer vivam no Brasil, estando aqui de passagem, contraiam núpcias nas circunscrições civis brasileiras.

127. Id., à p. 664.

“O Sr. Ministro Moreira Alves — Sr. Presidente, confesso que não vejo as dificuldades que o eminente Ministro Décio Miranda vê, porque estas ocorreriam também com o registro de casamentos de brasileiros, no estrangeiro, que não se realizassem perante nosso Cônsul (ambos brasileiros, quis o Ministro certamente dizer). O problema da invalidade do casamento só pode ser decidido judicialmente, seja ele realizado no Brasil, na França ou no Japão. A averbação facilita a prova da existência do casamento. “O Sr. Ministro Décio Miranda — Sem qualquer controle da autoridade judiciária brasileira!

“O Sr. Ministro Moreira Alves — Também não há esse controle quando o casamento de brasileiros se celebra no exterior.

“O Sr. Ministro Décio Miranda — Mas o controle pode ser feito a posteriori. O argumento de V. Exa. levaria a quê? A que todo estrangeiro casado que passasse a residir no Brasil tivesse essa facilidade de trasladar para cá o registro de seu casamento.

“O Sr. Ministro Moreira Alves — Não. O que admito é que brasileiro que se case com estrangeiro no exterior possa averbar, no Brasil, esse casamento. Se a lei brasileira admite que o casamento de brasileiros celebrado no exterior seja averbado, não vejo razão para não se admitir o mesmo quando se trate de brasileiro casado com estrangeiro no exterior”.

A referência do Ministro Miranda a “todo estrangeiro casado que passasse a residir no Brasil” poder trasladar o registro de seu casamento foi um argumento ocorrido no calor do debate, eis que ninguém dissera, e ninguém jamais pretendeu trasladar registro de casamento de estrangeiro que se transfere para o Brasil. A discussão gira em torno de poder ou não o brasileiro que casa no exterior com estrangeiro trasladar o registro de casamento no registro civil de nosso país.

A preocupação do Ministro Miranda ficou patente quando exclamou que o traslado do casamento estrangeiro fugiria ao controle da autoridade judiciária brasileira, controle, lembre-se, quanto ao eventual desrespeito aos impedimentos consignados na nossa lei. Esta preocupação se desfaz com o sistema que acima defendemos, inspirados na lição de Clovis Bevilacqua e na legislação francesa de que, por ocasião do traslado no Brasil do registro de casamento celebrado no exterior, em não tendo se processado habilitação anterior, se efetue este controle judiciário, por meio da publicação de proclamas após o casamento, como condição para seu traslado, como ocorre, por força de lei, com o casamento religioso com efeitos civis.

Vamos mais longe ainda e defendemos que o direito de trasladar o registro de casamento celebrado no exterior em nosso registro civil seja estendido às pessoas domiciliadas no Brasil. Se quem vive no Brasil casa na circunscrição civil brasileira, deve-lhe ser concedida a faculdade de, em casando no exterior, obter o traslado de seu casamento no Brasil. Nosso Direito Internacional Privado se baseia na regra conectiva domiciliar, o que deve estender-se ao campo do registro civil.

Esta também a posição de Batalha em seu comentário à Lei de Registros Públicos, onde diz que:

“ao invés de referir-se a brasileiros, deverá o preceito referir-se a pessoas domiciliadas no Brasil, posto que a Lei de Introdução ao Código Civil abandonou o critério da nacionalidade, para admitir o critério do domicílio como definidor de lei pessoal, ou seja, da lei que rege o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade, o matrimônio e os direitos de família”.

A hipótese inversa — brasileiros domiciliados no exterior — também deve ser entendida como coberta pela faculdade de registrar o casamento no Brasil. Uma decisão paulista¹²⁸ decidiu que:

“o fato de ser o casal domiciliado na Itália não constitui obstáculo à pretensão, pois a apelante tem parentes e bem de raiz nesta cidade, onde, segundo afirma, permanece durante certas épocas. O município de São Paulo, portanto, pode ser considerado seu segundo domicílio, embora não o principal”.

