

CASAMENTO: ERRO ESSENCIAL QUANTO À PESSOA DO OUTRO CÔNJUGE

MARRIAGE: ESSENTIAL ERROR TO THE PERSON OF THE OTHER SPOUSE

Giovana Aparecida Santos Abbondanza Cândido¹

Érika Rubião Lucchesi²

RESUMO

O presente trabalho tem como título “Casamento: Erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge” e tem como finalidade analisar as hipóteses ensejadoras do erro essencial, bem como a ação de anulabilidade do casamento, os legitimados para que isso ocorra e os respectivos prazos. Esta pesquisa é fruto da curiosidade despertada na vida prática, vivida no estágio realizado dentro do EAJ (Escritório de Assistência Judiciária) - UNAERP, onde vivenciamos várias situações que se amoldam àquelas estudadas nos compêndios de Direito de Família. As discussões são acerca dos requisitos para anulação do casamento e os vícios que maculam o instituto do matrimônio. Na elaboração deste trabalho, utilizamos o método dedutivo, valendo-nos dos ensinamentos dos doutrinadores do direito, bem como, de artigos jurídicos consultados pela internet, Código Civil vigente, jurisprudência, além disso, ressaltamos que para o nosso estudo foram fundamentais as aulas de nossos mestres, no curso de graduação em Direito, em especial para este tema, foram importantíssimas as aulas de Direito de Família.

Palavras chave: Anulação Casamento. Cônjuge. Erro Essencial. Requisitos, Vícios.

ABSTRACT

The present work is entitled "Marriage: Essential error regarding the person of the other spouse" and has the purpose of analyzing the hypotheses leading to the essential error, as well as the annulling action of the marriage, those legitimated for that to occur and the respective deadlines. This research is the result of the curiosity aroused in the practical life, lived in the stage realized within the EAJ (Office of Legal Assistance) - UNAERP, where we experience several situations that conform to those studied in the Family Law compendia. The discussions are about the requirements for marriage annulment and the vices that taint the marriage institute. In the elaboration of this work, we use the deductive method, using the teachings of legal scholars, as well as legal articles consulted through the internet, Civil Code

¹ Graduada em Direito. UNAERP. Email giovanaasg@hotmail.com

² Professora do curso de Direito da UNAERP, graduada pela UNESP, mestre em Direito pela UNAERP e doutoranda em Serviço Social pela UNESP. Email: erikarubiaolucchesi@uol.com.br

in force, jurisprudence, and we emphasize that for our study, Our masters, in the course of graduation in Law, especially for this theme, the classes of Family Law were very important.

Keywords: Annulment Marriage. Spouse. Essential Error. Requirements. Addictions

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma análise das situações que ensejam uma anulação de casamento, sendo que este é um instituto preservado em nosso Código Civil e está presente no cotidiano da sociedade. É de se admirar que nos dias de hoje “erro quanto à pessoa do outro cônjuge” ocorra, inclusive pelo fato de que vivemos numa época em que tudo é dado a conhecer pela informação. Eis que este trabalho se dispõe a analisar quais as hipóteses de anulabilidade do casamento, se isso é possível, como é possível e os meios legais para que isso ocorra. Pois enganos são passíveis de ocorrer, mas algumas vezes, dependendo da situação, não há como se anular quando o ato é perfeito, exceto se houverem provas que corroborem para isso.

Para a análise do assunto em questão o trabalho foi dividido em três capítulos, sendo que no primeiro demonstrando a parte histórica do casamento, os conceitos do que é casamento, os principais princípios que norteiam o instituto, entre outros itens, além dos seus efeitos jurídicos; no segundo capítulo abordou-se detalhadamente as situações em que é possível a anulação do casamento, analisando casos específicos nos quais atualmente vem sendo mais discutidos. Para finalizar, destacou-se sobre os legitimados para propositura da ação de anulabilidade do casamento, e também, exemplificamos através de julgados casos concretos que auferiram êxito ou não.

Para alcançar nosso propósito foi utilizado o método dedutivo, sendo utilizados: pesquisa bibliográfica, livros dos doutrinadores do direito, artigos jurídicos da internet, Código Civil vigente, jurisprudências, monografias, dissertações e teses, no intuito de mostrar um pouco deste assunto tão intrigante, mas que também faz parte do Instituto legal do Casamento.

1 DO CASAMENTO

1.1. Histórico

Mesmo com a importância da estrutura histórica da família nas primeiras civilizações, deve-se partir do estudo jurídico do casamento romano, que é a origem do nosso Direito Civil.³

Para Carlos Roberto Gonçalves, no Direito Romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. Ou seja, o “pater famílias” exercia sobre os filhos direito de vida e de morte. A figura da mulher era totalmente subordinada à autoridade marital, podendo ser repudiada por ato unilateral do marido. A figura paterna tinha plenos direitos sobre seus descendentes e inclusive sobre as mulheres casadas com seus descendentes.

Na Idade Média, as relações de família eram regidas pelo direito canônico, sendo reconhecido apenas o casamento religioso. No direito brasileiro, a família brasileira sofreu grande influência da família romana, da família canônica e também da família germânica, a qual também se destacava nesse período.⁴

Com efeito, o legislador de 1916 ignorou no Código Civil de então a família ilegítima, ou seja, constituída sem casamento e em raras menções ao concubinato as fazia unicamente com o propósito de proteger a família legítima e não reconhecendo direitos a essas uniões de fato. O pensamento social da época praticamente impedia o legislador de reconhecer em lei que a grande maioria das famílias brasileiras era constituída fora do casamento. Pontes de Miranda afirmou textualmente:

O concubinato não constitui no direito brasileiro instituição de direito de família. A maternidade e a paternidade ilegítimas o são. Isso não quer dizer que o direito de família e outros ramos de Direito civil não se interessem pelo fato de existir, socialmente, o concubinato.⁵

Também nesse sentido Washington de Barros Monteiro postulava que proteger as uniões ilegítimas concorria indiretamente para a desagregação da família legítima. Assim definia: “inegável, todavia a generalização do fato social, que terminou por ser reconhecida juridicamente, embora sem definição precisa dos deveres correspondentes aos direitos introduzidos”.⁶

Silvio Rodrigues contemporâneo de Barros Monteiro, no entanto, mostrava-se mais tolerante com o fenômeno da união livre, demonstrada na sua prática de advocacia nesse

³ VENOSA, Silvio de Salvo, **Direito Civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 25.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 31.

⁵ Idem, p.32.

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros, 1996 apud, Idem, p. 23.

campo. Assim dispôs: “a despeito da indiferença do legislador no passado, a família constituída fora do casamento de há muito constituía uma realidade inescandível”.⁷

Com a Constituição Federal de 1988 grandes transformações ocorreram e uma nova ordem de valores começou a surgir valorizando a dignidade da pessoa humana e revolucionando o Direito de Família, passando o Estado a reconhecer a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar e a legislação ordinária que se seguiu outorgava direito de alimentos e sucessórios aos companheiros (Leis 8.971/94 e 9.278/96).

Já para Caio Mário da Silva Pereira, a Constituição Federal retirou da união estável o aspecto estigmatizante, no momento em que a colocou sob a proteção do Estado.

