

DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO ANTES DO CONCÍLIO ECUMÊNICO DE TRENTO, NO SÉCULO XVI — APONTAMENTOS DE HISTÓRIA JURÍDICA.

Clóvis Paulo da Rocha

1. RICCARDO ORESTANO, professor da Universidade de Siena, em estudo sobre as relações entre o matrimônio romano e o matrimônio cristão, na idade post-clássica, publicado nos "Scritti di Diritto Romano in Onore di Contardo Ferrini" (Milano, 1946), informava que se as palavras de Ferrini sobre o tema, tiveram um sabor polêmico, hoje constituíam um *patrimônio comum* (obra citada, pág. 343)

Da mesma forma, a afirmação constante deste estudo, de que até o século XVI não houve celebração de casamento, como condição de existência ou como elemento necessário à sua constituição, é matéria pacífica pertencente ao patrimônio cultural comum.

No direito romano, no direito canônico e no direito de outros povos, sempre as núpcias foram acompanhadas de solenidades, mas essas cerimônias não eram essenciais à sua existência, nem possuíam valor jurídico para *esse fim*. O próprio Ferrini sentenciava: "prima del tridentino non cera una speciale imposta per la celebrazione sacramentale" (C. Ferrini, Pandette, 3.^a ed. pág. 870).

Os historiadores, muitas vezes, citam essas cerimônias e solenidades como se fossem a própria celebração do casamento.

As nossas considerações resumem-se em salientar que, até o Concílio de Trento, no direito romano, no direito canônico, no direito português e no de outros povos, a celebração do casamento

não era considerada substancial, mesmo porque não havia celebração, repetimos.

ARANGIO — RUIZ, sábio mestre do direito romano esclarecia que esse direito “não pedia para o início do estado matrimonial nenhuma solenidade, nenhuma declaração explícita da vontade” (INSTITUZIONE DI DIRITTO ROMANO, 3.^a edição, Nápoles, 1934, pág. 420).

A respeito do direito canônico, assim se pronuncia A. BOGGIANO PICO: — “Non fu difficile, osserva il Wernz Vidal conciliare il concetto romano, che il matrimonio era costituito soltanto dal consenso degli sposi e questo si richiedeva pela sua validità, coll’elezione di esso alla dignità di sacramento fatta da Gesu Cristo; infatti Gesu Cristo institui contrato matrimoniale dei fedeli, ossia il contrato canonico, nè indicò per sè immediatamente una speciale forma di solennità necessària ad validitatem per la celebrazione del matrimonio cristiano. *La Chiesa cattolica, per molti secoli, fino al Concilio di Trento non impose come norma universale una determinata forma sostanziale sotto pena d’invalidità per la celebrazione del matrimonio.* (Il Matrimonio nel Diritto Canonico — Antonio Boggiano Pico, págs. 382/383, Torino, 1936).

Neste estudo não pretendemos apreciar as controvérsias relativas à natureza jurídica do casamento no direito romano, nem no direito canônico, matéria, aliás, magistralmente desenvolvida por *Ebert Chamoun*, em magnífico estudo publicado na Revista Forense, vols. 183, 184 e 185.

O nosso trabalho é mais modesto e resulta de apontamentos sobre aspectos da história jurídica da celebração matrimonial ou da sua ausência até o Tridentino.

2. No direito romano o casamento não foi um “*quid juris*”, mas um “*quid facti*”. Não era um ato jurídico, mas um fato.

A exemplo da doutrina da posse, reconheciam os juristas a existência de dois elementos: — o *corpus* e o *animus*. O *corpus* se caracterizava pela convivência debaixo do mesmo teto, participando a mulher das honras e da dignidade de esposa. O *animus* é a chamada *affectio maritalis*, a intenção de viverem perpetuamente como marido e mulher. Não basta a intenção inicial, é mister que a intenção seja contínua e permanente. O casamento era um *status*, uma situação jurídica permanente.

A conjunção dos sexos não tinha influência para a caracterização jurídica do matrimônio. Não era ela que fazia existir o casamento, mas a *affectio maritalis*.

