

Da nulidade e da anulação do casamento

Paulo Lins E Silva

Advogado. Membro da Internacional Society of Family Law e da International Academy of Matrimonial Lawyers.

Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - por infringência de impedimento.

Seguindo a mesma linha do Código Civil vigente, o novo Código Civil fez também a distinção entre casamento nulo e anulável. O primeiro, sem tempo definido para o decreto sentencial de sua nulidade, portanto imprescritível, considerando-se que o ato jurídico nulo jamais existiu, não estabelecendo vínculos entre as partes envolvidas em tal ato, aliás como bem explica *Santiago Dantas*, em seu trabalho *Direito de família e das sucessões*, quando afirma: "quando o ato é nulo, a ação que tem o interessado, para fazer declarar a sua nulidade, não prescreve. Pode ser proposta em qualquer tempo; precisamente porque o ato é nulo, não existe, não vale e toda época será oportuna para se demonstrar judicialmente a sua inexistência".¹

O casamento é, pois, nulo quando celebrado com as infrações estabelecidas pela ordem legal e por motivos fundados de interesse público.

Na doutrina francesa distinguem-se os casamentos inexistentes dos casamentos nulos por anulação, da mesma forma que se distinguem os atos inexistentes dos atos nulos, não se ocupando os tratadistas especialmente dos casamentos nulos e anuláveis, pelo princípio geralmente aceito de que não convém, logicamente, separar as questões de inexistência e da nulidade dos atos jurídicos, na forma do comentário de *Julien Bonnecase*.²

Seguindo ainda na mesma linha, na teoria das nulidades no Direito Civil, de que essa parte é uma das mais obscuras que existem nessa ramificação científica do Direito, podemos "partir do próprio conceito de Ihering de que os contratos são corpos jurídicos, estabelecendo a fórmula de que as nulidades são as moléstias que afetam o ato jurídico, ou mortalmente - moléstias incuráveis, nulidades de pleno direito - ou deixando esperanças de vida - moléstias curáveis, nulidades dependentes de rescisão", conforme expressa *Martinho Garcez*.³

O novo Código Civil estabelece um duplo sentido, considerando nulo o casamento realizado pelo enfermo mental sem o necessário discernimento, no inciso I do artigo 1.548, e já admite que o ato do matrimônio civil poderia ser anulável, quando estabelece tal condição no inciso IV do artigo 1.550, ao transmitir

em seu texto que "é anulável o casamento do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento".

Ora, todo o enfermo mental é incapaz de consentir, gerando inclusive a dúvida na interpretação das expressões semelhantes em nosso vernáculo como "discernir" e "consentir", quando o próprio *Dicionário Aurélio* estabelece uma vinculação ao ato de discernir com o de julgar, distinguir, conhecer claro, o que vem a harmonizar com o alcance do verbo incorporado da outra expressão, consentir, que é semelhante a concordar, aprovar, admitir, aquiescer e anuir. Todo enfermo mental, sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, é desprovido de capacidade para consentir; portanto, pairam dúvidas interpretativas ao analisarmos os dois incisos dos artigos 1.548 e 1.550. No meu entendimento, seria mais pertinente que fosse excluído o item I do artigo 1.548. Nos dias atuais, com o avanço da área neurológica da medicina, um enfermo mental pode ter momentos de lucidez e consentir com a realização de seu casamento, que por sua vez, pelo texto do novo Código Civil, seria totalmente nulo, quando, na realidade, está mais próximo da anulabilidade, mais compatível com o espírito que o legislador incutiu no inciso II do artigo 1.550 do novo Código Civil.

No inciso II do artigo 1.548, o legislador também estabelece de forma genérica que é nulo o casamento por infração de impedimento. Traduz nos incisos do artigo 1.521 os impedimentos para o casamento, idênticos, dos incisos I ao VII, aos do Código Civil vigente, que, em suma, com base nos impedimentos dirimentes, tratava com ênfase protetora a constituição da família de direito, aspectos ligados à eugenia (consangüinidade e afinidade), aspectos de ordem moral e dos bons costumes, quando veda o matrimônio de casados entre adotantes e adotados e, finalmente, entre o sobrevivente como condenado por homicídio ou tentativa de morte contra o seu consorte, esse aspecto no inciso VII. Muito embora vede o legislador o casamento nessa última hipótese, o próprio novo Código Civil e outras legislações vigentes estabelecem os critérios para a constituição de uma união estável, o que poderia ser eventualmente a opção dos impedidos de se casar por tais motivos.

Art. 1.549. A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público. Portanto, o casamento é nulo quando vigoram certos impedimentos que o legislador atribui uma grande importância e que de nenhum aspecto possam oportunamente ser os mesmos sanados. O vínculo está envolvido num princípio dirimente público absoluto.

As nulidades são as causas da invalidade do casamento; elas determinam a ineficácia do ato e assentam-se em motivos de ordem pública. Classificam-se em absolutas (quando podem ser invocadas pelo Ministério Público) e também se assentam em motivos de ordem privada (quando são consideradas relativas mas só podem ser invocadas pelas pessoas em cujo prejuízo foram

estabelecidas). Nessa linha de pensamento, a tradicional doutrina de Sá Pereira: "quer nos atos jurídicos, quer nos casamentos, o interesse geral é que domina as nulidades absolutas, com esta diferença porém: naqueles a sua posição é sempre a mesma, ao passo que, neste, ele se desloca, e ora está na anulação, ora está na manutenção do casamento" ⁴

Para a obtenção do título de nulidade do matrimônio, é necessária a postulação no Poder Judiciário de uma ação específica, tendo por objeto a sentença declaratória de nulidade do ato jurídico. A parte ativa da lide poderá ser qualquer interessado: o próprio que integrou o ato, herdeiros necessários que possuam interesse na nulibilidade do matrimônio, tutores, curadores ou mesmo o Ministério Público. Por sua característica singular, ou seja, por não ter sido estabelecido o vínculo da relação jurídica entre as partes, esse tipo de ação de nulidade é imprescritível.

Qualquer cidadão, mesmo que não possua interesse direto na lide, pode, por meio de documentos que comprovem a incidência de um impedimento traduzido nos incisos I a VII do artigo 1.521, mobilizar o Ministério Público, para que este promova a ação declaratória de nulidade do casamento, por envolver aspecto que colide com os princípios de ordem pública que envolvem a natureza jurídica constitutiva da família, protegida pela Constituição.

O próprio artigo 1.529 do novo Código Civil estabelece que os impedimentos devem ser comunicados e opostos em declaração escrita e assinada, instruída com as provas do fato alegado que impedem a realização do casamento. Ora, se o ato foi realizado e tais provas vierem a ser conseguidas num futuro próximo ou distante, pouco importa, um ato nulo não tem validade, portanto poderá a referida ação ordinária declaratória de nulidade do ato jurídico ser intentada por qualquer interessado, inclusive pelo Ministério Público, visando a proteção da pureza e seriedade do casamento, instituto constitutivo da família.

Art. 1.550. É anulável o casamento:

- I - de quem não completou a idade mínima para casar;
- II - do menor em idade núbil, quando não autorizado, por seu representante legal;
- III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;
- IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;
- V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;
- VI - por incompetência da autoridade celebrante.