O Código Civil de 2002 trouxe dispositivos que buscam regular a entidade familiar fora do matrimônio, tanto no direito de família como no direito das sucessões, porém, não com a eficiência necessária, eis que já no período da *vacatio legis* se cogitava de modificações nesse campo, conforme o projeto nº 6.960/2002, que certamente terá outros que o seguirão. O tema não ficou totalmente resolvido, mas é o que os nossos legisladores conseguiram até o momento no nosso ordenamento jurídico.

1.2. Conceito

Na doutrina de Flávio Tartuce, casamento é a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de família e baseado em um vínculo de afeto.⁸ Entre outros autores ele cita o interessante conceito ofertado por Maria Helena Diniz para quem: “casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.⁹

Já, Carlos Roberto Gonçalves cita diversas definições que vão desde o direito romano clássico até as concepções modernas, que refletem tanto posições filosóficas como também religiosas. Entre autores modernos, refere-se à Washington de Barros Monteiro para quem casamento é “a união permanente entre homem e mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem seus filhos”.

⁷ RODRIGUES, Silvio, 1999 apud, Idem, p. 24.

⁸ TARTUCE, Flávio, **DIREITO CIVIL**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.45.

⁹ DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 51.

No dizer de Maria Helena Berenice, o casamento gera o estado matrimonial, no qual os nubentes ingressam por vontade própria, através da chancela estatal. Daí, então, com a celebração do casamento nasce a família, que assegura direitos e impõe deveres no âmbito pessoal e patrimonial. A sacralização do casamento faz com que transmita-nos que seja essa a única forma de constituir uma família. Porém, é a família que a Constituição dá o nome de base da sociedade, pois é esta que lhe tem o dever de garantir à criança, ao adolescente e ao jovem, os direitos que lhes são assegurados. Inclui também o dever de zelar pelas pessoas idosas.¹⁰ Por último, temos a definição disposta no artigo 1511 do Código Civil, onde “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

1.3. Natureza Jurídica

Muito se discute sobre a natureza jurídica do casamento, principalmente sobre os aspectos pessoais e patrimoniais, havendo interpretações a favor de uma ou de outra corrente, conforme vemos a seguir:

- a) Teoria Institucionalista, que defende que o casamento é uma instituição social, oposta à Teoria Contratualista.
- b) Teoria Contratualista, para quem o casamento é um contrato de natureza especial com regras próprias. Essa corrente está filiada à Silvio Rodrigues, que assim define o instituto “casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regular suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem a mútua assistência”.
- c) Teoria Mista ou Eclética, que defende que o casamento é uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação, corrente que é defendida por Eduardo de Oliveira Leite (Direito Civil..., 2005, p.50), Guilherme Calmon Nogueira da Gama (Direito..., 2008, p.10-11), Roberto Senise Lisboa (Manual..., 2004, v. 5, p. 82), Flávio Augusto Monteiro de Barros (Manual..., 2005, p. 25), entre outros autores.

O artigo 1511 do Código Civil traz textualmente que o casamento é uma comunhão de vida, com igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, de tal forma que consagra a Teoria Mista ou Eclética, conforme nos ensina Flávio Tartuce¹¹, para quem segundo o melhor entendimento o casamento é um negócio jurídico bilateral *sui generis*, especial. “Trata-se, portanto, de um negócio híbrido: na sua formação é um contrato, no conteúdo é uma instituição”.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 147.

¹¹ Tartuce, Op. cit., p. 48-49.

1.4. Princípios

Tarefa hercúlea seria elencar todos os princípios relativos ao casamento, razão pela qual falaremos dos principais:

a) Princípio do Livre Consentimento, que é manifestado pelos contraentes, sendo impossível a sua substituição. Em nosso Código Civil, tal princípio está consagrado no artigo 1514: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.”

b) Princípio da Monogamia, que conforme o artigo 1.521, VI do Código Civil, não podem casar as pessoas casadas, em oposição à poliandria e a poligamia, admitidas entre alguns povos de outros países.

A violação dessa disposição legal enseja a decretação de nulidade do casamento, conforme estabelece o artigo 1548, II do Código Civil, que é nulo o casamento contraído com infringência de impedimento.

O descumprimento de tal disposição acarreta também a aplicação de uma pena ao transgressor, conforme dispõe o Código Penal no seu artigo 235, que proíbe alguém já casado de contrair novo matrimônio, sob pena de reclusão de dois a seis anos.

Assim, no dizer de Maria Helena Diniz¹² “... nossa ordem jurídica consagra a monogamia cuja violação autoriza a aplicação de duas sanções: a nulidade do ato praticado e a pena ao violador.”

c) Princípio da Comunhão de Vida ou Comunhão Indivisa, que estabelece a igualdade entre os cônjuges, pois conforme conceitua Eduardo de Oliveira Leite, em sua obra *Direito Civil...*, 2005 p. 52, “os nubentes comungam os mesmos ideais, renunciando os institutos egoísticos ou personalistas, em função de um bem maior que é a família.”

Tal princípio é consagrado no caput do artigo 1565 e artigo 1511 do Código Civil:

Art. 1565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Art. 1511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

1.5. Impedimento matrimonial

Como visto, impedimento é a falta de legitimação para se casar com determinada pessoa. O Código civil estabelece quem são os impedidos de se casarem, sendo os ascendentes com os descendentes; os afins em linha reta; o adotante com quem foi cônjuge do

¹² Diniz, Op. cit., p. 59.

adotado e o adotado com quem o foi do adotante; os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau; o adotado com o filho do adotante; as pessoas casadas e o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

1.6. Causas Suspensivas

As causas suspensivas estão elencadas no artigo 1523 do Código Civil:

Art. 1523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e de partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

A oposição ao impedimento matrimonial será feita da seguinte forma: deverá ser por escrito, instruída com a prova do fato alegado, ou indicação do lugar onde se pode obter as informações atestadas. Os nubentes poderão fazer prova contrária do que foi alegado, e inclusive se necessário promover ação civil e penal contra quem o fizer de má-fé.¹³

1.7. Processo de Habilitação

Por tratar-se de um negócio jurídico, o casamento apresenta requisitos especiais e formalidades a serem seguidas. O Código Civil determinou nos artigos 1525 a 1532, as exigências a serem cumpridas para a celebração do casamento.

Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:

I - certidão de nascimento ou documento equivalente;

II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;

III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;

IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;

¹³ Monteiro de Barros, Idem, p. 32.

V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.

Art. 1.526. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público.

Parágrafo único. Caso haja impugnação do oficial, do Ministério Público ou de terceiro, a habilitação será submetida ao juiz.

Art. 1.527. Estando em ordem a documentação, o oficial extrairá o edital, que se afixará durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se publicará na imprensa local, se houver.

Parágrafo único. A autoridade competente, havendo urgência, poderá dispensar a publicação.

Art. 1.528. É dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens.

Art. 1.529. Tanto os impedimentos quanto as causas suspensivas serão opostos em declaração escrita e assinada, instruída com as provas do fato alegado, ou com a indicação do lugar onde possam ser obtidas.

Art. 1.530. O oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes nota da oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu.

Parágrafo único. Podem os nubentes requerer prazo razoável para fazer prova contrária aos fatos alegados, e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé.