A esse respeito é citada a opinião de ULPIANO. Consultado sobre a validade de uma doação, visto proibir o direito romano a doação entre marido e mulher, teve necessidade o jurisconsulto de verificar, preliminarmente, se existia matrimônio, porque, no caso, a mulher e o marido haviam habitado largo tempo em separado. Concluiu dizendo que embora estivessem separados, mas se guardavam reciprocamente a consideração do matrimônio, este existia, porque o que faz o matrimônio não é o coito mas a *affectio maritalis* — *non enim coitus matrimonium facit sed maritalis affectio* — *Digesto* L. XXIV T. I fr. 32, parágrafo 13.

Outra consulta respondida pelo mesmo jurisconsulto Ulpiano encontra-se no *Digesto*, L. 35, Título I, fragmento 15. Indagava-se se havia sido cumprida a condição de casamento aposta a um legado e Ulpiano responde: — desde que a legatária foi tomada por mulher ainda que não tivesse ido aos aposentos do marido, havia o casamento, porque não é o concúbito, mas o consentimento que constitue as núpcias, "*nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*".

Como se verifica, no Direito Romano não se requeria para o início do matrimônio, nenhuma solenidade, nenhuma declaração explícita da vontade, nenhuma celebração.

FREDERICO GLÜCK a propósito da consulta respondida por ULPIANO explica que não se exigia nenhuma solenidade para se considerar concluído o casamento e que a *deductio in domum mariti*, quando havia, servia *come segno visibilissimo dela dichiarazione dell' affecto conjugale* (FREDERICO GLÜCK, Comentário ALLE PANDETTE — Tradotto sotto a direzione di FILIPO SERAFINI, Direttore — PIETRO COGLIOLO e CARLO FADDA — Livro XXIII — tradoto ed annotato dal Prof. RAFFAELLO D'ANCONA, pág. 15 — Milano, 1898).

Idêntico conceito renova, em outras palavras, no mesmo volume, pág. 18.

E' certo, portanto, que no Direito Romano não havia celebração de casamento como condição de existência do matrimônio.

O Prof. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, estudando a estrutura do casamento no Direito Romano, também demonstra a inexistência de celebração, afirmando em magnífica síntese "que o matrimônio, em Roma, era uma *situação de fato* que se iniciava, sem quaisquer formalidades, com o simples acordo de vontade do homem e da mulher e que perdurava apenas enquanto persistia a intenção dos cônjuges em permanecerem casados, dissolvendo-se, de imediato, no mo-

mento em que um deles (ou ambos) deixassem de tê-la" (Direito Romano, vol. II, pág. 348, Rio, 1966 — Editor Borsoi).

As cerimônias da *confarreatio*, da *coemptio* e o *usus*, bem como a *deductio in domum mariti*, eram solenidades que coincidiam com as núpcias, mas não eram formas de celebração de casamento, destinavam-se a estabelecer a *manus* e a transferência da mulher de uma família para outra, isto é, da família do seu *pater* para a do marido ou do *pater* deste. Era a *conventio in manum*.

EBERT CHAMOUN assim se expressa: — "A outra forma de entrada *iure* numa família era a *conventio in manum*. Consistia na sujeição da mulher ao marido *loco filiae* ou ao *paterfamilias* dele: *neptis loco*. A aquisição do *manus* se dava de três maneiras: *farreo*, *coemptione* e *usu*. (Instituições de Direito Romano, Rio, 1951, pág. 168).

3. No direito canônico, também, a celebração do matrimônio não era condição essencial para a sua existência. Requeria-se uma *affectio maritalis*, mas bastava o consentimento inicial. Não se pedia que fosse permanente, como no direito romano.

Foi o direito canônico que deu relevo e conseqüências às relações sexuais para revigoração do vínculo conjugal.

Em primeiro lugar, comunicou às núpcias a graça divina do sacramento. Não era um simples contrato, que se formava pelo só consenso, era, igualmente, um sacramento.

A escola de Bolonha, com GRACIANO e HINCOMAR DE REIMS sustentavam que o sacramento só se concedia no momento da *copula carnalis*, mas, SÃO VITOR e PEDRO LOMBARDO sustentavam que não se podia distinguir os dois momentos, no instante em que é manifestado o consentimento, conclui-se o contrato e comunica-se a graça divina do sacramento. Essa polêmica terminou com a proibição de se distinguir os dois momentos. São inseparáveis o contrato e o sacramento, como resulta do Concílio de Trento e do Syllabus de Pio IX.