Não nos parece que o brasileiro, que vive no exterior, deva permanecer “certas épocas” no Brasil para aqui constituir um “segundo domicílio”, nem precisa ter no País bem de raiz a fim de ter direito ao traslado do registro de seu casamento celebrado no exterior. A regra da Lei de Registros Públicos que visa o recurso ao sistema brasileiro de registros, para dar publicidade a casamentos celebrados no exterior, deve beneficiar tanto os estrangeiros que estejam domiciliados no Brasil, como os brasileiros domiciliados no exterior. Os primeiros porque submetidos em tudo mais ao direito brasileiro,

128. Apelação cível nº 20.215, julgada pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo em 1982 (Adcoas nº 92.393).

e os segundos porque é de boa política que quem nasceu no Brasil, estando aqui registrado, possa manter seu registro civil atualizado, trasladando aqui os eventos que vierem a modificar seu *status*, mesmo que isto ocorra no exterior e que o brasileiro aqui não mantenha vínculos domiciliares.

O Supremo Tribunal Federal foi mais longe ainda e decidiu que o casamento de dois estrangeiros no exterior também pode ser trasladado no registro civil brasileiro, uma vez que os cônjuges se tenham naturalizado brasileiros¹²⁹.

A hipótese foi a de um alemão e uma polonesa que contraíram núpcias no Uruguai, vieram viver no Brasil, aqui se naturalizaram, ocorrendo, afinal, a separação judicial, continuando ambos, após a separação, a viver no Brasil. O varão requereu ao Juiz dos Registros Públicos de São Paulo a transcrição do assento de seu casamento no competente cartório, eis que, para proceder à averbação da separação, havia esta de ser precedida pela transcrição do casamento.

Na 1ª instância e no Tribunal de Justiça de São Paulo a pretensão foi indeferida, eis que “a naturalização após o casamento não autoriza a transcrição”. O Supremo Tribunal Federal, por sua 1ª Turma, conheceu e deu provimento ao recurso. O principal fundamento do acórdão foi o artigo 137 do Decreto-lei nº 941 — Estatuto do Estrangeiro — hoje substituído pelo artigo 121 da Lei nº 6.815, que iguala os direitos do brasileiro naturalizado aos do brasileiro nato. A Suprema Corte desenvolveu o seguinte raciocínio:

“O artigo 32 da Lei de Registros Públicos cuida de casamento de brasileiros em país estrangeiro. E no § 1º estabelece que o respectivo assento pode ser trasladado no cartório do 1º ofício do domicílio do registrado... Ora, quando o recorrente e sua consorte contraíram casamento no Uruguai eram estrangeiros. Mas como, depois, se naturalizaram brasileiros, adquiriram o direito por força de tal equiparação, de ver trasladado no referido cartório o respectivo assento de casamento. Tanto mais porque nem a Lei nº 6.015 faz distinção entre brasileiros natos e naturalizados, nem o artigo 137 do Decreto-lei 941 de 18-10-69 (reproduzido pelo art. 121 da Lei 6.815 de 19-8-80) a permite (a distinção).

Aliás, o § 1º do art. 32 da lei de Registros Públicos diz que tais assentos poderão ser trasladados no cartório já referido (no Brasil) quando tiverem de produzir efeito no País.

E agora com a naturalização de ambos os cônjuges e sua separação consensual homologada pela Justiça brasileira, o casamento até já produziu efeito no Brasil.

E a averbação da sentença homologatória da separação não será possível, se o traslado do assento de casamento não for feito antes.

Aliás, não repugna ao ordenamento jurídico brasileiro, em seu enfoque sistemático, que a naturalização posterior do estrangeiro venha a produzir efeitos no Brasil, em matéria de casamento.

Tanto que o § 5º do art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil permite, nessa hipótese, o apostilamento da adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao registro competente’.

A invocação desse dispositivo é meramente subsidiária e visa demonstrar que a posterior naturalização dos estrangeiros já casados não é um fato irrelevante para o direito brasileiro.