Parágrafo único. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

Os incisos I e II falam sobre a idade mínima para o casamento, rezada pelo artigo 1.517 do novo Código Civil, quando estabelece que tanto o homem quanto a mulher podem se casar aos 16 anos de idade, o que diferencia do Código Civil vigente, que estabelecia como idade núbil para a mulher os mesmos 16 e para o homem 18 anos de idade. O novo legislador, embora tenha fixado tais idades, deixou flutuante a possibilidade de se contrair matrimônio até mesmo com idade inferior à núbil, quando estabelece no artigo 1.520 a exceção da permissão do casamento para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal ou no caso de gravidez da mulher. Seria o caso até mesmo de se possibilitar o casamento de uma menina de 10 anos de idade que teve sua primeira menstruação precoce e, em razão de um breve e rápido relacionamento sexual com um jovem de 18 anos de idade, restou grávida. Não existe empecilho em duplo sentido, ou seja, o novo Código Civil permite o casamento porque resultou em gravidez da mulher e, eventualmente, para evitar o sancionamento penal do jovem de 18 anos de idade, quando sabemos que a reforma do Código Penal, em tramitação no Congresso, se inclina pela descriminalização da sedução. A nova legislação já nasce com vício interpretativo, no que tange aos casos de casamentos excepcionais pelo fator etário.

A família é a básica instituição da sociedade humana e o casamento, como se disse acima, é o seu ato formal constitutivo. Não se pode conceber, falando seriamente, que no início de um novo século uma legislação obrigue e imponha aos jovens imaturos, de cuja relação sexual resultou uma gravidez, que se casem e constituam uma família, quando ainda não possuem discernimento para alcançar os aspectos sublimes da constituição de uma família.

O inciso I do presente artigo estabelece a possibilidade anulatória do casamento de quem não completou a idade mínima para se casar, fixando o artigo 1.555 e seus parágrafos o prazo de 180 dias, contados do dia em que completou a maioridade civil, para intentar a anulação do matrimônio. Portanto, esse é um prazo decadencial, pois não se concebe a dilação ou a interrupção do mesmo. Seria conveniente analisarmos que o próprio novo Código Civil, nos artigos 1.525 e seguintes, estabelece o processo de habilitação matrimonial, em que se exige que o requerimento para a habilitação seja firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, devendo ser instruído com a certidão de idade ou prova equivalente. Adita ainda o artigo 1.527 que estando em ordem a documentação, o oficial extrairá o edital, publicará na imprensa local, dando publicidade ao ato jurídico solene que será realizado. Os artigos subsequentes, 1.531 e 1.532, ainda outorgam ao oficial o poder de fiscalizar a documentação da habilitação para o casamento ser realizado no prazo de 90 dias da eficácia da habilitação. Como podemos entender o fato de o legislador permitir que se torne anulável um casamento de quem não completou a idade mínima para se casar (16 anos)? Considera o legislador a possibilidade de erro do oficial, de fraude cometida por

jovens imaturos ou até mesmo imberbes que pretendem se casar omitindo ou utilizando documentos falsos envolvendo a respectiva idade? Ou tal anulação se encaixa justamente nos casos em que o legislador admite o casamento em idade inferior a 16 anos, quando contraído com os aspectos do artigo 1.520, ou seja, para cultivar a atenuação de uma pena? Assim, o agente de um crime de sedução se casaria com uma jovem em idade inferior à legal, e, quando a jovem completasse a maioridade civil, se legitimaria no direito de propor uma ação de anulação de casamento, no prazo de 180 dias, contados da data em que completou a maioridade civil. A interpretação dessa norma, conjugada com as demais que estamos analisando, estimulará fraudes constantes e trará a possibilidade de ser o instituto do matrimônio desvirtuado de seu real objetivo, que é o da constituição da família, protegida e amparada pelo Estado, conforme reza a Constituição Federal em seu artigo 226.

Para harmonizar os aspectos do prazo decadencial para a propositura de uma ação anulatória, com fundamento no inciso II do artigo 1.550, legitima o novo legislador, no parágrafo único do artigo 1.555, as possibilidades da utilização pelos representantes legais dos menores ou pelos herdeiros necessários destes, estabelecendo igual prazo, ou seja, 180 dias contados do ato jurídico do matrimônio (quando tiver a intervenção dos representantes legais), ou, no caso dos herdeiros necessários, contados da data do óbito do incapaz.

O inciso III do artigo 1.550 determina que é anulável o casamento, por vício da vontade, nos termos dos artigos 1.556 e 1.558 do novo Código Civil, estabelecendo que somente quando caracterizado o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Aqui redundam o novo legislador com os mesmos aspectos que versa o Código Civil vigente, reduz e limita, para efeitos anulatórios, quando da incidência do erro essencial, e não o erro interpretado de forma ampla e irrestrita como a noção inexata e falsa de alguma coisa. Conceitua o legislador o que significa o dito "erro essencial", aliás já interpretado e comentado por Carvalho Santos em seu *Código Civil brasileiro interpretado*.⁵ "o erro essencial, suficiente para tornar anulável qualquer ato, se ele influiu para a declaração da vontade, em se tratando de casamento não é bastante. A lei exige mais; somente o erro essencial quanto à pessoa de um dos cônjuges autoriza o outro, vítima do erro, a pedir a anulação do casamento; e ainda, assim mesmo o erro essencial quanto à pessoa carece ser de tal gravidade que seja capaz de justificar a anulação, por tornar insuportável a vida em comum".

Em suma, o erro tem que ser grave, ou melhor, gravíssimo, envolvendo os aspectos morais.

Na caracterização do vício da vontade, a parte lesada deve evidenciar que se casou com alguém cujas condições ou qualificações eram diversas das que imaginava e levaram à insuportabilidade da convivência. Teve a volição de casar com certa e escolhida pessoa que se revestia de condições ideais

para a constituição de uma família, e, na realidade, ao consentir e expressar sua vontade, estava ela viciada com a maquiagem ou mesmo pelo dolo do outro parceiro.

Descreve o legislador os aspectos que permitem a alegação do erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge nos incisos I a IV do artigo 1.557.

Ainda no artigo 1.550, em seu inciso III, fala o novo Código Civil da anulabilidade também nos aspectos do artigo 1.558, que envolve a vontade obtida sob constrangimento iminente caracterizado pela coação. Não exalou a liberdade, a condição segura de não estar emitindo, dentro de um natural equilíbrio, a sua vontade necessária para a validade de um ato jurídico, notadamente o mais solene de todos, que é o matrimônio. Portanto, também anulável torna-se o casamento quando um ou ambos os cônjuges tiveram as respectivas vontades invadidas por um temor que viciou a intenção sublime de contrair núpcias.