Art. 1.531. Cumpridas as formalidades dos arts. 1.526 e 1.527 e verificada a inexistência de fato obstativo, o oficial do registro extrairá o certificado de habilitação.

Art. 1.532. A eficácia da habilitação será de noventa dias, a contar da data em que foi extraído o certificado.”

O casamento no Brasil se constata através da Certidão de Registro feita no momento da celebração. Essa é a prova específica do casamento, sendo que após a celebração, o oficial de registro lavra o assento no livro de registro, que contém as especificações do Código Civil, em seguida é emitido uma cópia do ato lavrado. Essa prova constitui presunção de veracidade do ato nupcial, até que se prove o contrário. Existem provas supletórias, que são meios subsidiários, utilizadas em casos relevantes por razões de perda por destruição do livro, ou do Cartório, casos de incêndio, guerras, etc. Esses meios podem ser através de uma certidão de proclamas, passaporte, testemunhas, ou documentos públicos que mencionem o estado civil da pessoa.

1.8 Efeitos e Deveres do Casamento

Como visto anteriormente, o casamento tanto para o homem quanto para a mulher acarreta efeitos e deveres mútuos, ambos assumem como consortes os encargos da família

(Código Civil, artigo 1565, caput), qualquer um dos nubentes poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro (Código Civil, artigo 1.565, §1º), o planejamento familiar é de livre decisão do casal, mediante os meios que devem ser propiciados pelo Estado (Código Civil, artigo 1.565, §2º). Os deveres do casal são elencados nos dispositivos seguintes (Código Civil, artigos 1.566 a 1.570), entre os quais destacamos o de fidelidade, vida em comum, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos.

1.9 Casamento Inexistente

Surgiu na Europa no século XIX (1808) uma teoria da inexistência do casamento, para solucionar o problema de casarem-se pessoas de mesmo sexo.¹⁴ Em nosso direito pátrio, Carlos Roberto Gonçalves e Silvio de Salvo Venosa, apontam em suas doutrinas três hipóteses de casamento inexistente: pessoas de mesmo sexo se casar; ausência de vontade e casamento celebrado por autoridade incompetente.

No entanto, assim como a lei nada diz sobre o ato ou negócio inexistente, também silencia no que diz respeito ao casamento inexistente, mas a doutrina atribui importante relevância a essa categoria, considerando que no direito matrimonial é onde ocorre a maior evidência de atos inexistentes.

Maria Berenice Dias coloca que segundo Silvio Rodrigues:

Como a lei não elenca algumas causas de nulidade do casamento (ausência de celebração, ausência de manifestação de vontade e diversidade de sexo dos nubentes), ficava o juiz desarmado, não havendo possibilidade de invalidar casamentos portadores de defeitos insanáveis por não encontrar texto expreso para fundar a ação anulatória¹⁵.

Já Flávio Tartuce cita que casamento inexistente é um “nada para o direito”, ou seja, não gera efeitos no âmbito jurídico.¹⁶ O casamento inexistente, isto é, o negócio jurídico que não apresentou os seus pressupostos essenciais de existência, sejam eles: as partes, a vontade, o objeto e a forma.

1.10 Casamento Nulo

¹⁴ TARTUCE, Flávio, Op. cit., p.79.

¹⁵ RODRIGUES, Silvio, apud, Op. cit., p.178-179.

¹⁶ TARTUCE, Flávio, Op. cit., p.79.

Quem casa em contradição ao art.1.521, do CC, desobedece preceito de ordem pública e o casamento assim contraído é nulo. “Realizado o matrimônio com infração a impedimento que possa ameaçar diretamente a estrutura da sociedade, é a própria sociedade que reage violentamente, fulminando de nulidade o casamento” (Paulo Lôbo, Famílias, 78).

“Afimal, o que é nulo repugna o ordenamento jurídico e deve ser extirpado da vida jurídica. O vício que inquina o ato nulo é por demais grave.” (Débora Gozzo, Decretação ex officio do casamento nulo, 44)

O CC/02 dispõe no seu artigo 1548, II, que será nulo o casamento contraído por infringência de impedimento. Até o advento da Lei 13.146\2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), vigia o artigo 1548, II, CC, que estabelecia causa de nulidade absoluta do casamento contraído por pessoa com enfermidade mental. Portanto, restou como mandamento de nulidade para casamento o artigo 1548, II, CC, que remete às proibições do artigo 1521 do CC/02, onde consta que “Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.”

O procedimento para tal consequência é através de ação declaratória de nulidade absoluta, que deve ser proposta mediante ação direta por qualquer interessado ou mesmo pelo Ministério Público, por tratar-se de preceitos de ordem pública. O efeito da sentença da ação declaratória de nulidade é retroativo, ou seja, “ex tunc”, retroagirá à sua data de celebração.

1.12 Casamento putativo

O que indica e diferencia o casamento putativo (CC 1.561) é a boa-fé dos contraentes, que dessa forma preserva os efeitos do casamento até o momento da sua desconstituição, “ex nunc”. É o casamento tido como correto, verdadeiro, legal, ainda que de boa-fé por um só dos consortes. O elemento boa-fé é presumido e importa na inexistência de culpa. Os benefícios do casamento só não alcançam o contraente de má-fé.

Dispõe Maria Berenice Dias sobre o casamento:

(...) nada justifica manter a culpa ainda que seja para identificar o casamento como putativo. Basta a averiguação sobre a postura subjetiva de cada um. Reconhecendo o juiz a boa-fé dos cônjuges ou de um deles, declara, com relação a um ou a ambos, que o casamento é putativo. Essa declaração é necessária, pois altera o marco temporal dos efeitos da anulação.¹⁷

Conforme o que se vê acima, a anulabilidade do matrimônio retroage seus efeitos ao momento da celebração “ex tunc” (art.CC1.563), porém, reconhecida a boa-fé de um ou de ambos os cônjuges os efeitos somente são desconstituídos a partir da sentença “ex nunc”. Assim, mais uma vez, preleciona Maria Berenice Dias:

Quando a lei diz “dia da sentença”, sempre surge questionamento se a referência é à sentença de primeiro grau ou à decisão de segunda instância. Como o recurso está sujeito ao duplo efeito, devolutivo e suspensivo (CPC de 1973, artigo 520, atual NCPC artigo 1012), a sentença só é eficaz depois de definitiva, só então há coisa julgada. Logo, quando a lei fala em data da sentença, leia-se data do trânsito em julgado da decisão final¹⁸.