No caso, o v. Acórdão recorrido exigiu que a naturalização fosse anterior ao casamento. E por isso denegou a transcrição pretendida.

Por esse modo, fez distinção entre brasileiros natos e naturalizados, negando vigência, por conseguinte, ao artigo 121 da Lei nº 6.815, de 19-9-80, que, nos pontos de interesse aqui, reproduziu o disposto no art. 137 do Decreto-lei federal nº 941, de 18-10-69”.

Esta decisão merece cuidadosa reflexão, pois pode-se perfeitamente argumentar que a equiparação entre brasileiros natos e naturalizados não é forçosa quando se trata de fato ocorrido ou ato praticado pelo brasileiro naturalizado quando ainda era estrangeiro, e o que a lei equipara é o brasileiro naturalizado ao brasileiro nato, a partir do momento em que sua naturalização se completa e ele passa a ser brasileiro. Na hipótese, o casamento foi celebrado quando os cônjuges ainda eram estrangeiros, quando não lhes era permitido registrar o casamento uruguaio no Brasil.

O Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal julgou caso idêntico em 1958 e, negando o registro do casamento após a naturalização, disse que:

“Os apelantes, vindos para o Brasil, aqui se naturalizaram. Não podem vindicar, pois, um direito que a lei só assegura a brasileiros natos ou naturalizados, quando hajam se casado fora do país. Nenhuma discrí-

129. Recurso Extraordinário nº 94.035, RTJ 111/665, julgado em 1984.

*minação aí ocorre, porque a sua situação é diferente: ao casarem, eram estrangeiros os apelantes”*¹³⁰.

Por outro lado, pode-se contra-argumentar que o registro do casamento é uma formalidade independente do próprio casamento, ou seja, não é ato da celebração que se registra — isto realmente não seria admissível para o casamento celebrado quando os nubentes ainda eram estrangeiros —, mas o registro é um ato jurídico posterior ao casamento que visa a dar publicidade ao fato de que os nubentes se consorciaram e possuem agora o estado civil de casados. Se for assim, correta a equiparação efetuada pela Suprema Corte entre os naturalizados e os natos. Assim como estes, também aqueles têm direito à publicidade de seu estado de casados.

A Prova do Casamento Estrangeiro

No que tange à comprovação de casamento realizado no exterior, o artigo 204 do Código Civil admite prova que seja conforme à lei do local da celebração, confirmando entendimento assente em Direito Internacional Privado de que prova e forma seguem a mesma conexão, e assim como a forma é regida pela lei do local da celebração do ato, também a prova obedecerá à mesma legislação. (É assim que se coadunam o § 1º, 2ª parte, do artigo 9º da LICC com o artigo 13 do mesmo diploma legal em matéria de forma e prova das obrigações.)

Carvalho Santos¹³¹, em seus comentários ao Código, diz que: “*aplicando o preceito locus regit actum, admite o Código que o casamento em tal caso seja provado de acordo com as leis do país onde se celebrou. A prova poderá, pois, ser produzida pela certidão do registro civil, pelos assen-*

130. Apelação Cível nº 45.962, julgada pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do (então) Distrito Federal, Revista Forense, vol. 185, p. 179, cuja ementa assim reza: “*Não há qualquer dispositivo de lei que autorize a transcrição da certidão relativa ao casamento, nascimento ou óbito, ou outros atos concernentes ao estado civil, nos registros nacionais, daqueles que vêm fixar domicílio no Brasil*”. No mesmo sentido julgado da 5ª Câmara Cível do T.J. de São Paulo, Apelação Cível nº 18.267, RJTJESP, vol. 78, p. 57.

131. J.M. de CARVALHO SANTOS, “Código Civil Brasileiro Interpretado”, vol. IV, p. 147.

tamentos eclesiásticos, pela posse de estado de casado, pela prova circunstancial ou qualquer outra admitida no país em que foi o casamento celebrado”.