O inciso IV tem correlação com o inciso I do artigo 1.548. O novo Código Civil reduziu a maioridade civil para 18 anos e a idade núbil de ambos os sexos para 16 anos, muito embora interpretando os artigos 1.551, 1.553 e o 1.520 desse mesmo diploma, podemos admitir casamentos com idade inferior a 16 anos. Ora, o incapaz de livremente manifestar sua vontade ou consentir, compara-se ao enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil (art. 1.548, inc. I). Ambos estão inviabilizados de serem ativos na relação jurídica constitutiva do ato solene do casamento, só que o novo legislador estabelece que no primeiro caso, ou seja, do inciso IV do artigo 1.550, o ato é anulável e no segundo (art. 1.548, inc. I) é nulo. Tanto o novo Código Civil como o Código Civil vigente estabelecem o mesmo prazo, prescricional para a propositura da ação anulatória, tendo sido apenas modificado o termo *a quo*. O Código vigente estabelece o prazo de seis meses, contado da data em que cessou a incapacidade, e no novo Código Civil conta-se o prazo de 180 dias da data de celebração do casamento. Ora, o princípio geral de direito de que os prazos não contam para os incapazes não está sendo aplicado notadamente quando legitima o próprio menor, no caso "incapaz de consentir", para iniciar um feito dessa natureza anulatória, conforme o inciso I do artigo 1.552. O mais habitual será a inércia do incapaz durante sua menoridade civil e, distando mais de 180 dias da realização do ato jurídico, ficará ele sacramentado, certo e consagrado. Inviabiliza-se qualquer iniciativa anulatória, por não ter o próprio incapaz tomado uma iniciativa que no meu entender somente poderia ser inaugurada por intermédio de representante legal ou quando atingisse a maioridade civil. O legislador, como padrão desse novo Código, traz regras incomuns, não enraizadas em nossos *mores* e de futura aplicação dificultosa e insegura para a cidadania.

É importante verificarmos que nas próprias regras encontramos saída para o "menor que não atingiu a idade nupcial" (art. 1.553). Ele poderá, quando atingi-la, intentar ação anulatória. O mesmo legislador, de forma distinta,

dando autonomia ao menor, inclusive com prazos fatais (inc. I do art. 1.552 e inc. I do art. 1.560).

O inciso V do artigo 1.550 inaugura um princípio no novo Código Civil. Muito próximo do erro ou num sentido inverso de uma reserva mental, estabelece o legislador que é anulável o casamento realizado por procuração quando o outorgado estivesse de boa-fé utilizando um mandato já anteriormente revogado, sem seu conhecimento. Ressalva apenas que tal anulação não poderá ser intentada pelos mandatários se, após o ato solene, tiver sobrevindo coabitação entre os cônjuges. Vivemos na era da informática, da rapidez nos meios da comunicação eletrônica, que ultrapassaram a agilidade do fax. Ora, será crível que o outorgante não tenha tempo suficiente para cassar uma procuração anteriormente firmada para o fim específico da realização nupcial? Esse inciso será de pouca ou nenhuma aplicação, embora seja novidade sua inserção no campo da invalidade do casamento. Estabelece também o legislador que tal não se aplica quando sobrevenha uma coabitação entre os cônjuges. No próprio campo do direito dos conviventes não se chegou ainda a uma interpretação uníssona no que tange à expressão coabitação, se considerada uma permanente e constante vida sob o mesmo teto ou simplesmente residir em imóveis distintos, com pernites revezados na residência de uma ou da outra parte. Seria o caso de se engendrar uma fraude, ao se constituir mandatário para a representação no ato jurídico, requerendo-se dias após a assinatura, mas antes da realização do ato, a respectiva cessação dos efeitos da outorga junto à Notaria Civil. Conviveriam em residências distintas e qualquer motivo torpe ou pueril, justificando um rompimento, daria continuidade à ciência da revogação ao mandatário. Não existe prazo estabelecido nem é clara a aplicação dessa nova regra.

O mesmo legislador fala no parágrafo único desse mesmo artigo 1.550 que "equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada". Outra vez, procura-se remendar os termos de um inciso (V) de um artigo que raramente será utilizado por nubentes ou cônjuges.

O artigo VI fala da incompetência da autoridade celebrante. A Lei de Registros Públicos (n. 6.015/73) regula as formalidades do ato jurídico do casamento, no que tange à autoridade celebrante (que pode ser inclusive religiosa ou mesmo civil), sendo estas reguladas pelos Códigos de Organização Judiciária de cada Estado. Em alguns existe a função do Juiz de Paz, noutros os equivalentes aos antigos Pretores, os próprios Magistrados e até mesmo os Oficiais Titulares dos Cartórios de Registro Civil.

O novo Código Civil peruano, promulgado em 1985, trata dessa matéria em seu artigo 277, inciso 8, quando expressa: "de quem, de boa fé o celebra ante funcionário incompetente, sem prejuízo da responsabilidade administrativa, civil ou penal do respectivo funcionário. A ação corre onde

unicamente ao cônjuge ou cônjuges de boa fé e deve ser interposta dentro de seis meses seguintes à celebração do matrimônio".

No mesmo sentido o Diploma Civil chileno editado ainda no século XIX (1884), que ainda vige, e trata da matéria em seu artigo 16, na Lei de Matrimônio Civil.

O Código Civil vigente (art. 208) considera nulo o casamento contraído perante autoridade incompetente. Se não reclamada pelas partes interessadas no prazo de dois anos, considera-se tal nulidade sanada.

Chegamos à conclusão que na lei civil vigente, mais uma vez, o formalismo do ato sobrepuja a sua substância. A competência do magistrado preterida devia ser causa de anulação do casamento, mas nunca de nulibilidade. No novo Código Civil a regra e o prazo prescricional são mantidos (art. 1.560-II), mas considera o legislador que é caso de anulação e não de nulibilidade, sendo mais correto esse entendimento.

Acresce também o legislador, neste artigo 1.550, parágrafo único, em que equipara à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada. É uma redundância desnecessária, pois a outorga revogada tem sempre o alcance de um mandato judicialmente cancelado, por decisão ou decreto judicial.

Art. 1.551. Não se anulará, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez.

Mister distinguir a procriação da constituição de uma família. Um novo Compêndio Civil, que se diz moderno e atual por ter retirado a possibilidade anulatória do casamento por ausência de virgindade da mulher, não pode ter inserido texto como o presente artigo, que bem se harmoniza com outro aberrante: O 1.520 do NCC.

Ora, uma jovem imatura, cujo corpo adquira uma precocidade hormonal a ponto de ter sua primeira menstruação aos 10 anos de idade, pode obviamente engravidar, mas não constituir uma família, pois sua experiência de vida é ainda muito tenra.

Por esse motivo, conjugando os dois artigos (1.520 e 1.551), concluímos que será permitido o casamento de menores com idade inferior à núbil, desde que tenha havido a confirmação da gravidez, evitando o sancionamento penal do homem, se imputável (18 anos), pelo crime da sedução. Ou mesmo, noutra hipótese, pode ser realizado um casamento entre uma jovem de 10 e um rapaz de 14 anos, se numa experiência de curiosidade sexual natural tenha a primeira engravidado. O mais grave nessa última hipótese é que, realizado o ato jurídico do casamento, não poderá ser ele anulado pelo fator etário. Parece que não estou vivendo no início do século XXI, pois sinto no atual legislador doses de rigorismos falsos, comuns na fase medieval ou mesmo no final do século XIX, quando os pais eram os responsáveis pela indicação dos namoros, noivados e casamentos de seus descendentes. As famílias eram muitas vezes constituídas por

interesses materiais, políticos e econômicos, numa rica sociedade rural, ainda com ranços de fases feudais advindas do Velho Mundo.