Nada, porém, de celebração antes do Concílio de Trento.

A fim de evitar os casamentos clandestinos e as novas núpcias de pessoas já ligadas a outras por vínculos conjugais, a Igreja não só reclamou a jurisdição exclusiva sobre a matéria, como passou a aconselhar que o consentimento fosse manifestado *in facie Ecclesiae*, em presença de um sacerdote, como ocorria com os Longobardos, onde o consentimento era dado perante um juiz.

GLASSON, a respeito desses casamentos, na idade média, descreve os realizados às portas da Igreja, destacando que as solenidades eram brilhantes, com a finalidade de dar *publicidade*, no sentido antigo, não no moderno do registro:

“Era absolutamente interdito realizar-se o matrimônio nas capelas e oratórios privados; o direito canônico queria a publicidade da igreja paroquial. A ela se dirigia o brilhante cortejo. Os futuros esposos eram precedidos de jograis e músicos, seguidos de seus parentes e amigos, todos a cavalo ou sobre mulas.

..... “O casamento se contraía às portas da igreja e somente depois do consentimento, os nubentes e os convidados penetravam no templo para receber a benção. (E. GLASSON, *Histoire du Droit e des Institutions de La France*, Tome 7, La Feodalité, Paris, 1896, pág. 151).

Em Portugal o mesmo ocorria, como veremos mais adiante.

Esses casamentos às portas da Igreja, também chamados de *praçeiros*, no sentido de publicamente, eram assim realizados porque não havia registro, nem a celebração era da substância do ato e para a prova do casamento, na sociedade de então, todos eram convidados para assistir, na praça pública, a chegada dos noivos às portas do Templo.

Hoje, há registro, há celebração, mas o hábito social perdurou na celebração do casamento religioso.

As instituições, dizia VITTORIO SCIALOJA, nascem por um motivo, mas permanecem por outro, quando o originário se extinguiu.

Assim são os hábitos e as convenções sociais.

Para dar publicidade, aconselhava-se a realização do casamento às portas da Igreja e, posteriormente, no século XII e XIII determinou-se, a exemplo do que ocorria na Igreja Galicana, os editais em três missas solenes, de domingo, indicando os nomes dos que iam contrair matrimônio. Eram os chamados *banna matrimonialia*, isto é, *edicta publica, quibus matrimonium proclamatura*, expressões pela primeira vez encontradas na Igreja Galicana, como informa GLÜCK, nas suas *Pandectas* (obra cit. L. C. XXIII, pág. 553, § 1.219).

A palavra *banhos* é empregada em sentido de proclamas, edital feito na Igreja, chegando mesmo a dizer-se *banhos de igreja* como sinônimo de casamento. Essa praxe aparece em seus primórdios em *Decretal* do PAPA INNOCENCIO III, dirigida ao bispo de Beauvais, no ano de 1212, na qual manda aplicar os editais *Secundum Consue-*

tudinem Ecclesiae Gallicanae (apud GLÜCK, obra citada, L. XXIII pág. 554).

Esse uso especial da igreja galicana foi proclamado lei geral pelo PAPA INNOCÊNCIO III, no 4.º Concílio de Latrão, no ano 1215 (GLÜCK, obra cit. L. XXIII, 555).

É interessante observar que, nessa época, na transmissão da propriedade imóvel adotava-se, na Bretanha, o sistema de anúncio em três missas dominicais: "Na Bretanha vigorou o sistema da *Apropriance*. Segundo esse sistema, para a transmissão da propriedade exigia-se o anúncio em três domingos seguidos na missa da paróquia onde estivesse situado o bem a ser alienado. Decorrido o prazo, era expedido o certificado com o qual, desde que não houvesse oposição, se efetivava a alienação mediante julgamento e inscrevia-se a transmissão nos registros públicos, como dispunham os arts. 269 e 270 do Costume da Bretanha (CLOVIS PAULO DA ROCHA — *Eficácia da Transcrição*, Rio, 1958, pág. 27).

