

## A instabilidade da Família, mercê do Projecto do Codigo Civil Brasileiro.

### I

Dando resenha das *principaes idéas vencedoras* no seio da comissão parlamentar dos *Vinte e Um*, na discussão do *Projecto do Codigo Civil Brasileiro*, e no trecho do *Direito da Família*, realça o Parecer *a, sobre todas incandescente, magna vexataque questão do divorcio*, como sendo a que mais solemne debate revelou.

«Numerosos oradores, já da Camara dos Srs. Deputados, alheios á Comissão, ou membros desta, já estranhos ao Congresso Nacional, advogados, magistrados, professores de direito, concorreram com sua palavra leal e autorizada para esclarecer o pleito.

«Todos os motivos, todas as razões, todos os argumentos pró e contra o divorcio, com rompimento do vinculo conjugal, foram ouvidos. Será difficillimo, se não impossivel, achar argumentos ineditos, novos, originaes, já agora, neste assumpto remexido, rebutalhado em todos os sentidos.

«Entre o partido extremo que facultava o rompimento do vinculo e o que o declarava indissolvel em todos os casos, o relator deste parecer teve ensejo de apresentar uma solução intermedia, permittindo a dissolução sómente nos dois unicos casos de *adulterio e tentativa de morte de um conjuge contra o outro*, com a restricção, porém, de *não poder o conjuge culpado passar a novas nupcias*. Não vingou, todavia, este alvitre, permanecendo a comissão, neste ponto, no unico modo de ver da legislação patria. Grandes motivos de ordem pratica, e entre elles sobretudo, o respeito devido, com razão, aos sentimentos da opinião publica nacional, refractaria á reforma tão radical em nossos

costumes, foram os moveis principaes que decidiram do voto da maioria da Commissão.

«Nestas condições o art. 323, paragrapho unico, prescreve:

«*O casamento é indissoluvel e só se rompe pela morte de um dos conjuges.*

«A Commissão, em sua maioria, está convencida de que o divorcio, no classico sentido de dissolução completa do vinculo conjugal, não encontraria apoio em nossos habitos e tradições; não moralisaria a familia; não seria uma solução conveniente a certos males que porventura possam acommetter a esta ultima; poderia ser um fermento de desmoralisação, facilitando aos máos os meios de pôr em pratica os seus desregramentos e aos infelizes outros ensejos de verem renovadas as suas desventuras.

«A Commissão suppõe haver interpretado e acatado os mais caros affectos da maioria do povo brasileiro, decidindo, como decidi, essa tormentosa questão, deixando ao Congresso Nacional dar-lhe o *placet* definitivo. Seria, parece, escusada impertinencia reproduzir, neste papel, os argumentos, todos os argumentos que meditou para tomar o partido adoptado que é o mesmo a que se filiou o nobre autor do projecto primitivo.»

Mas, arredada como provisoriamente foi a *magna vexataque* questão do divorcio, no classico sentido de dissolução completa do vinculo matrimonial, pareceria ter ganho assento firme a estabilidade do casamento, e assim da familia, caso o Projecto definitivo do Codigo Civil, na persuasão de ser *mais providente* (diriamos nós—imprudente) *que a maior parte dos codigos modernos, nomeadamente o francez, fonte e modelo de muitos*, não se abalançasse á enumeração, entre as causas de annullação ou rescisão do vinculo conjugal, *das diversas modalidades do erro essencial* sobre ou na pessoa do conjuge.

O projecto primitivo (art. 256) dispunha que tam-

bem seria annullavel o casamento quando um dos conjuges tivesse consentido nelle por *erro essencial sobre a pessoa* de outro; quasi que reproduzindo litteralmente o direito vigente em materia do chamado casamento civil: «Tambem será annullavel o casamento quando um dos conjuges houver consentido nelle por erro essencial, em que estivesse a respeito da pessoa do outro» (art. 71, dec. n.º 181 de 24 de Janeiro de 1890, art. 1913 do Projecto Coelho Rodrigues; art. 71 do Projecto substitutivo n.º 8—1899, sobre o divorcio, redigido pelo dr. Coelho Rodrigues). A mesma redacção se trasladou para o art. 280 do Projecto revisto pela commissão nomeada e presidida pelo ministro da Justiça e Negocios Interiores, em 1900; e corresponde ao artigo definitivo do Projecto, que assim ficou redigido:— «Faz tambem annullavel o casamento o erro essencial em que estava um dos conjuges em relação á pessoa do outro, quando deu consentimento» (art. 222).