Enquanto a ciência desenvolve métodos anticonceptivos e de inseminação artificial, enquanto se discute a formação de clones humanos e a locação de úteros, ainda vemos regras que impõem casamentos e vedam sua anulação quando se trata da gravidez de menores com idade inferior à núbil.

Art. 1.552. A anulação de casamento da menor de dezesseis anos, ou do menor de dezoito anos, será requerida:

I - pelo próprio cônjuge menor;

II - por seus representantes legais; III - por seus ascendentes.

Cuida agora o legislador da legitimidade ativa e do interesse para relação jurídica processual de natureza anulatória de casamento.

O Código Civil vigente, em seu artigo 9º, trata da maioridade civil e das condições para a aquisição e o exercício pleno dos atos que a vida civil subjetiva aos cidadãos quando cessa a incapacidade relativa ou absoluta. O referido artigo estabelece que a menoridade termina aos 21 anos de idade, admitindo também antes dessa idade quando emancipado, após os 18 anos de idade, pelo casamento, pelo exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau superior ou pelo estabelecimento civil ou comercial com economias próprias.

O novo Código Civil teve também como característica a redução da maioridade civil dos 21 para os 18 anos e estabelece em seus artigos 4º e 5º que os maiores de 16 anos são considerados relativamente capazes, podendo realizar alguns atos excepcionais da vida civil e, novamente nesse último artigo, enfatiza que se adquire a maioridade civil pelo casamento (inciso II).

Na análise do artigo que ora se comenta, o inciso I somente legitimaria o menor de 16 anos de idade a se tornar ativo numa ação anulatória de casamento, se tiver casado, nos casos excepcionais já tratados nos artigos anteriores, isto é, que tenha contraído núpcias, representado por seus responsáveis, com fundamento no artigo 1.520 e/ou no artigo 1.551. Com a aquisição desta forma da capacidade plena, ou seja, da maioridade civil, poderiam os jovens individualmente postular a anulação de seus respectivos casamentos, antes mesmo da idade núbil, como reza o artigo 1.552-I.

No inciso II, possibilita a propositura da anulação de casamento por seus representantes legais. Ora, se o menor de 16 anos de idade já adquiriu sua capacidade plena de ação para os atos da vida civil, não vejo a necessidade de criar novo inciso, no mesmo artigo do novo Código Civil, que ressuscite e devolva ao representante legal a capacidade de agir em nome do cônjuge menor a ação desta natureza. Aí entendo que o legislador intencionou outros casos excepcionais em que o cônjuge menor, que já adquirira a capacidade plena, esteja acometido de algum mal que não o legitime à prática dos atos da vida civil.

No inciso II, volta com outras letras a transmitir o mesmo sentido do inciso II do artigo 1.550. Normalmente, os menores possuem como representantes legais seus ascendentes, o que incoorre em casos excepcionais. Se emancipados pelo casamento, não teriam mais a necessidade de serem representados em ações anulatórias por seus representantes legais (inciso II) e nem por seus ascendentes (inciso III). Só compreendo esses dois incisos do artigo 1.552 como um excesso de zelo incomum do novo legislador ou uma colisão de sentido e alcance na interpretação das novas regras. Ou se emancipa com o casamento ou continua o cônjuge menor, de idade inferior à núbil, vinculado aos seus representantes legais ou ascendentes para os atos da vida civil. Isso evidencia a dubiedade e insegurança que caracterizam esse novo diploma.

Art. 1.553. O menor que não atingiu a idade nupcial poderá, depois de completá-la, confirmar seu casamento, com a autorização de seus representantes legais, se necessária, ou com suprimento judicial.

O menor de idade inferior à núbil, como já comentamos, que tenha se casado com autorização de seus representantes legais ou ascendentes, pelo que se lê da nova legislação, adquire a capacidade para a vida civil (art. 5º, nCC). Ora, com sua capacidade plena e absoluta, outorgada pela legislação que incrivelmente permite a constituição de uma família legítima (casamento) por infantes e imaturos, volta a trazer a insegurança à sociedade quando devolve aos mesmos menores "casados" o direito de ratificar ou não o ato jurídico do matrimônio, quando atingirem a idade núbil, com a autorização de seus representantes legais, se necessário, ou com o suprimento judicial. Chegamos a mais uma situação flagrantemente dúbia do novo legislador. Ou com o casamento se adquire a capacidade plena civil, conforme estabelece o artigo 5º do novo Código Civil, ou ainda na fase da complementação da idade núbil se tem por dever a ratificação do casamento, ainda mais se imperiosa a participação em tal ato do representante legal do menor ou ainda com o suprimento judicial. Quem seria legitimado para a iniciativa do suprimento? O representante legal não necessita, pela leitura do artigo 1.553. O menor, por sua vez, já poderia ter realizado atos da vida civil como uma compra e venda de imóveis, por sua conseqüente emancipação pelo casamento, mas agora, já capaz, teria de ratificar sua capacidade, adquirida anteriormente com o casamento realizado antes da idade núbil? Ou será que o legislador facultou, não impôs? A regra seria de utilização meramente facultativa. O legislador autorizaria um casamento antes da idade núbil, mas ratificável tal ato jurídico após a complementação dessa idade pelas partes envolvidas?

Com todo o respeito, outra regra insegura e plena de dubiedade.

Art. 1.554. Subsiste o casamento celebrado por aquele que, sem possuir a competência exigida na lei, exercer publicamente as funções de juiz de casamento e, nessa qualidade, tiver inscrito o ato no Registro Civil.

O comentário a essa regra está inserido nos termos que analisamos o inciso VI do artigo 1.550. O princípio geral do direito de "in dubio pro matrimonio" é perfeitamente aplicável a essa norma jurídica.

Outrossim, com o advento da Constituição de 1988 e das Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96, todo ato formal que não tenha obedecido as regras solenes inerentes ao casamento servirão oportunamente de prova incontestável para a caracterização de uma união estável, recebendo igualmente do Estado a proteção jurídica idêntica e sem qualquer discriminação, pelo princípio isonômico que norteia a Carta Magna e o novo Código Civil.

A inscrição do ato religioso ou mesmo civil, na circunscrição, tem o prazo de 30 dias ditado pela Lei n. 6.015/73, que não é infalível e nem decadencial. É comum as habilitações de casamento por ambos os cônjuges firmadas serem inscritas além do prazo estabelecido no citado diploma, pois muitas vezes o Registro Civil é distante dos lugarejos onde as famílias rurais se constituem e dentro de suas culturas realizam o casamento.

Art. 1.555. O casamento do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal, só poderá ser anulado se a ação for proposta em cento e oitenta dias, por iniciativa do incapaz, ao deixar de o ser, de seus representantes legais ou de seus herdeiros necessários.

§ 1º O prazo estabelecido neste artigo será contado do dia em que cessou a incapacidade no primeiro caso; a partir do casamento, no segundo; e, no terceiro, da morte do incapaz.

§ 2º Não se anulará o casamento quando à sua celebração houverem assistido os representantes legais do incapaz, ou tiverem, por qualquer modo, manifestado sua aprovação.

A presente regra tem vinculações com o artigo 1.550, inc. I, e artigos 1.517, 1.520, 1.553, bem como com o artigo 5º do novo Código Civil.