Cabe aqui salientar que, na evolução histórica, o casamento, o contrato e a transmissão da propriedade se cruzam, deixando marcadas influências recíprocas. Foi no direito canônico que a doutrina contratualista, que surgiu em oposição à doutrina da *copula carnalis*, como informa ANGELO DE VICENTI (*La Giurisdizione Ecclesiastica e Laica in Materia Matrimoniale*, pág. 9), estudou profundamente o *consentimento* e identificou o consenso com o contrato, permitindo, mais tarde aparecer o conceito de SAVIGNY, considerando contrato todo o acordo de vontades para criar relações jurídicas de qualquer espécie.

No século XII, SÃO VICTOR emprega pela primeira vez a palavra contrato para designar o consenso matrimonial (G. SERRIER, *de Quelques Recherches Concernant le Mariage Contrat — Sacrament*, pág. 175 e CLOVIS PAULO DA ROCHA, *Aspectos do Conceito Dogmático do Contrato*, Rio, 1958, pág. 22).

E, em matéria de influência canônica na formação do conceito do contrato, que foi aproveitada pela doutrina civilística, merece menção o estudo de UGO BASIELLO, 'SULL' INFLUENZA DEL CRISTIANESIMO IN MATERIA DE ELEMENTO SUBBIETTIVO NEI CONTRATA, *in* publicado em homenagem a Contardo Ferrini (pág. 503).

A identidade da transmissão da propriedade imóvel e do matrimônio através de banhos nas missas paroquiais é outra circunstância digna de ser mencionada, embora a matéria seja objeto de outros estudos.

4 — Em Portugal, na Idade Média, a doutrina costuma reconhecer a existência de três tipos ou espécies de casamento: de benção, de pública fama e a furtos ou de juras.

Apesar da doutrina reconhecer a existência desses 3 tipos e de outras modalidades de casamentos clandestinos, CABRAL DE MONCADA, professor da Universidade de Coimbra, nos seus *Estudos de História do Direito* (v. I, pág. 37 e seguintes) ao apreciar o casamento na Idade Média, em Portugal, antes do Concílio de Trento, demonstra, com rara erudição e farta documentação histórica, que houve unidade no conceito jurídico e social do casamento. De benção ou clandestino era o casamento que produzia todos os efeitos em relação aos cônjuges, como aos filhos e ao direito sucessório.

Casamento de benção eram os casamentos que se celebravam *in facie Ecclesiae*, isto é, às portas da Igreja ou de acordo com o direito canônico. Alguns chamavam esse casamento de casamento *praceiro* ou realizado *praceiramente* para significar o mesmo que publicamente.

O casamento de pública fama ou de maridos conhecidos ou co-nuzudos é o que se caracterizava através do que se veio chamar posse de estado de casado. Sendo que CABRAL DE MONCADA nega a existência dessa modalidade.

A furtos ou de juras era o casamento clandestino, que se celebrava pelos nubentes em suas próprias casas ou em qualquer outro lugar, sem a presença, a mais das vezes, de qualquer sacerdote. Essa modalidade, informa MARNOCO E SOUZA, foi deduzida dos foraes por ALEXANDRE HERCULANO (MARNOCO E SOUZA, *História do Direito Romano Peninsular e Português*, Coimbra, 1910, pág. 557, § 247).

As *Ordenações Manoelinas*, porém, concedem aos casamentos clandestinos as mesmas vantagens das demais modalidades, como informa MARNOCO E SOUZA: “considerando meeiros os cônjuges que casarem à porta da Igreja ou fora della com a licença do prelado e os que viverem em casa teuda e manteuda, ou em casa dos seus pais ou em outra, em pública voz e fama de marido e mulher, ainda que não hajam casado à porta da Igreja (*Ord. Manuelinas*, liv. II, tit. XLVII).

Muitos foram os casamentos de juras em Portugal. No século XIV o Rei Dom Fernando casou-se com Leonor Teles, com testemunho da irmã desta e de outras pessoas, por palavras de presente. Mais tarde este casamento foi confirmado no Mosteiro dos Hospitaleiros de Leça, entre Douro e Minho (CABRAL DE MONCADA, *Estudos de História do Direito*, pág. 59).

Célebre igualmente o casamento de *D. Pedro I* de Portugal com *Inês de Castro* no ano de 1353. Receberam-se por marido e mulher, com palavras de presente (*verba de praesenti*) sob a assistência do Guardião da Guarda, Dom Gil, que mais tarde serviu de testemunha para prova da existência do consórcio, conforme instrumento lavrado em Coimbra, em 1360. Tratava-se de um casamento clandestino, que não poderia ser provado por pública fama, dada a condição das pessoas que tinham necessidade de manter em sigilo esse matrimônio. (Ordem, pág. 78).