Esta disposição atravessou immune e silenciosa. A ninguém por certo repugna o principio verdadeiro nella contido. Surgiram, porém, hesitações, quando a commissão se arriscou a indicar o que entendia por *erro essencial sobre a pessoa do conjuge*. Desde logo, eis removidas, por geraes e absolutas, as fórmulas consagradas pelas legislações; e foi cahir a um illustre membro da commissão, exaltado *divorcista*, o encargo de amparar contra os casos de annullação, a indissolubilidade asente do casamento!

Em critica ao que encontrára, pondera o relator da commissão especial, que a disposição do art. 105 do codigo civil francez, sobre o qual se modelaram muitos codigos, admittindo a nullidade do casamento por causa do *erro na pessoa*, de envolta com as disposições dos arts. 146 e 180, abriu ensejo ás mais contradictorias interpretações.

«Tres systemas principaes deduziram-se da disposição indefinida e vaga deste texto, conservada, menos pela

certeza das duvidas a que ia dar lugar, do que pela *despreocupaçãõ da pureza scientifica da sua obra* e pelas *idéas muito confusas que tinham os seus autores sobre a theoria dos contractos nullos e annullaveis*. Apesar da opinião de Portalis, relator da parte do codigo referente ao casamento, de que o erro, na materia, não se entendia um simples erro sobre as qualidades, a fortuna ou a condiçãõ da pessoa a que alguém se une, mas um erro que tem por objecto a pessoa mesma, *decidiu-se que o erro referia-se não só á pessoa physica, como á pessoa civil ou social, isto é, - sobre as qualidades constitutivas da personalidade sob o ponto de vista do casamento.*

«Todo o individuo, dizia no Conselho de Estado Thi-  
baudeau, tem qualidades essenciaes que constituem sua existencia e o *personalisam*.

«E' neste sentido que a palavra *pessoa* tem sido empregada.

«Quanto ao erro sobre as qualidades politicas, mo-  
raes ou sociaes, do individuo, basta que elle tenha al-  
terado essencialmente o consentimento.»

No projecto de Codigo Civil Belga, — continua o relator—, F. Laurent, salientando que a materia dos vicios tem uma importancia capital, e pondo á margem as opiniões doutrinaes, entendeu dar-lhe soluçãõ, dispondo que—*o erro sobre o individuo physico ou sobre a pessoa civil vicia o consentimento dos esposos e dá logar á acçãõ de nullidade do casamento* (art. 144). Concebida em termos amplos e não restrictos, deixada em aberto a soluçãõ das duvidas sobre as qualidades constitutivas da personalidade civil, esta disposiçãõ, em que o seu autor quiz concretizar a doutrina do Codigo Civil Francez, tal como ella realmente era sem as amplificações da doutrina, restricta ao erro sobre o individuo physico e sobre a pessoa civil, incorria no vicio do vago e do indefinido dos textos francezes (*Avant—project de rev. du cod. civ.*, F Laurent. Vols. 1, 2, pag.

339, 310). As disposições do Código Civil Allemão (arts. 1333 e 1334) e a do projecto definitivo do Código Suíço sobre o assumpto,—esta ultima estatuinto que o casamento *póde ser atacado por causa do erro na pessoa, ou quando foi contrahido sob o imperio de um erro decisivo sobre as qualidades pessoaes do conjuncto, cuja falta tornaria a vida em commum insupportavel ao esposo enganado* (art. 146), não nos parecem satisfactorias. Mais previdente que o legislador italiano que, depois de haver no projecto primitivo declarado que só o *erro essencial na pessoa*, acarretaria a nullidade do casamento, riscou definitivamente o adjectivo—*essencial*, sob o fundamento de que, em vez de restringir o vago e o indefinido da palavra, ao contrario augmentaria a incerteza e abriria novo campo á controversia sobre a comprehensão do que fosse ou não *erro essencial*,—o código revisto não só manteve estas expressões, como definiu e precisou o que é *erro essencial*.

E, por isso mesmo que a experiencia já demonstrou a inconveniencia de envolver aquella solução em fórmula geral e absoluta, susceptivel de interpretações diversas, o relator preferiu o methodo restrictivo, isto é, da definição e enumeração das diversas modalidades do *erro essencial capaz de annullar o casamento*.

O projecto, sahido da primeira revisão, continha no art. 281:

«Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro conjuge:—1.º A ignorancia de seu estado civil ou religioso;—2.º A ignorancia do crime inafiançavel e não prescripto, commettido antes do casamento;—3.º A ignorancia de defeito physico irremediavel e anterior, a impotencia, e qualquer molestia grave, incuravel ou transmissivel;—4.º O desvirginamento da mulher, si o marido não tinha conhecimento desse facto.»