O artigo 1.550, em seu inciso II, fala da anulabilidade do casamento do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal, vindo agora o artigo 1.555 estabelecer o prazo para o ingresso da ação de anulação do casamento, em 180 dias, por iniciativa do próprio incapaz, contado do dia que deixou de ser. Estende também a possibilidade do mesmo prazo a seus representantes legais ou a seus herdeiros necessários, sendo que o prazo para a propositura da ação contaria a partir do casamento, para os representantes legais, e da morte do incapaz, para os herdeiros necessários.

Em suma, o *caput* do artigo é redundado no parágrafo primeiro do mesmo enunciado, apenas trazendo o legislador maior clareza e objetividade nesse último parágrafo.

A seguir, no § 2º do artigo 1.555, estabelece que não se anulará o casamento em que de forma direta ou indireta tiveram participado ou "assistido os

representantes legais do incapaz, ou tiverem, por qualquer modo, manifestado sua aprovação".

Estamos falando do menor em idade núbil, portanto, com 16 anos completos.

Portanto, a nova regra parece inócua e ao mesmo tempo redundante se tomarmos leitura atenta aos artigos 1.550, 1.517, 1.520 e também ao artigo 5.º do novo Código Civil. É infantil crermos que um menor entre 16 e 18 anos de idade possa de forma simples e fácil providenciar a habilitação de seu casamento frente a autoridade do Registro Civil. A própria aparência natural do relativamente incapaz criaria um obstáculo para a admissão de seu processo de habilitação. Caberia a esse próprio menor a iniciativa quando completasse os 18 anos de idade para propor a ação anulatória, no prazo de 180 dias da aquisição da maioridade civil (18 anos).

Os representantes legais teriam o prazo para requerer a anulação, contado o mesmo prazo (180 dias) da data do ato jurídico. Ora, e se eventualmente não tiveram conhecimento da data solene da realização do ato? Melhor seria que a legitimidade para a intervenção no Poder Judiciário fosse contada da data em que tiveram ciência de qualquer forma do ato e não da realização deste, o que traria também outras inseguranças interpretativas.

Os herdeiros necessários poderiam propor feito anulatório da data do óbito do incapaz. Essa possibilidade apenas seria oportuna se o menor núbil tivesse realizado seu casamento por um regime de bens em que o patrimônio fosse comunicativo, o que no meu entender seria uma raríssima exceção, que, além de conseguir se casar com tal idade diante de uma autoridade competente, ainda teria de se submeter à realização formal de um pacto antenupcial, firmado diante de outra autoridade notarial competente.

Culmina o legislador com o óbvio, ou seja, a inviabilidade anulatória em decorrência de qualquer forma participativa dos representantes legais do menor. Ora, se o casamento é um ato extremamente solene e formal, no qual a sua publicidade é condição para a validade do ato, como poderíamos conceber da participação dos representantes legais no recinto onde estava realizando o ato, sem que os mesmos tivessem participado objetivamente do processo habilitatório. É bisonho esse entendimento, muito fantasioso e fora da realidade do que a norma séria e objetiva deveria conter. São fatores praticamente impossíveis de ocorrer e que não mereceriam o destaque dado pelo legislador.

Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

A nova legislação estabelece que o casamento pode ser anulado por vício de vontade de um dos nubentes, se houver, por parte deste, ao consentir

erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge. O novo Código traduz a regra subsequente o que é erro essencial.

Como todo ato jurídico, o casamento só é válido se isento de vícios. De todos os vícios, somente são considerados no casamento o erro e a coação. Aliás, como bem explica Orlando Gomes,⁶ "por essa teoria, os vícios do consentimento são apenas o erro e a coação, submetidos a regras particulares. O dolo não vicia o casamento. Na França, justifica-se sua exclusão, invocando-se a famosa frase de Loysel: no casamento, engana quem pode. Evidente, no entanto, que pode determinar a anulação do casamento, se for a causa de um erro, dos que viciam o casamento".

O legislador, no artigo seguinte, descreve qual o erro essencial que justifica a anulação do casamento, e o artigo 1.558 dá ênfase para a coação.

Não afasto a possibilidade de um casamento ser realizado por simulação, em que as partes envolvidas no ato jurídico pretendiam obter vantagens ilícitas de terceiros com a utilização do matrimônio, o que deveria de ser denunciado ao Ministério Público, para que se legitimasse na condição ativa para a propositura da ação. Ou até mesmo eventualmente os herdeiros necessários poderiam intervir como autores, quando comprovassem que o casamento teve por objetivo formalizar uma relação sucessória entre as partes com o objetivo de uma vantagem para um ou para os dois cônjuges. O mesmo ocorreria, para fins de benefício previdenciários, *post mortem*. É muito complexo e subjetivo esse entendimento, mas não afasto nos dias atuais a possibilidade de ser engendrado o ato com finalidade distinta da constituição de uma família.

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I - aquilo que diga respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;

IV - a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

A teoria do erro essencial no matrimônio, pela sua índole, pela característica *sui generis* do contrato e pelos interesses sociais que a ele se ligam, é totalmente diversa da teoria do erro, nos atos jurídicos ordinários, como explica Demolombe.⁷

No mesmo sentido, entende Pothier,⁸ quando reconhece que todas as vezes que "a consideração da pessoa com quem se contrata, entra por qualquer causa no contrato, o erro destrói o consentimento e torna o contrato nulo.

Nos dias atuais, não mais interpretamos como condição de nulidade mas sim de anulação, pois se devolve ao cônjuge enganado as possibilidades subjetivas da caracterização do erro para justificar a anulação do ato. O erro não passa de um estado da mente, que por defeito do conhecimento do verdadeiro estado das coisas impede uma real manifestação da vontade. "Casei-me com uma pessoa que na realidade era outra."

Eduardo Espínola,⁹ esclarece que "há erro essencial de pessoa, desde que pela consideração de suas qualidades individuais, que entra no ato jurídico como parte de sua realização, influenciando e determinando a formação da vontade, a fim de constituir o ato do casamento, a pessoa que se matrimonia não corresponde à habilitação da pessoa para matrimoniarse.

Tanto o homem como a mulher podem ser vítimas de erro quanto às qualidades das pessoas, repercutindo na natureza da própria relação jurídica em constituição. O erro, por sua própria qualidade essencial, vicia o ato do casamento em sua substância. Convenhamos apenas que o erro essencial de pessoa é de tal natureza importante que, segundo a subjetiva concepção geral de vida e a experiência, o iludido não teria realizado o ato se soubesse da realidade. O erro essencial de pessoa se assenta sobre sua ignorância e desta se distingue virtual e potencialmente, pois é da ausência completa do conhecimento do fato prejudicial que se evidencia a ignorância em que o erro se forma, impedindo que a vontade se manifeste com todo o alcance pretendido. Dessa forma, o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge só invalida o casamento porque tem ação sobre a vontade do cônjuge enganado, determinando que tal vontade não se pronunciasse em caso de conhecimento das circunstâncias imprevistas, só verificadas após a consumação do ato jurídico.