2 ERRO ESSENCIAL QUANTO À PESSOA DO OUTRO CÔNJUGE

A questão da pessoa humana e sua identidade é de fulcral importância, seja na filosofia, seja no direito. Neste sentido, considerando o pensamento de Kant e Hegel, assim afirmam Coelho e Sá¹⁹

Com Kant, o humano como pessoa, alçado à condição do direito como direito, é divisado em sua dignidade, como absoluto insusceptível de preço (não coisa, mas fim em si) – mas sem admitir, no entanto, que tal dignidade seja um atributo antropológico, logicamente dedutível da natureza racional a que pertence o humano. Diferentemente, para Castanheira Neves, a dignidade, vista como “uma categoria axiológica, não ontológica, não se infere de qualquer caracterizadora especificação humana”, apenas emergindo e afirmando-se “pelo respeito (para o dizermos com Kant) ou pelo reconhecimento (para o dizermos com Hegel)”. O ser-pessoa é uma conquista histórica apenas possível no horizonte da intersubjetividade:

Neste sentido, a identidade da pessoa e sua capacidade de autonomia de escolha é de fundamental importância nas relações intersubjetivas, constituindo condição para a realização da vida com dignidade. Logo, ao escolher firmar um relacionamento, como o conjugal, tendo na base de sua escolha um erro decorrente de total equívoco quanto à identidade do outro, e isto em razão de dolo por parte desta outra pessoa, tal atinge diretamente a dignidade daquele que procedeu a uma escolha equivocada, pois de outra forma teria agido de forma diversa.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice, Op., cit., p. 193.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice, Idem, p.193.

¹⁹ Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho e Antônio Sá da Silva. DIREITO E PESSOA: O FUNDAMENTO DO DIREITO EM A. CASTANHEIRA NEVES . In: **Revista Paradigma**, v. 24, n. 2, 2015, p. 19.

2.1. Casamento Anulável

Conforme visto no capítulo anterior, o casamento eficaz é aquele que alcança a vontade dos contraentes e respeita os requisitos contidos no artigo 1.521 do CC/02, cuja contrariedade gera sua nulidade absoluta, refere-se a impedimentos absolutamente dirimentes. Decretada a nulidade absoluta do casamento, devido a infringência a tais impedimentos, os efeitos da sentença retroagirão quando da data de sua celebração “ex tunc”, por basear-se em defeitos graves e insanáveis (art.1.563 e 1.564 CC).

Conforme o artigo 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.”

Completa o enunciado dos efeitos o artigo 1.564 assim dispondo: 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.

Observe-se também a hipótese das nulidades relativas ou impedimentos dirimentes relativos, que são tratados no atual Código como incapacidade matrimonial. E, por fim os chamados impedimentos meramente impeditivos ou proibitivos, cuja inobservância não anula o casamento, mas são causas suspensivas do matrimônio.

Tratando da anulabilidade do casamento o Código Civil Brasileiro de 2002, no artigo 1.550, determinou taxativamente as hipóteses “*numerus clausus*” para a possível anulação. As causas ou hipóteses são as seguintes: a) Casamento contraído por quem não completou idade mínima para casar; b) Casamento contraído por menor em idade núbil (entre 16 e 18 anos), não havendo autorização do seu representante legal; c) Por vício da vontade, nos termos do art. 1.556 a 1558; d) Casamento celebrado contendo erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge; e) Do incapaz de consentir e de manifestar de forma inequívoca a sua vontade; f) Casamento celebrado por procuração, havendo revogação do mandato; g) Casamento celebrado perante autoridade relativamente incompetente.

2.2. Casamento do menor que não completou a idade mínima

O casamento contraído por menor que não completou a idade mínima (idade núbil, 16 a 18 anos) será passível de anulação se eventualmente, o casamento for celebrado sem a autorização judicial, pois se considera que o menor que não atingiu a idade limite para casar, não possui um requisito para constituição do casamento que é a puberdade. No entanto, se ocorre o casamento ele não é nulo, mas anulável.

Duas exceções são previstas na lei para o matrimônio antes desta idade (16 anos): o casamento para impedir a imposição ou o cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez (CC 1.520). Maria Berenice Dias considera como hipóteses absurdas:

O permissivo não pode ser mais desarrazoado. O casamento deixou de ser excludente de criminalidade, eis que retirada do Código Penal. Assim, o estuprador, ao casar com a vítima, não mais se livra de responder pela prática de um crime hediondo. Nem mesmo a gravidez deveria justificar o casamento.²⁰

2.3. Casamento do menor em idade núbil

O menor em idade núbil dos 16 aos 18 anos não necessita de homologação judicial para casar, porém precisa do consentimento dos pais ou representantes legais (CC 1.517). Essa autorização é especial, não se confundindo com assistência. Se o casamento for realizado sem consentimento dos pais, cabe a estes a prerrogativa de pleitear a anulabilidade do casamento com prazo de seis meses sendo decadencial.

A ação ainda pode ser proposta pelo incapaz ao completar 18 anos, atingindo assim a maioridade, por seus representantes legais, ou seus herdeiros necessários. Sendo a ação proposta pelo menor, o prazo de decadência será contado a partir do momento em que completar 18 anos de idade. Será da celebração do casamento se for pelo representante legal. Quando for pelo herdeiro necessário, o prazo será a partir da data do óbito.

2.4. Casamento contraído com vício de vontade

Os artigos 1.556 a 1.558 tratam do erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, do qual trataremos mais adiante e da coação praticada de um nubente para com o outro colocando em risco iminente a sua vida, saúde, e a honra, ou de seus familiares.

A vontade viciada por coação moral é determinada quando esta é exercida diretamente contra o nubente ameaçado ou a algum familiar seu. A coação para ocasionar

²⁰ DIAS, Maria Berenice, Idem, p.188.

anulabilidade deve ser de tal ordem que infunda no nubente coagido real temor de dano iminente à sua pessoa, à sua família ou aos seus bens. Na concepção de Maria Berenice Dias, admitido é o temor reverencial filial como forma de coação.

Sendo o casamento um acontecimento que compromete a vida, impõe deveres, gera direitos, e a convivência se reflete na própria intimidade, não há como, por medo, assumir compromisso com esse grau de envolvimento. Aliás, no âmbito das relações familiares, é mais fácil identificar coação por temor reverencial. Dessa forma, se houve pressão exercida pelo pai para que a filha case com quem ele considera que lhe garantiria um futuro tranquilo, mas o desejo dela era casar com outrem, por amor, não há como deixar de admitir a anulação do ato²¹.

Havendo a coabitação, ainda que um ou ambos os noivos tenham sido coagidos, fica convalidado o casamento, eis que a vivência em comum habilita tal validação. A ação de anulação tem prazo decadencial, de quatro anos, contados a partir da celebração.

2.5. Casamento do incapaz de consentir

Consoante o art. 1550, IV, CC pode ser anulado o casamento contraído por incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento. Com razão, a nossa ver, a autora Maria Berenice Dias considera inapropriada a redação do dispositivo, porque “...quem não tem capacidade para consentir ou manifestar inequivocamente sua vontade é incapaz. O casamento é nulo, e não anulável.”²² Exemplos de anulabilidade para o caso encontram-se na doutrina para quem considera-se relativamente incapaz para consentir os ébrios habituais, assim entendidos os alcoólatras, e os viciados em tóxicos (CC 4º II).

Nesta hipótese não se enquadram mais as pessoas com discernimento mental reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento completo, pois essas poderão se casar livremente conforme disposto pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº13.146, de 6 de julho de 2015). O prazo para propor ação é decadencial, de cento e oitenta dias, contados do casamento.

2.6. Casamento por procuração

Maria Berenice Dias ensina que a lei admite casamento por procuração, através de instrumento público com poderes especiais (CC. 1.542), mas ressalta que:

²¹ DIAS, Maria Berenice, Idem, p. 190-191.

²² DIAS, Maria Berenice, Idem, p. 191.