Agora, o substitutivo do relator:

«Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro conjuge :

1.º A ignorancia do seu estado civil ou religioso, ou de sua identidade pessoal, ou da integridade physica da nubente, si esta for solteira.

2.º A ignorancia de crime infamante contra a honra ou contra a propriedade, anterior ao casamento, ainda que prescripto.

3.º A ignorancia de defeito physico, irremediavel e anterior, como a impotencia ou qualquer outro que impossibilite a procreação.

4.º A ignorancia de molestia asquerosa grave e transmissivel por herança ou contagio, como a epilepsia ou a alienação mental de qualquer fórma.

Por sua vez, a proposta—Torres Netto corrigia por esta fórma o art. 281:

Dá-se erro:—1.º Quando versar sobre o estado civil da pessoa, dizendo-se erro no ultimo caso quando ou um dos contrahentes acreditou ter sido acusado com uma certa pessoa, entretanto o casamento foi celebrado com pessoa diversa; ou quando ignorava que a pessoa com quem se casou houvera commettido crime inaffiançavel ainda não prescripto.—2.º Quando o marido soffrer de impotencia absoluta anterior ao casamento.—3.º Quando a mulher estiver disvirginada.

O conselheiro Andrade Figueira propunha a eliminação do artigo que falla de erro essencial, o de ignorar a condição civil ou religiosa do conjuge. Que é a condição civil? perguntava: «Quando havia escravidão o estado civil mesmo não annullava o casamento, o marido podia ser escravo e a mulher livre e vice-versa, e isso era commum. Mas, hoje não havendo mais escravidão, o estado civil pode referir-se a ser casado ou solteiro. Si um sugeito casa com uma mulher suppondo que ella tem 18 annos e verifica que ella apenas tem 12, é isso motivo para annullar o casamento?—Agora, o estado religioso é motivo para an-

nullar o casamento? Si um homem casa com uma mulher que é catholica e depois verifica que é judia, pode annullar o casamento? Demais, em um estado leigo, como é que se quer dar por nullo um casamento, porque um individuo ignorava a religião do outro?»

É não ha nos trabalhos da commissão parlamentar mais traço algum de discussão sobre a materia. Encontra-se, porém, a emenda seguinte que foi elaborada pelo relator parcial, o mesmo que ensaiara um outro substitutivo:

«Substitua-se pelo seguinte:

«Art. 181. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro conjuge:

1.º, o que affecta as qualidades pessoaes do conjuge, a sua honorabilidade ou de sua familia e cujo conhecimento posterior torna insupportavel a vida commum ao esposo enganado;

2.º a ignorancia de crime inafiançavel *anterior ao casamento e definitivamente julgado por sentença condemnatoria*;

3.º a ignorancia de defeito physico, irremediavel e anterior ao casamento, como a impotencia, ou de molestia *grave e transmissivel*, por contagio ou herança, capaz de comprometter a saude do conjuge ou de sua descendencia, como a epilepsia ou a alienação mental de qualquer fórma:

4.º o disvirginamento da mulher, desconhecido do marido (\*).

E assim, pela votação (reunião de 16 de Dezembro de 1901) o art. 281 ficou prejudicado pela approvação do substitutivo do relator.

Na redacção final, suprimidas as palavras—*ou de sua familia*—no n. 1.º do art. 281 (proposta—Andrade Figueira), além das outras alterações, o art. 281 passou a ser o art. 223 do projecto adoptado, pela com-

(\*) As palavras sublinhadas foram indicadas nas emendas propostas pelo dr. Clovis Bevilaqua e Faculdade de Direito de Minas.

missão especial da camara dos deputados; considerando-se, portanto, como erro essencial sobre a pessoa do outro conjuge:—o que affecta as qualidades pessoais do outro conjuge, a sua honorabilidade, e cujo conhecimento posterior torna insupportavel a vida common ao esposo enganado;—a ignorancia de crime inafiançavel anterior ao casamento e definitivamente julgado por sentença condemnatoria, — a ignorancia de defeito physico. irremediavel e anterior ao casamento, como a impotencia, ou de molestia grave e transmissivel, por contagio ou herança, capaz de pôr em risco a saude do outro conjuge ou de sua descendencia como a epilepsia ou a alienação mental de qualquer fórma; —e por ultimo, o disvirginamento da mulher, desconhecido do marido.

Teria a commissão conseguido resolver atiladamente, com as devidas cautelas, o problema que tortura a tantas legislações e doutrina, construindo uma fórmula clara e inflexivel em que se desprendesse do vago e indefnido o erro de pessoa em materia de casamento?