O inciso I do artigo 1.557 fala da identidade, da honra e boa fama, sendo que esse erro, conhecido depois do casamento, torne insuportável a vida em comum. Ora, vivemos no início de um século em que os meios de comunicação são evoluídos, permitindo a todos acesso às redes de informática e "sites" diversos, nos quais podemos perquirir o passado e as origens de um pretendente ao matrimônio. Tal regra poderia ser aceita no início do século, aliás como existia no bojo do próprio Código Civil vigente. Mas já que estamos, diante de um novo compêndio, não vejo como a identidade, a honra ou a extrema subjetividade da boa fama possam ser elementos importantes, hoje, para caracterizar um erro essencial que torne insuportável a vida em comum, justificando o decreto anulatório do casamento. Boa fama para o cônjuge enganado pode não ser interpretada assim pelo próprio magistrado que está analisando o feito na fase

probatória. São excessivamente pessoais as considerações desse inciso, que a meu ver se transforma em outra regra inócua trazida pelo legislador.

O inciso II fala de ignorância de crime anterior ao casamento, que dê também o clima de insuportabilidade à vida em comum. Voltamos à mesma tecla quando afirmamos que vivemos na era da informática, em que os meios de pesquisas facilitam às partes saber com quem está saindo, namorando ou casando. A natural convivência dos casais, inclusive sexual e de coabitação, leva à intimidade, facilitando o conhecimento da vida anterior de ambos envolvidos na relação afetiva que resultaria no matrimônio. Ninguém normalmente se casa com a pessoa que conheceu nas últimas horas. Até mesmo o processo de habilitação toma, aproximadamente, mais de 15 dias, para a autorização do matrimônio, apenas se excepcionando os raros casos de antecipação desse prazo, e assim mesmo autorizada pelo juiz ou autoridade competente. Os meios de divulgação da imprensa estão diariamente evidenciando os crimes, notadamente os que poderiam repercutir a ponto de tornar insuportável a convivência o seu conhecimento posterior ao casamento.

O inciso III fala de problemas médicos envolvendo defeitos físicos irremediáveis, moléstias graves e transmissíveis capazes de pôr em risco a saúde do cônjuge enganado ou a da descendência das partes envolvidas.

Novamente voltamos a enfatizar que vivemos noutra era. Todos os defeitos físicos das partes são hoje previamente conhecidos pelos nubentes, que depois de casados não poderão em proveito próprio denunciá-los com o objetivo de obter uma anulação de casamento. Isso poderia ser interpretado como uma verdadeira simulação das partes envolvidas, visando o desfazimento do vínculo, notadamente quando para essa finalidade o novo legislador outorgou o prazo de três anos.

O legislador não previu a possibilidade anulatória do casamento por ausência da virgindade da mulher, o que não se coaduna com a modernidade exigida em um novo Código Civil. Teremos então que buscar na epilepsia, sífilis, tuberculose, morfêia e na lepra as doenças mais comuns da década de 10 a 50 do século passado que justificavam o decreto anulatório do casamento, por desconhecimento prévio do cônjuge enganado. Podemos hoje admitir, com o avanço da medicina, que muitas dessas moléstias já são curáveis ou, quando não, facilmente visíveis. Repetimos que os nubentes de hoje já experimentam a convivência prévia e salutar ao casamento, optando pela constituição da família, pelo casamento ou mesmo pela união estável, ambos garantidos pela própria Constituição em seu artigo 226. Os defeitos físicos como sexo dúbio, pênis duplo, infantilismo, elefantíase árabe, hérnias inguinais volumosas, ulcerações no pênis ou mesmo amputação deste seriam os motivos de antigamente para justificar uma anulação de casamento por desconhecimento prévio do cônjuge. Hoje, não vemos como esses males possam justificar uma ação anulatória, pois o conhecimento

prévio do corpo ou mesmo a convivência dos nubentes afastam por completo a eficácia dessa norma, mais adequada ao princípio do século passado.

O inciso IV fala de doença mental grave que por sua natureza torne insuportável a vida em comum. Seria talvez o único item admissível do artigo 1.557, pois a doença mental, muitas vezes, surge ou se exterioriza independentemente de nossa vontade, muito embora os exames neurológicos já possam antever tais males, quando realizados com antecedência. Uma esquizofrenia ou uma psicose maníaco-depressiva, descobertas durante os primeiros anos da vida conjugal, justificariam o processo anulatório.

Art. 1.558. É anulável o casamento em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua e de seus familiares.

O artigo 1.560, em seu inciso IV, dá o prazo de quatro anos para efeitos do início do processo anulatório.

Os coactos têm falta de liberdade para consentir, exercida que é a coação física ou moral, para se obter o consentimento por sugestão, por medo ou mesmo pela força. Clóvis Beviláqua¹⁰ comenta que "na coação moral há a `vis compulsiva' e na física a `vis absoluta' que é a violência. Tanto o coacto moral, quanto o coacto físico tanto aquele que está num estado de espírito tal que perde a energia moral e a espontaneidade de querer, realizando automaticamente tudo o que lhe existe, quanto aquele que se submete ao desenvolvimento de uma forma material irresistível, são impedidos de casar, pelo que são nulos os seus casamentos, se provadamente celebrados na constância da coação física ou moral".

A doutrina falava que para a coação viciar a manifestação da vontade para o casamento, deveria ser fundada em temor de dano à sua pessoa, à sua família ou a seus bens, em condições iminentes, de tal sorte que para se qualificar a coação, seria necessário que a declaração do consentimento do nubente não se fizesse, se essa vontade fosse expressa livremente. É a violência atuando sobre a formação da vontade jurídica, tirando-lhe não a consciência, o conhecimento exato do negócio e dos efeitos de sua declaração, mas a espontaneidade que deve existir quando o processo é normal.

Será admitido que nos dias atuais um coacto possa denunciar que se casou nesse estado e somente tenha constatado tal *status* quatro anos após? Essa é outra aberração do novo Código Civil que infernizará o Poder Judiciário com ações abusivas. Será facilitado o conluio jurídico, pois o casal poderá tentar obter anulação de casamento, quando separados de fato há mais de dois anos ou de direito há mais de um, poderiam obter simplesmente o divórcio, finalizando da mesma forma o vínculo que criaram no ato jurídico do matrimônio. Vamos ter a indústria da anulação de casamento suplantando o divórcio.

Essa é outra falha grave do novo legislador, que outorga um prazo muito extensivo para o início do processo anulatório, com base na coação que é um estado de espírito iminente, exteriorizado pelas próprias partes, notadamente quando o matrimônio é um ato solene *ad solemnitatem* com características singulares para sua realização. Poderia fingir ou maquiar o nubente diante do juiz de paz ou da autoridade que celebrará o casamento? E, mesmo assim, seu estado de coacto, somente o evidenciaria passados quatro anos, quando ele se utilizaria, um dia antes desse momento, da possibilidade anulatória do casamento por tal motivo, ou seja, a coação? É repudiável essa nova regra que favorecerá fraudes e simulações no Poder Judiciário.

Art. 1.559. Somente o cônjuge que incidiu em erro, ou sofreu coação, pode demandar a anulação do casamento; mas a coabitação, havendo ciência do vício, valida o ato, ressalvadas as hipóteses dos incisos III e IV do artigo 1.557.