Como todo mandato é suscetível de ser revogado, também quem outorgou procuração para o casamento pode se arrepender. Porém, se o ato de revogação não chegar antes da celebração do casamento (que acaba se realizando sem que se tenha conhecimento da desistência), tal pode ensejar a anulação do casamento. No entanto, se, mesmo revogada a procuração, seguir-se a convivência do casal, ou seja, se passarem ambos a ostentar a posse do estado de casados, descabe a anulação do casamento.²³

A solenidade de casamento registra, no mínimo, o início de uma união estável, portanto admitisse que o outro cônjuge tendo boa fé, configura casamento putativo, pelo menos com relação a ele. O prazo é de 180 dias para anulação do casamento, proposta pelo mandante, contados do momento da celebração do matrimônio. (CC.560, §2º).

2.7. Casamento realizado por autoridade incompetente

O casamento celebrado por autoridade incompetente não é de nulidade absoluta, mas anulável. O prazo para propositura da ação anulatória é de dois anos da celebração, porém a lei não especifica quem tem legitimidade para propor, valendo de tal sorte a regra geral de que pode ser proposta por qualquer interessado. Para Silvio Rodrigues se os nubentes procuram deliberadamente celebrante incompetente a fim de celebrar seu casamento não podem alegar o vício posteriormente. Conforme Flávio Augusto Monteiro de Barros, a incompetência “*ratione loci*”, quando o juiz de paz celebra o casamento fora de sua circunscrição territorial gera apenas a anulação do matrimônio.²⁴ Mas, se o casamento for celebrado por quem não é juiz de paz, tais como delegado de polícia, carcereiro, juiz de direito, etc., dá-se a incompetência “*ratione materiae*”, haverá controvérsia, sendo para uns o casamento inexistente, e inviável sua convalidação. No entanto, se não houve sequer habilitação, publicação de proclamas e a lavratura do assento, o ato é inexistente.

2.8. Erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge

Compreende-se que o erro essencial deve ser aquele engano sobre quem realmente é a outra pessoa. Encaixa-se aqui, aquele que não possui uma conduta ilibada; aquele que cometeu um crime anterior ao casamento cujo fato é desconhecido da outra pessoa (cônjuge);

²³ Ibidem, p.190.

²⁴ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de, Op. cit., p.42-43.

aquele que possui alguma deficiência, não necessariamente aparente, induzindo o outro cônjuge ao engano.

Tratando do casamento contraído com vício na vontade o legislador dedicou dois artigos no Código civil, 1556 e 1557, especificamente, para circunscrever o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Pode ser anulado o casamento por vício na vontade se houve por parte de um dos contraentes ao consentir erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge (artigo 1556 do CC). O artigo 1557 do CC/02 encontram-se as hipóteses de erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. As causas do artigo 1557, CC são taxativas, não se admitindo outras ali não previstas, ainda que haja dolo. No ensinamento de Silvio Venosa

Na fase do namoro e noivado, é natural que os nubentes procurem esconder seus defeitos e realçar suas virtudes. O dolo, como causa de anulação, colocaria sob instabilidade desnecessária o casamento, permitindo que defeitos sobrepujáveis na vida doméstica fossem trazidos à baila de um processo.²⁵

A primeira hipótese do erro refere-se à sua identidade, honra e boa fama. É de se observar que honra aqui é no sentido amplo, analisada nos aspectos subjetivo (autoestima) e objetivo (reputação social), nesta estaria também o aspecto boa fama.

Na doutrina e também na jurisprudência encontramos vários exemplos como o casamento celebrado com homossexual, bissexual, transexual operado que não revelou sua anterior condição ao contraente enganado, com viciado em drogas, com irmão gêmeo de outra pessoa, com pessoa adepta de práticas sexuais não convencionais e outras.²⁶

Com relação ao erro sobre a identidade física do outro é pouco provável o engano, é quase impossível ao contraente enganar-se de pessoa ao casar, salvo em raros casos de casamento por procuração.

Quanto à questão do erro correspondente à identidade civil do outro é de maior complexidade sua análise, cumprindo ao magistrado decidir se essencial é o erro para anular o casamento ou não em situações as mais variadas possíveis como exemplo a contraente casou-se inadvertidamente com um padre, cabe analisar se ela é praticante da fé católica e o posterior conhecimento do erro lhe é insuportável; situação anteriormente admitida para anulabilidade seria o caso de rapaz educado severamente, poderia requerer a anulação se viesse a saber que sua mulher fora fruto de relação concubinária (RF, 76:481). Tal hipótese

²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo, Op. cit., p. 144.

²⁶ DINIZ, Maria Helena, Op. cit., p. 1087.

hoje não mais poderia ocasionar a anulação, visto que, pela Constituição e nova legislação civil, desapareceu a discriminação da filiação.

O Brasil não dispõe ainda de leis a respeito da transgenitalização e suas consequências no mundo jurídico (houve apresentação em 1995 de um projeto de Lei 70B do ex deputado José Coimbra, que pretende acrescentar o §9 ao artigo 129 do Código Penal), descriminalizando a cirurgia da transgenitalização, praticada através de homologação judicial, no entanto hoje o procedimento é realizado mediante firme posicionamento da jurisprudência que também admite a alteração de sexo e alteração no assentamento civil, com base nos princípios consagrados na Constituição. Quando há casamento com transexual e quando sua identidade anterior não tenha sido conhecida até a celebração pelo outro contraente, tal erro pode dar margem à anulabilidade do ato.

Segundo o doutrinador Moacir César Pena Junior, com relação ao casamento do transexual, quando o indivíduo é biologicamente normal, mas se identifica com o sexo contrário, deve-se levar em conta a sua existência e sua validade para anulação. Assim, se a pessoa não declarou anteriormente ao casamento a sua condição, poderá o outro pedir a anulação judicialmente. Nesse caso, o remédio jurídico é a anulação do matrimônio e não o reconhecimento de que existiu. Por outro lado, se houve a mudança de sexo por procedimento cirúrgico e foi dado a conhecer esse fato pelo outro cônjuge é de se reconhecer como válido esse casamento, mormente se foi concedido judicialmente a mudança de gênero e nome, e alterado o registro civil.²⁷

A existência da tendência transexual do indivíduo, desconhecida antes do casamento pelo seu cônjuge, configura o erro sobre a pessoa do outro e dá ensejo à postulação de anulação desse matrimônio. Arnaldo Rizzardo preleciona que no caso do transexual o tratamento médico para a mudança de gênero revela um sexo que já existia latente no indivíduo e feita a intervenção na vigência do casamento, sem que o outro cônjuge tivesse conhecimento anterior ao casamento, esse será tido como inexistente juridicamente.²⁸

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em análise do tema afirma que quando se trata de transexuais o sexo determinado no registro civil difere daquele que de fato existe psicologicamente no indivíduo, porque leva-se em conta sua morfologia, o aspecto externo de

²⁷ Apud Naiara Czarnobai, **Artigo: A anulação do Casamento do transexual transgenitalizado por erro essencial sobre a pessoa.** http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12527.