É histórico, igualmente, o casamento secreto de *D. Guiomar Coutinho*, filha do Conde de Marialva, com o Marquês de Torres Novas. Mais tarde houve um Júri de Teólogos e Legistas, que examinaram a questão e decidiram que o matrimônio não se havia realizado. Pôde, assim, *D. Guiomar* contrair novas núpcias com o Infante *D. Fernando* (*idem*, pág. 78).

Em *GIL VICENTE*, que com fidelidade retrata os costumes de sua época em Portugal, encontramos diversos casamentos pelos quais se verifica que bastava o consentimento para a sua formação, independentemente de qualquer formalidade ou da presença de qualquer sacerdote. No Auto da Festa, dois personagens que desejavam casar-se, hesitam sobre a necessidade de irem a Igreja, mas decidem que bastava o consentimento de ambos expresso onde estavam para se ter o casamento por concluído.

Eis o diálogo entre eles trocado:

"RASCÃO — Pois, a vos fallar verdade,
eu vos queria rogar
se quereis comigo casar

VELHA — Filho, de boa vontade;
casemos sem mais tardar.

RASCÃO — Ora bem, de que feição
quereis vós que isto seja?

VELHA — Que me deis logo a mão

RASCÃO — Não me parece razão
sem hir primeiro á igreja

VELHA — Não sois vós nisso sabido

RASCÃO — E pois como há de ser?

VELHA — Recerber-me por molher,
e eu a vós por marido,
que isso depois há de ser

RASCÃO — E quem nos receberá?
Que as palavras não sei

VELHA — Calai-vos, que eu as direi:
chegai-vos para cá
que eu vo-las ensinarei”

Na farsa de Ignez Pereira, também de GIL VICENTE, só em presença da mãe de Ignez.

Eis o diálogo:

Mãe — Casa filha, muit’embora

Esc. — Dai-me cá essa mão senhora

Inês — Senhor, de mui boa mente

Esc. — Per palavras de presente
vos recebo desd’agora
Nome de Deos, assi seja,
eu Brás da Mata, escudeiro,
recebo a vós Inês Pereira
por esposa verdadeira
como manda a santa igreja

Inês — Eu, aqui diante Deos,
Inês Pereira, recebo a vós,
sem mais preço nem demanda
como a santa igreja manda
a Brás da Mata”.

ALEXANDRE HERCULANO, nos seus *Estudos sobre Casamento Civil*, publicados em Lisboa, no ano de 1866, evidencia com o seu saber histórico, que, em Portugal, desde os tempos do *Código Visigótico*, nunca se considerou, como da substância do ato, a celebração do casamento, ao contrário, a legislação laica, como a religiosa, não a pediam. Em apoio da sua tese, quanto ao direito canônico, cita e transcreve consultas respondidas por diversos Papas, entre os quais, NICOLAU I, que, em 866, respondendo aos búlgaros dizia — “basta-rá, em conformidade das leis, o *mutuo consenso*”. (obra citada, pág.

19); ALEXANDRE III, INOCÊNCIO III, todos afirmando que bastava o simples consenso para a validade do matrimônio, mesmo sem a presença de qualquer sacerdote ou celebração (idem, págs. 20 e 219).

É, como diz A. FERREIRA COELHO, até o Concílio de Trento, "a Igreja não havia estabelecido formalidade canônica para a celebração do matrimônio. Para ser este válido bastava que, por qualquer forma e, mesmo sem nenhuma, constasse o consentimento dos contraentes". (A. FERREIRA COELHO — *Código Civil Comparado, Comentado e Analisado*, v. XIII, pág. 48).

5. O Concílio Ecumênico, reunido na cidade de Trento, de 13 de dezembro de 1545 a 11 de novembro de 1563, regulamentou o matrimônio e instituiu a sua celebração, como elemento da substância do ato. O casamento deixou de ser um *quid facti*, para tornar-se um *quid juris*, um ato jurídico, não só no direito canônico, como nas legislações civis, que foram sendo, posteriormente, elaboradas, quando o Estado retomou a jurisdição sobre a matéria.