É evidente que o ativo de uma relação jurídica processual em feitos anulatórios de casamento tem de ser a parte lesada ou ofendida, cujos vícios envolvidos no ato justificarão a propositura da lide. Veda-se a utilização da própria torpeza para a obtenção de vantagens no Poder Judiciário. Ressalva o novo legislador que o ato seria validado se houvesse a coabitação com a ciência do vício, apenas afastando os aspectos dos incisos III e IV do artigo 1.557, que tratam justamente do defeito físico irremediável, moléstias graves, transmissíveis por contágio ou herança, e o desconhecimento de doença mental grave anterior ao casamento, e, em qualquer hipótese, com evidência da insuportabilidade da vida em comum.

Voltamos a bater na mesma tecla. O legislador deu às partes a faculdade de utilizar o Poder Judiciário para tornar anulável um casamento em prazos mais extensos quando poderiam, por outros meios mais cristalinos, conseguir o mesmo objetivo, ou seja, o desfazimento do vínculo por meio da propositura de um divórcio pelo fator temporal. A prova da coabitação seria a defesa do passivo para evitar a anulação do casamento por tais motivos. Tal prova é muito subjetiva e sua aceitação estimula em demasia a utilização de fraudes. A alegação do autor de ação dessa natureza, com tais motivos, por exemplo de coação, não sendo no prazo legal contestado, qual seria a posição da defensoria do vínculo ou do Ministério Público para afirmar que estariam as partes num evidente conluio, visando obter o cancelamento do matrimônio mediante um feito anulatório? Que elementos teriam *o parquet* e o órgão defensor do vínculo para provar uma coabitação?

Ora, como dissemos, vivemos um mundo distinto, onde as partes já convivem antes mesmo da constituição do matrimônio. Os nubentes já se conheceram intimamente e não existem mais tabus ou segredos que possam

caracterizar ou levar um casamento a ser realizado por coação, e as doenças graves e transmissíveis já são conhecidas pelos próprios nubentes durante o período de namoro e da prévia convivência, tão comum nos dias atuais. Apenas admito que uma doença mental poderia evidenciar seu surgimento durante o período crítico inicial do casamento, ensejando uma anulação do matrimônio, com evidência da prova de acometimento desse mal incurável e muitas vezes transmissível à descendência, segundo algumas versões clínicas.

Art. 1.560. O prazo para ser intentada a ação de anulação de casamento, a contar da data da celebração, é de:

- I - cento e oitenta dias, no caso do inciso IV do art. 1.548 (1.550)
- II - dois anos, se incompetente a autoridade celebrante;
- III - três anos, nos casos dos incisos I a IV do art. 1.557;
- IV - quatro anos, se houver coação.

§ 1º Extingue-se, em cento e oitenta dias, o direito de anular o casamento da menor de dezesseis anos e do menor de dezoito, contado o prazo para o menor do dia em que fez essa idade; e da data do matrimônio, para seus representantes legais ou ascendentes.

§ 2º Na hipótese do inciso V do art. 1.550, o prazo para anulação do casamento é de cento e oitenta dias, a partir da data em que o mandante tiver conhecimento da celebração.

O Código Civil vigente estabeleceu o prazo máximo para os feitos anulatórios de casamento em dois anos, considerando-o inclusive decadencial.

O novo legislador veio a criar diversidade de prazos, já aqui comentados nas linhas anteriores.

Não poderia ter sido alterada a extensão desses prazos para a anulação do casamento. Tal modificação somente trará a possibilidade do estímulo das fraudes e dos conluíus de partes, visando obter uma anulação de casamento ao invés do divórcio, por mero capricho.

O inciso I fora objeto de apreciação quando dos comentários que fizemos do inciso IV do artigo 1.550, cuja redação que nos foi entregue pela relatoria da Comissão de Revisão do Código Civil imprimiu o artigo 1.548, que não possui inciso IV.

O inciso II desse artigo 1.560 também já foi objeto de comentário quando falamos sobre o artigo 1.554.

O inciso III também comentamos ao falarmos sobre os incisos I a IV do artigo 1.557, em que enfatizamos as críticas do prazo longo de três anos para o ingresso de ação anulatória de casamento.

Também nos manifestamos sobre o inciso IV quando comentamos os artigos 1.558 e 1.559, em que a tônica fora também o exagero do prazo para o início de feito anulatório, notadamente quando estiver caracterizada a

coação, tão exteriorizada pelas partes diante de uma autoridade imparcial que ali está para presidir a formalização do ato jurídico.

O § 1º desse artigo é repetido pelo artigo 1.555 e seus parágrafos, que foram também aqui comentados em linhas anteriores.

O § 2º desse artigo também envolve os comentários do inciso V do artigo 1.550 e também de seu parágrafo único. Ora, em qualquer hipótese a aplicação do princípio *in dubio pro matrimonio* se reflete nessa regra. O atual legislador preocupou-se em evidenciar que a simples coabitação das partes invalida a possibilidade anulatória, nos casos de erro ou de coação, pela expressão do artigo 1.559. Portanto, nos dias atuais não se concebe que uma demora na revogação de um mandato específico para a realização de um casamento por outorga possa levar tanto tempo que o mandante não conheça que o ato jurídico formal fora realizado com poderes extintos por sua iniciativa antes mesmo da utilização pelo mandatário no ato solene constitutivo do matrimônio.

Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

Estamos diante do que a doutrina denomina de casamento putativo e seus efeitos.

O Código Civil vigente trata dessa matéria em seu artigo 221. A boa-fé entra como elemento restritivo não só da nulidade como também da anulação dos casamentos eivados de vícios insanáveis ou mesmo sanáveis. Assim, embora nulo ou anulável, quando contraído de boa-fé, por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produzirá todos os efeitos civis, desde a data de sua celebração.

A referida boa-fé cria uma circunstância especial, em favor de um ou de ambos os cônjuges, que consiste na ignorância das partes ou na de uma delas sobre a existência de algum impedimento para a concretização da união conjugal.

Clóvis Beviláqua¹¹ pondera que "houve dúvidas, entre os autores, quanto à legitimidade dos filhos incestuosos e adulterinos, porque esses filhos não podiam ser legitimados por um casamento válido, alegava-se portanto que não o poderiam ser, e com razão mais forte, pelo casamento putativo, que é um casamento anulado a que a lei concede efeitos de validade". Acresce que "no casamento putativo, se apaga o vício que tornava o matrimônio insubsistente, porque por uma consideração de equidade, se imagina que tal vício não existiu até o momento em que foi pronunciada a nulidade e então aquele que se acha ligado

por vínculo matrimonial não pode, validamente, casar-se, como também não o podem os parentes em linha reta e na colateral até o terceiro grau, entretanto se de boa-fé contraírem o matrimônio, ignorando a impossibilidade legal existe, o Código lhes vem em socorro e os declara bem casados, até ao momento em que o poder judiciário reconheça e declare a existência dessa impossibilidade".

Em suma, um dos efeitos da anulação do casamento é ser o ato perfeito e acabado em relação aos cônjuges de boa-fé e aos filhos havidos de tal união.