²⁸ Apud AUGUSTO, Naiara Czarnobai, **Artigo: A anulação do Casamento do transexual transgenitalizado por erro essencial sobre a pessoa.** http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12527.

sua genitália, ignorando-se que a pessoa sente-se como sendo do sexo oposto. Nesse caso, a mudança de sexo por cirurgia, com a mudança de gênero no seu assento civil abre a possibilidade de seu casamento com pessoa de outro sexo, sem contestação.²⁹

Conforme entendimento de Maria Berenice Dias, conquanto obtido judicialmente sua alteração de nome e sexo no registro civil, ao transexual, ainda que não tenha sua redesignação de genitália, deve ser admitido o seu casamento e esse não pode ser dado por nulo e menos ainda como inexistente.³⁰

A autora vai mais além ao tema afirmando que desde que a doutrina tende a aceitar a mudança de sexo de um homem e conseguir a retificação em seu assento civil, possibilitando sua união em casamento com outra pessoa de seu sexo anterior à mudança, acredita que no futuro o preconceito será vencido e será possível o casamento entre indivíduos de mesmo sexo.³¹

Na análise do erro, tratando-se do casamento, Sílvio de Salvo Venosa interpreta que ele é uma espécie de erro substancial relativo à pessoa, que se aplica à matéria matrimonial. E entende que o casamento somente é passível de anulação por erro fundamentado e na sua análise deve-se levar em consideração a teoria geral que norteia a regra geral dos atos jurídicos.³²

Para Arnaldo Rizzardo o erro para anulação do casamento deve ser de caráter essencial, porque tem componentes de caráter íntimo e pessoais envolvendo o cônjuge.

Daniela Rosário Rodrigues entende que no aspecto da identidade civil a honra e boa fama recebeu a atenção na lei, dada pelo legislador, por constituir-se em atributo essencial para o convívio dos contraentes, de modo que a falta deles por um dos cônjuges enseja a anulabilidade do casamento, por inviabilizar a vida em comum.³³

²⁹ Apud Naiara Czarnobai, **Artigo: A anulação do Casamento do transexual transgenitalizado por erro essencial sobre a pessoa.** http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12527.

³⁰ Apud, Naiara Czarnobai, **Artigo: A anulação do Casamento do transexual transgenitalizado por erro essencial sobre a pessoa.** http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12527

³¹ Apud, Naiara Czarnobai, **Artigo: A anulação do Casamento do transexual transgenitalizado por erro essencial sobre a pessoa.** http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12527.

³² VENOSA, Sílvio de Salvo, Op. Cit. 2007. p. 109.

³³ Apud Naiara Czarnobai, **Artigo: A anulação do Casamento do transexual transgenitalizado por erro essencial sobre a pessoa.** http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12527.

Desse modo, os atributos de honra e boa fama, com que o indivíduo aparece socialmente são essenciais para a vida em comum no casamento e a sua falta por um dos cônjuges enseja a possibilidade da anulação do matrimônio pelo cônjuge iludido em erro.³⁴

Para Maria Berenice Dias é de foro íntimo o direito de alguém demonstrar ou não o seu sexo pelo qual se identifica ou aquele que elegeu por opção.³⁵

Assim sendo, se quando da sua ligação em casamento o transexual não revelou ao seu consorte sua anterior condição de gênero, caberá a este, por erro essencial sobre a pessoa, o direito de postular em ação própria a anulação do casamento desde que dentro do prazo decadencial de três anos, nos termos do artigo 1.560 do Código Civil.

Outras circunstâncias determinantes para o erro essencial sobre honra e boa fama encontram-se nos ensinamentos de Maria Helena Diniz:

Assim se provar a má vida ou prostituição da mulher antes do ato nupcial, sendo o fato ignorado pelo marido, procede a anulação do casamento (RT,490:51, 429:102,182:231,132:702,217:141,290:700,244:561,389:136,536:114;RF,253:277; RJTJSP, 10:122). Da mesma forma se a mulher descobrir, por ex., que seu marido é (a) dado a práticas homossexuais (RF,130:140;RJTJSP,39:53,45:67;Ciência Jurídica, 65:113;RT,151:634, 397:318,323:221,402:145,506:88;AJ,92:529); (b) viciado em tóxicos e drogas (RT,352:110,470:91,480:65,469:77,506:121,796:244;RF,250:222; (c) proxeneta (cafetão de homossexual) (AJ,73:467;RT,352:110) (d) propenso a vida desregrada, chegando mesmo a manter relações com sua própria genitora (RT,390:371); (e) ladrão (RT,184:224,281:330); ou (f) sádico (RT,192:674,520:104), poderá pleitear a anulabilidade das núpcias.³⁶

Há entendimento³⁷ de que o erro sobre a honra e boa fama, quanto a recusa do cônjuge em casar-se no religioso após a cerimônia civil, descumprindo promessa que fizera anteriormente, dando margem à anulabilidade do casamento (RJTJSP, 37:128).

A ignorância de crime de qualquer natureza, perpetrado pelo cônjuge anterior ao casamento também constitui erro essencial sobre o outro capaz de possibilitar a anulação (RF, 253:361;RT,492:114, 511:113, 523:234,535:109,614:176,712:141), levando em consideração a inaceitável vida em comum, por revelar o fato desvio de caráter. No CC. de 1916 só era admitido postular a anulação por ignorância de crime inafiançável e definitivamente julgado, com trânsito em Julgado. De forma que ainda que o consorte tivesse praticado o crime

³⁴ PENA JUNIOR, Moacir César, apud Naiara Czarnobai, **Artigo: A anulação do Casamento do transexual transgenitalizado por erro essencial sobre a pessoa.** http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12527.

³⁵ Apud Naiara Czarnobai, **Artigo: A anulação do Casamento do transexual transgenitalizado por erro essencial sobre a pessoa.** http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12527.

³⁶ DINIZ, Maria Helena Op. cit., p. 294.

³⁷ ESPÍNOLA, apud, idem.

inafiançável anteriormente ao casamento, mas seu trânsito em julgado somente ocorresse após o enlace o cônjuge equivocado não poderia obter a anulação do matrimônio.

Atualmente parte da doutrina aceita que é possível anular o matrimônio sem condenação criminal do cônjuge, embora não haja consenso sobre a questão, eis que para alguns só é possível a anulação mediante julgado condenatório, resguardando-se a presunção de inocência constitucional em favor do acusado. Caberá ao juiz do feito analisar se a “*notitia criminis*” ou a “acusação” feita é suficiente para tornar o convívio insuportável para o cônjuge requerente.

A ignorância de defeito físico irremediável anterior ao casamento, que não caracterize deficiência ou moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de por em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência, constitui também causa de anulabilidade do casamento, conforme dispõe o art. 1557, inciso III, CC/02. Observe-se que a Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) revogou o antigo inciso IV do art.1.557, do CC., que mencionava a ignorância anterior ao matrimônio, de doença mental grave que, por sua natureza, tornasse inaceitável o convívio. Tinha-se como exemplos a esquizofrenia, a psicopatia, a psicose, a paranoia, e outras. O objetivo da revogação pela citada lei é a inclusão social como sua finalidade primordial.³⁸

Assim, a ignorância anterior sobre moléstia grave e contagiosa ou doença mental grave, tais como sífilis, tuberculose, esquizofrenia, mal de Hansen etc., só impõe a anulabilidade do casamento se a doença for transmissível ao outro cônjuge ou à sua prole (art.1.557, III).³⁹

A impotência que autoriza anulação do matrimônio é somente a “*coeundi*”, ou seja, aquela que impossibilita o ato sexual, não se considerando para a anulação a impotência “*generandi*”, impeditiva de fecundação, ou a “*concupiendi*”, que incapacita a concepção. Conforme entendimento jurisprudencial, o matrimônio não se destina tão somente à procriação, mas à união afetiva dos consortes (RT, 173:148). Mas, há julgados que entendem ser a vasectomia ignorada pela mulher causa de anulabilidade do casamento (RT,547:55).