Sendo casamento em que um dos cônjuges é brasileiro, ou domiciliado no Brasil, o registro no Brasil se fará mediante transcrição do assentamento estrangeiro no Registro Civil, conforme o artigo 32 da Lei de Registros Públicos. Já para o casamento em que ambos os cônjuges são estrangeiros, aplica-se a regra do artigo 129 da mesma lei que ordena, para efeito de surtir efeito em relação a terceiros e para produzir efeito em qualquer repartição pública brasileira, o registro no Registro de Títulos e Documentos.

A interdependência entre forma e prova também é encontrada entre os franceses. Dizem Loussouarn e Bourel¹³² que a prova do casamento está subordinada à mesma lei que rege suas formas, a *lex loci celebrationis*. Na França terão estas provas a mesma força probante do que no país da celebração, sem que se possa invocar a exceção da ordem pública contra provas diferentes das que são admitidas em França, assim como o depoimento de testemunhas ou de situações notórias (*actes de notoriété*), a simples coabitação prolongada ou a posse do estado de marido e mulher.

O direito francês vai mais longe: se a lei francesa admite uma prova do casamento que não seja admitida pela lei do país da celebração, esta prova será igualmente aceita¹³³.

Anteprojeto de Lei Sobre Aplicação das Normas Jurídicas (1994)

O Anteprojeto que dispõe sobre aplicação das normas jurídicas, visando a substituir a Lei de Introdução ao Código Civil, contém os seguintes dispositivos relacionados às matérias versadas no presente capítulo:

“*Artigo 8º — Estatuto Pessoal — A personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família são regidos pela lei do domicílio. Ante a inexistência de domicílio ou na impossibilidade de sua localização, aplicar-se-ão sucessivamente a lei da residência habitual e a lei da residência atual.*

§ 2º — *As pessoas domiciliadas no Brasil que se casarem no exterior, atenderão, antes ou depois do casamento, às formalidades para habilitação*

132. LOUSSOUARN e BOUREL, op. cit., nº 297.

133. Vide BATIFFOL e LAGARDE, op. cit., nº 407.

reguladas no Código Civil brasileiro, podendo registrá-lo na forma prevista na lei de Registros Públicos. As pessoas domiciliadas no exterior que se casarem no Brasil provarão seu desimpedimento de acordo com sua lei pessoal.

§ 3º — O casamento entre brasileiros no exterior poderá ser celebrado perante autoridade consular brasileira, atendidas as formalidades de habilitação previstas no parágrafo anterior. O casamento entre estrangeiros da mesma nacionalidade poderá ser celebrado no Brasil perante a respectiva autoridade diplomática ou consular.

§ 4º — A autoridade consular brasileira é competente para lavrar atos de registro civil referentes a brasileiros na jurisdição do consulado, podendo igualmente lavrar atos notariais, atendidos em todos os casos os requisitos da lei brasileira”.

Capítulo 2º

Validade substancial do casamento

Capacidade Nupcial pela Lei Pessoal

Na celebração do casamento existem aspectos de natureza formal e outros que constituem matéria de fundo e estes dois ângulos do mesmo ato jurídico poderão ser regidos por legislações diversas¹.

A rigor, a leitura do § 1º do artigo 7º da LICC poderia dar a impressão de que fundo e forma são regidos pela lei local (“*Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades de celebração*”). Não é este, contudo, o melhor entendimento, pois, basicamente, enquanto a forma segue a lei do local da celebração, as questões relativas à capacidade nupcial devem obedecer ao disposto na lei pessoal dos nubentes, o que nem sempre coincidirá com a lei do local da celebração.

1. LOUSSOUARN e BOUREL, “Précis de droit international privé”, n.º 289, explicam que assim como no direito interno distingue-se nos atos jurídicos o *instrumental* do *negotium*, também no Direito Internacional Privado existe esta dualidade, não se regendo os conflitos de lei sobre a forma do casamento pela mesma regra que os conflitos em matéria de fundo, ou substância. Haverá de se qualificar o que é forma e o que é fundo em matéria matrimonial, o que, às vezes, também será objeto de conflito entre legislações diversas, ocorrendo então o conflito de qualificações.