Lamentavelmente, não.

A commissão auctorisa essa desanimadora resposta.

A redacção, apurada como final e definitiva no art. 223, e num caso em que toda a precisão e nitidez dos termos devem ser alvejadas, se baralha e se obscurece, posta em confronto com o artigo anterior, o n. 182 § 7.º

Neste artigo se taxa a prescripção de dous annos para a acção que o conjuge tem de promover para a annullação do casamento contrahido com *ignorancia* em relação ao outro.

Desde ahí percebe-se a discrepancia. O art. 223 consagra o termo —*erro*; art. o 182 exprime—*ignorancia*. Si *erro* e *ignorancia* se equivalem nos seus effeitos, não se confundem em suas noções.

Mas, o art. 182, comquanto o n. 223 tivesse opportunamente discernido os casos de erro essencial na

pessôa, e ao em vez de se remittir a este artigo, quiz por sua vez tambem assignalar aquelles casos, e dispoz:

I. A acção do conjuge para a annullação do casamento contrahido com ignorancia em relação ao outro:

- a) de seu estado civil e religioso;
- b) de crime inafiançavel anterior ao casamento e de finitivamente julgado por sentença condemnatoria;
- c) de defeito physico, irremediavel e anterior, e qualquer molestia grave, incuravel e transmissivel, contado o prazo da data do casamento.»

Em disposição anterior, adaptou-se á «prescripção de dez dias, contados do respectivo acto, a acção do marido para a annullação do casamento contrahido com mulher já desvirginada» art. 182, § 1.º).

Entre redacções tão discordantes, traçadas embora pela mesma penna, e informadas pelo mesmo espirito, a hesitação na escolha nos arrasta a pensar que os redactores do *Projecto* não encontraram a solução das duvidas que se entranham na theoria do erro da pessôa: escapa-lhes a fórmula procurada, a fórmula decisiva, a fórmula acabada e procurada. E ao certo, é ocioso ir alem buscar outros motivos de suspeita contra as innovações que em materia de tanta ponderação e delicadeza attrahiram a Commissão.

Si os casos contidos nas letras b) e c) do art. 182 § 7.º se ajustam aos ns. II e III do art. 223, o mesmo não acontece com as numeradas na letra a) do primeiro artigo e no segundo. Seria desviar noções correntes, abranger no *estado civil e religioso* todas as *qualidades pessoases*, a *honorabilidade* da pessoa. A identidade physica do homem não se confunde com a sua identidade civil; o que importa reconhecer que ha qualidades naturaes ou physicas e assim qualidades do estado civil e assim qualidades do estado religioso.

Dest'arte, o *Projecto* vacilla na coordenação dos casos de *erro essencial*, Indeciso entre duas formulas,

enrea-se em ambas. E os tribunaes que, á vontade, descubram rumo no meio de tantas obscuridades!

## II

Acto juridico, denomina o Projecto, é todo o acto licito, que tenha por fim immediato adquirir, conservar, modificar ou extinguir direitos (art. 83); e esse pode ser annullado, quando as declarações da vontade houverem sido feitas por erro substancial (art. 88). Ora, é substancial toda a vez que versa sobre a natureza do acto, sobre o objecto principal da declaração de vontade, sobre alguma das qualidades essenciaes do mesmo objecto (art. 89); e tambem aquelle que recae sobre as qualidades essenciaes da pessoa a que se refere a declaração (art. 90). A falsa causa sómente inquina o acto, quando expressa como rasão determinante ou sob a fórma de condição (art. 92). Estes os principios communs que em materia de erro nos actos juridicos o Projecto acceitou. Mas a theoria geral do erro não é a theoria do erro no matrimonio, e isto pela propria natureza das cousas, pela indole e objecto especial deste contracto, pelos altos interesses que com elle se relacionam (Bianchi): o erro deve subir á extrema gravidade para annullar o casamento que, no dizer de Vareilles-Sommières, *doit être le plus solide et le plus respecté de tous les contrats*. Dahi, as empenhadas discussões em que se debate a questão do erro no casamento, a partir das interpretações varias com que se tem procurado apprehender o sentido adequado que convem ás palavras — *erreur dans la personne*, do codigo civil francez (art. 180), *errore nella persona*, do art. 105 do codigo civil italiano.