Anote-se por último que o “adultério precoce”, isto é, o defloramento da mulher ignorado pelo marido, não é mais causa de anulabilidade do casamento, cuja revogação já

³⁸ TARTUCE, Flávio, Op. cit., p. 95.

³⁹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de, Op. cit., p. 45

vinha sendo reclamada desde a Constituição de 1.988, consagrando o princípio da isonomia entre o homem e a mulher.⁴⁰

3 DA AÇÃO DE ANULAÇÃO

Conforme entendimento esposado por Silvio de Salvo Venosa⁴¹, com o advento da lei do divórcio e a facilidade com a qual se pode consegui-lo, reduziram-se muito as ações de nulidades e de anulação do casamento. Afirma o autor que atualmente só se busca a ação de nulidade quando há evidente e patente vício maculando o casamento. Eis que, busca-se fugir de uma difícil batalha judicial, quando se pode obter o mesmo resultado com um pedido de divórcio. Também contribui para isso o pensamento social quanto à irrelevância que define o “status” de solteiro ou divorciado. Acresce-se a esse aspecto o de que no divórcio, via de regra não se busca razões para o término do casamento, enquanto no processo de anulação do casamento, em especial nas pequenas comunidades sociais, em tais casos costumam surgir especulações sobre as razões de dissolução matrimonial.

3.1. Legitimidade na ação

O artigo 1.549 do Código Civil estabelece que a decretação de nulidade do casamento pode ser promovida por ação direta por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, nos casos previstos no artigo 1.548 do mesmo diploma legal.

Maria Helena Diniz ensina que de acordo com o artigo 1.548 no inciso I previa a nulidade do casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil. O dispositivo praticamente tornava absolutamente incapazes os que ali estavam definidos, impossibilitando-os da prática dos atos da vida civil, colocando-os assim à margem da sociedade, constituindo-se numa grave injustiça social. Tal disposição legal restou revogada pela Lei 13.146, de 2015, que constituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, de forma que o portador de enfermidade mental hoje pode casar-se livremente, sendo apenas anulável conquanto presente a incapacidade de consentir e de manifestação inequívoca da sua vontade, conforme o artigo 1.550, IV do Código Civil.⁴²

⁴⁰ Ibidem, p. 45.

⁴¹ VENOSA, Silvio de Salvo, Op. cit., p. 110.

⁴² DINIZ, Maria Helena, Op. cit., p. 285.

Portanto, restaram como caso de nulidade do casamento as hipóteses previstas no artigo 1.521, incisos I a VII do Código Civil, compreendendo o casamento entre parentes consanguíneos (descendentes, ascendentes e irmãos); com os afins em linha reta, bem como com os admitidos na família como adotados; entre pessoas na vigência de casamento anterior; do cônjuge sobrevivente com o homicida do seu consorte, ainda que o crime tenha sido apenas tentado.

Também haverá impedimento do casamento entre parentes por afinidade em linha reta como sogro e nora, sogra e genro, padrasto e enteada, madrasta e enteado, mesmo depois da dissolução do casamento que originou o parentesco, que não se desfaz. O impedimento não se aplica ao casamento entre os parentes afins na linha colateral como o do viúvo com a irmã da sua esposa falecida. Igualmente não há impedimento do casamento de parentes colaterais de terceiro grau, como entre tio e sobrinha, desde que seja precedido de exame pré-nupcial, nos termos do Dec. Lei nº3.200-41.

Não mais existe o impedimento do casamento entre o cônjuge infiel e a pessoa do seu relacionamento extra matrimonial, cuja configuração de nulidade antigamente se dava com o trânsito em julgado da sentença condenatória de adultério, figura essa hoje não mais criminalizada em nosso Código Penal⁴³.

3.2. Propositura da Ação, sentença e anulabilidade do Casamento

Para a propositura da ação de nulidade nos casos de casamento nulo, em conformidade ao artigo 3º do Código de Processo Civil, há que se ter legítimo interesse moral, como os cônjuges, os ascendentes, os descendentes, os irmãos, os cunhados e o anterior cônjuge do bígamo; interesse econômico, como os filhos havidos no casamento válido, os colaterais sucessíveis, os credores dos cônjuges e os adquirentes dos seus bens; e interesse social, representado por membro do Ministério Público, conforme acima afirmado (artigo 1.549 do Código Civil).

Segundo a maioria dos doutrinadores, apenas o impedimento matrimonial pode ser reconhecida de ofício, mas não sua nulidade absoluta, de acordo com o artigo 1.522 do Código Civil, conforme o princípio da não intervenção, expresso no artigo 1.523 do Código Civil. No entanto há na doutrina certa polêmica porque sendo a matéria de nulidade é

⁴³ Ibidem, p. 286-287.

de ordem pública e deveria ser reconhecida de ofício pelo juiz⁴⁴. A sentença na ação de nulidade do casamento é declaratória e produz efeito “ex tunc”, ou seja, com efeito retroativo, tornando nulo o casamento desde a sua celebração, no entanto a nulidade não é absoluta porque deve preservar os direitos de paternidade e maternidade dos filhos eventualmente havidos na constância do casamento nulo, não se questionando para tanto a boa ou má fé dos consortes⁴⁵.

O foro competente, que antes era o da residência da mulher, passou a ser o do domicílio do guardião do incapaz, não havendo este será o do último domicílio do casal, ou se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal, será o do domicílio do réu (art.53 do Novo CPC).⁴⁶

Já as causas de nulidade relativas do casamento conforme por nós já citadas encontram-se no artigo 1.550, do Código Civil, incisos I a IV constituindo os casos de anulabilidade do matrimônio.

O artigo 1.551 do Código Civil estabelece proibição de anulação do casamento de menor de que resultou gravidez. Segundo parte da doutrina, considera-se que a aptidão física para procriar afasta o impedimento do matrimônio, além de que com a superveniência de um filho houve a constituição de uma família e não há interesse social na anulação do matrimônio em prejuízo de um filho que nasceria sem um lar.⁴⁷

Tanto na ação declaratória de nulidade quanto na ação de anulação não existe mais a figura do curador do vínculo ou guardião do casamento, antes admitido pelo artigo 222 do Código Civil de 1916. Com advento da Lei 6.515\1977, não mais fazia sentido a função do curador, pela possibilidade e facilidade de desconstituição do casamento pelo divórcio acessível a todos os casais, com o que caiu sensivelmente a propositura das ações de nulidade e anulação.⁴⁸

3.5.Legitimidade e prazo na ação de anulação

No caso de casamento contraído por quem não completou a idade mínima para casar, artigo 1.550, I do Código Civil, a ação anulatória tem prazo decadencial para sua

⁴⁴ TARTUCE, Flávio, Op. cit., p. 60.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena, Op. cit., p. 287.