Essa ficção de direito, traduzida pela putatividade no casamento, vem do Direito Canônico, assentada em preceitos morais muito mais que em elementos jurídicos. Lafayette Rodrigues Pereira,¹² conceitua casamento putativo como "o que sendo nulo, foi todavia contraído de boa-fé por ambos os cônjuges ou por um só deles. Em atenção à boa-fé dos cônjuges, a lei protege a união e dá-lhe todos os efeitos civis do casamento válido até a sentença de declaração de nulidade. Assim pois o casamento putativo, dissolvido pela sentença de nulidade pode ser corretamente equiparado ao casamento válido dissolvido pela morte de um dos cônjuges. Há entre um e outro identidade de efeitos. A validade do casamento putativo é como a do casamento verdadeiro, indivisível. Seria erro tomá-lo como válido para certos efeitos e ao mesmo tempo como nulo para outros. Se um só dos cônjuges andou de boa-fé, o casamento é reputado putativo em relação a ele e aos filhos; prevalecendo, porém a nulidade, com todas as suas características pelo que respeita ao cônjuge de má-fé".

Art. 1.562. Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial ou a de dissolução de união estável, poderá requerer a parte, comprovando sua necessidade, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade.

Já previa o Código Civil vigente, em seu artigo 223, redação semelhante, tendo o novo Código Civil estendido seu alcance às dissoluções das uniões estáveis.

Tais iniciativas são calcadas nas medidas cautelares previstas no inciso VI do artigo 888 do Código de Processo Civil.

O clima que antecede uma separação ou mesmo um processo de nulidade ou de anulação de casamento não autoriza, para a boa segurança dos cônjuges, a convivência das partes sob o mesmo teto, daí ter o legislador criado essa alternativa, para a utilização, geralmente pelo autor da ação visando o desfazimento do vínculo conjugal.

Ferreira Coelho¹³ comenta da seguinte forma os termos do artigo 223, correspondente ao 1.562 do novo Código Civil: "o Código atendendo à ordem e ao respeito à sociedade, determina neste artigo a separação dos cônjuges, antes de ser proposta a ação de nulidade, a de anulação do casamento, ou a de desquite, ordenando que o autor requeira essa separação com documentos que a autorizem.

Servem esses documentos para mostrar ao Juiz que se vai mover uma das ações, de nulidade, de anulação ou de desquite, havendo por isto necessidade da separação dos cônjuges. Os termos do artigo 223 são imperativos, não deixam ao cônjuge, autor da ação, a faculdade de não requerer a separação dos corpos, pois a lei emprega o termo requererá e diz mais - será concedida pelo juiz com a possível brevidade".

O novo legislador retrata nas linhas do artigo em comentário todos os aspectos do preceito ainda vigente, dando ênfase à celeridade que as partes possuem nesses momentos, para em almejada paz, darem uma solução satisfatória à lide a qual se inicia, que geralmente abala as estruturas psicológicas dos cônjuges.

Carvalho Santos¹⁴ interpretando o mesmo dispositivo, assim expressa: "podia é certo, o cônjuge tomar a iniciativa, deixando o lar, mas isso seria contrariar abertamente a lei, que manda os cônjuges terem vida em comum, e é em respeito à lei que o Código manda seja pedida a separação de corpos ao juiz competente, para que com a ordem deste tome caráter legal a providência preliminar julgada necessária."

Art. 1.563. A sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado.

Esse texto é novidade no novo Código Civil e visa a proteção do princípio geral do Direito segundo o qual lei nova não prejudicará o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, vindo justamente proteger o direito intertemporal os negócios realizados durante a vigência de um casamento nulificado ou anulado por sentença, devendo os efeitos desta retroagir até a data da celebração. Preocupou-se o legislador com a estabilidade dos efeitos de todos os atos realizados por boa-fé de um ou de ambos os cônjuges, protegendo as respectivas relações com terceiros, também de boa-fé. Previu também o legislador efeitos de segurança às decisões transitadas em julgado de feitos que eventualmente tiveram seu passo inicial no Poder Judiciário, antes ou durante a vigência de um casamento que se tornou ineficaz.

Art. 1.564. Quando o casamento for anulado por culpa de um dos cônjuges, este incorrerá:

- I - na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente;
- II - na obrigação de cumprir as promessas que lhe fez no contrato antenupcial.

Procurou o novo legislador estabelecer sancionamento ao cônjuge que der origem ao motivo que levar à nulidade ou à anulação do casamento. O que se interpretaria como a expressão "vantagens"? Poder-se-ia analisar eventuais direitos adquiridos em decorrência de doação ou outras

majorações materiais com que o inocente teria agraciado o culpado no período de vigência da sociedade conjugal. Ou mesmo, em virtude do regime de bens optado, os favorecimentos ocorridos, numa hipótese do regime da comunhão universal, ter o cônjuge vencido, se beneficiado com a meação dos bens herdados pela outra parte. Até mesmo doações eventualmente ocorridas no período de vigência da vida em comum. Em nosso entendimento, é muito raro ocorrer fatos dessa natureza, mas não se afasta a possibilidade de sua existência, notadamente nos casamentos em que ocorrer erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, quando o enganado tiver sido iludido em sua boa-fé, participando de um casamento opulento e materialmente avantajado, após ter sido vítima das elucubrações intentadas pelo cônjuge faltoso, que transformara o casamento num verdadeiro negócio eivado com *a affectio negotialis*, longe da necessária e pura *affectio maritalis* que deve envolver o casamento.

Enquanto nas separações judiciais são estabelecidas as sanções aos cônjuges vencidos, da mesma forma resolveu o novo legislador criar também tal sancionamento a quem der motivo à nulidade ou à anulação do casamento.

Em nosso ordenamento jurídico, desconhecemos promessas de vantagens estabelecidas no pacto antenupcial, o que é comum em alguns estados norte-americanos e em alguns países europeus. Os regimes de bens, no Brasil, são preestabelecidos e não se facultam as disposições testamentárias nem favorecimentos de alguma natureza de benefício material em sua constituição, qualquer que seja o regime. Aliás, essa é a nossa cultura de origem tipicamente ibérica.

Portanto, não vejo a possibilidade de ser estabelecida qualquer condição sancional, no sentido de ser o cônjuge vencido, obrigado a cumprir promessas num ato jurídico cuja natureza não estabelece condições ilusórias futuras a serem cumpridas pelas partes integrantes, portanto inócuo o inciso II desse artigo, pois contraria os princípios que envolvem a constituição do pacto ou contrato antenupcial.

(in, *Direito de Família e o Novo Código Civil*, Coordenadores: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001, págs. 35/64)

¹ SANTIAGO DANTAS. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

² BONNECASE, Julien. *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil, de baudry-lacantinerie*. Paris, 1928, t. IV, p. 671.

³ MARTINHO GARCEZ. *Theoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho, 1914, p.254-255.

⁴ SÁ PEREIRA, Virgílio de. *Direito de família*. Rio de Janeiro, 1923.

⁵ CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. IV.

⁶ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

⁷ DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon*. 4. ième ed. Paris, 1869, v. 1, n. 250 et seq.

⁸ POTHIER. *Obligations-Oeuvres-Anotadas*. Paris: M. Buguet, 1845, n. 19.

⁹ ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema de direito civil brasileiro*. Bahia, 1908, v. 1, p. 470.

¹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1940, v. I, p. 342.

¹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. 2. ed., v. 2, p. 92.

¹² PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito de família: pareceres. *Revista de Jurisprudência*, § 33.

¹³ FERREIRA COELHO, A. *Comentário ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Alba, 1928, v. XV, p. 345.

¹⁴ CARVALHO SANTOS, J. M. Op. cit.