⁴⁶ TARTUCE, Flávio, Op. cit., p. 88- 89.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helen, Op. cit., p. 289.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio, Op. cit., p. 89.

proposição de cento e oitenta dias, podendo ser provocada pelo próprio menor, por seus representantes legais ou por seus ascendentes, conforme o artigo 1.552, do Código Civil. Consigna-se que o casamento anulável por motivo de idade pode ser convalidado, conforme por nós já exposto pela gravidez superveniente, artigo 1.551 do Código Civil e também, pelo disposto no artigo 1.553 do Código Civil, com a confirmação pelo menor ao atingir a idade núbil, com a autorização de seus representantes legais.

No caso de casamento contraído por menor em idade núbil (entre 16 e 18 anos), em que não houve autorização do seu representante legal, o prazo para a ação de anulação do matrimônio também é decadencial de cento e oitenta dias e somente pode ser proposta pelo incapaz quando deixar de sê-lo, por seus representantes legais ou por seus herdeiros necessários, artigo 1.555, caput, do Código Civil, sendo as seguintes regras para o prazo, conforme o §1º do dispositivo mencionado:

- Quando a ação for proposta pelo menor será contado a partir de quando fizer 18 anos;
- Quando proposta pelo representante legal, a partir da celebração do casamento;
- A partir da morte do menor, quando for proposta por herdeiro necessário.

No caso de casamento celebrado sob coação moral, previsto no artigo 1.550, III e 1.558 do Código Civil o prazo para ação de anulação é de quatro anos, contados da celebração do casamento, de acordo com o artigo 1.560, IV do Código Civil, sendo a ação de caráter personalíssima, podendo ser proposta somente pelo cônjuge coagido. O casamento poderá ser convalidado se houver coabitação entre os cônjuges, com a sua ciência do vício, sendo avaliada a coabitação pelo juiz. A norma tem um sentido ético, visando a boa-fé objetiva. Contudo nem sempre será fácil avaliar essa coabitação para tal efeito.

No caso de anulação do casamento por erro a respeito da pessoa, o prazo decadencial para a ação anulatória é de três anos, contados da celebração do casamento, segundo o artigo 1.560, III, do Código Civil, cabendo tão somente sua propositura ao cônjuge que incidiu em erro, sendo a ação personalíssima, conforme o artigo 1.559 do Código Civil.

Também nesse caso, se houver a coabitação posterior, havendo ciência do vício, convalida o casamento, exceção feita aos incisos III e IV do artigo 1.557 (defeito físico irremediável, moléstia grave ou doença mental grave), consideradas essas situações graves. É

vedada a possibilidade de ingresso da ação de anulação ao cônjuge que coabitou, a não ser nos casos excepcionais citados.

Quando ao caso do incapaz de consentir e de manifestar de forma inequívoca a sua vontade, previsto no artigo 1.550, IV do Código Civil, igualmente o prazo para a ação de anulação é decadencial de cento e oitenta dias, contados do casamento, nos termos do artigo 1.560, caput e §1º do Código Civil. Note-se que atualmente os casos de anulabilidade ali previstos são de menores de idade, haja vista que, conforme já estudamos, não há mais, maiores de idade absolutamente incapazes, conforme a revogação do artigo 1.548, inciso I do Código Civil.

Na hipótese de casamento celebrado por procuração, havendo revogação do mandado, artigo 1.550, V, do Código Civil, cabe à ação de nulidade no prazo de cento e oitenta dias, a partir do momento que o mandante teve conhecimento da realização do casamento, artigo 1.560, §2º do Código Civil, sendo, por razões óbvias, o mandante o único detentor de legitimidade para propor a ação, no caso, personalíssima. Observe-se que, a procuração que não foi lavrada por instrumento público gera nulidade absoluta, conforme o artigo 1.542 do Código Civil. E, neste caso, também em havendo a coabitação o casamento será convalidado.

Na hipótese do casamento celebrado por autoridade relativamente incompetente, artigo 1.550, VI, do Código Civil, observa-se que tanto no caso da incompetência “*ratione loci*”, quando um juiz de paz realiza o casamento em determinada localidade fora da sua competência, quanto na incompetência “*ratione personae*”, na qual o substituto do juiz de casamento é incompetente, o prazo para a propositura da ação de anulação é decadencial de dois anos, contados da data da celebração do casamento e a ação somente poderá ser proposta pelos cônjuges, únicos interessados na ação, conquanto há discussão sobre a possibilidade do Ministério Público promover a ação.

Finalmente, consigne-se que, segundo observado por Flávio Tartuce, não há no Novo Código de Processo Civil norma específica para o rito da ação de nulidade ou de anulabilidade do casamento, tendo no artigo 693, do referido diploma legal a previsão de um rito especial para processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. Contudo, segundo o autor, o rol ali previsto é meramente exemplificativo “*numerus apertus*”, e não “*numerus clausus*”, de sorte que o

procedimento especial pode ser perfeitamente aplicado à ação de nulidade ou anulação do casamento.⁴⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do ordenamento jurídico, buscamos analisar no presente trabalho as relações originadas do casamento e suas implicações no direito para solução das várias hipóteses que podem levar à sua dissolução. Dentre essas destacou-se a do erro essencial sobre a pessoa do outro, que nosso ordenamento civil elenca como causa possível de anulação do casamento. A lei traça ditames objetivos para as questões advindas das relações de casamento, no entanto, os conflitos que surgem são carregados de subjetividade, como é próprio do relacionamento afetivo entre duas pessoas, constituindo-se, dessa maneira, em complexa e delicada situação na interpretação e aplicação das normas que regulam a matéria.

Viu-se como é difícil, muitas vezes, extrair dos fatos carreados para os autos conclusões incontestáveis acerca da culpabilidade do cônjuge acusado para a anulação do casamento. Em todas as hipóteses previstas para a anulação um elemento definidor é comum, ou seja, a ignorância anterior ao casamento pelo cônjuge autor do defeito ou erro sobre o outro. A prova dessa circunstância nem sempre se faz de maneira tranquila e clara para o convencimento do juiz, de forma a determinar a anulação do casamento. Aliado a esse fato, a morosidade natural de uma demanda judicial em tais casos, tem levado os interessados na anulação a cada vez menos ingressar com a ação para terminar com o casamento.

Em grande parte devido a esses fatores, o divórcio, desde que foi instituído em nosso direito, tornou-se o meio mais procurado pela sociedade na desconstituição do casamento, pela celeridade do seu processo, hoje, inclusive, possível de realizar-se extra judicialmente, e no qual não se perquire a culpabilidade do outro, constituindo-se assim num meio mais conciliatório e tranquilo para o fim do casamento entre as partes.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Naiara Czarnobai. A anulação do casamento do transexual transgenitalizado por erro essencial sobre a pessoa. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12527. Acesso em: 19 set. 2016.

⁴⁹ TARTUCE, Flávio, Op. cit., p. 90.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de Direito Civil:** família e sucessões. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 set. 2016.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito de família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Submetido em 25.05.2017

Aceito em 10.07.2017