O erro está na falsa noção de uma cousa. Errar é crer uma cousa por outra. E o impedimento do erro no casamento, é no conceito de A. Bevilacqua (*Trattato sul matrimonio*), *l'inabilità a contrarre matrimo-*

*nio, sorta per l'errore circa la persona.* O erro pode interessar á *peessoa* como no caso em que, se julgando tratar com Tício, trata-se em realidade com Paulo;— á *fortuna*, como se considera alguém em conta de rico, quando é pobre;— ao *estado* ou *condição*, si é escravo aquelle a quem se reputa livre;— á *qualidade*, si julga-se honesto a quem é deshonesto; identificando-se de ordinario, o erro de *fortuna* com o de *qualidade*. Ainda o erro de *qualidade* póde versar sobre uma qualidade intrinseca á pessoa, qual a da virgindade, ou sobre uma qualidade extrinseca, tal a fortuna.

Intercorrendo no contracto matrimonial o erro na pessoa, ou seja na substancia da pessoa, na identidade pessoal, invalida-se o casamento. O erro, neste caso, tolhe o consentimento, indispensavel em todo o contracto, consentimento que erradamente recae sobre o objecto substancial do casamento, que é a pessoa livremente escolhida pelo contrahente.

Muitos distinguem o erro de pessoa, *quando hic putatur esse homo ille, et est alius*;—o erro de fortuna, *quando putatur esse dives qui pauper est, vel e converso*;—o erro de condição, *quando putatur esse liber qui servus est*;—e o erro de qualidade, *quando putatur esse bonus qui malus est*.

Não impede, *per se*, a validade do casamento, o erro em que possa laborar um dos conjuges, com relação á nobreza, á fortuna, virtude, virgindade, indole do outro; muito embora a semelhante erro acceda o dolo: *nam hae qualitates non cadunt in contractûs substantiam; sed eiusdem accidentalia, et extrinsecae causae sunt* (J. Ferrari, *Summa Institut. canonic.*). Os defeitos do que é accidente não destroem o que é substancia. O erro *per se* na qualidade não exclue o consenso. E si desse modo se não cohibissem as causas annullatorias, *multa forent quae in dedecus coniugum, prolis, et utriusque reipublicae, nutarent Matrimonia, cum sint*

*coniuges qui in huiusmodi vanos erumpunt gemitus:*  
— Si scivissem, non contraxissem, etc (J. Ferrari).

Dous casos ha, porem, em que accidentalmente o erro, vindo a recahir na *qualidade*, impede o consentimento e annulla o casamento:—*a*) quando a *qualidade* entra *per modum conditionis*, tal o caso em que um dos contrahentes revele a vontade actual de contrahir matrimonio com outro, sob a condição expressa de ser este — *nobre, rico*;—*b*) caso o erro de *qualidade* redunde no de *pessoa*, de modo que a qualidade determine a pessoa, *ut si quis velit ducere primogenitam regis*.

Esta é a theoria mais segura e que melhor attende aos gravissimos interesses sociaes que assentam na estabilidade da familia, mórmente quando, na frouxidão actual dos costumes, de momento a momento se vão desapertando os vinculos conjugaes.

### III

Destas linhas fixas, não poucos se destacam, retirando das leis civis, e de preferencia da franceza, ampliações, engenhosas por certo, mas sempre temerarias.

Sem reparos, quanto aos effeitos do erro que recae na pessoa, na identidade pessoal. Desse cogitou o legislador no art. 180 do codigo francez, como no art. 105 do codigo italiano. Em torno, porém, da expressão legal — *erro na pessoa*, é grande a discordia das opiniões.

Pothier, em quem o codigo francez tanto se inspirou, dá força annullatoria exclusivamente ao erro na *pessoa physica*; exclue o erro sobre as qualidades pessoaes. E nessa opinião tradicional continuaram os redactores do codigo francez, Réal, Emmery, Thibaudeau, Cambacèrès, e de preeminencia de Portalis, que redigindo a exposição de motivos, deixou escripto: — *l'erreur en*

*matière de mariage ne s'entend point d'une simple erreur—sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s'unit—, mais d'une erreur qui a pour l'objet la personne même.* Diziamos mais tarde Napoleão:—*le nom et les qualités civiles ne font pas la personne. Que sont auprès des qualités naturelles les qualités purement civiles?* E assim se manteve em todo o seu vigor e clareza a doutrina de Pothier, ainda sufragada por Touiller, Delvincourt, Duranton, Zachariae, Prondhon, Giraud, Laurent, Baudry-Lacantinerie, Va-reilles-Sommières, a maioria enfim dos civilistas francezes, e com estes Ricci, Pisani-Ceraolo na Italia.

Divergem outros, entendendo, ora com Demolombe, que o erro na pessoa comprehende «tambem o erro sobre a pessoa social, isto é, sobre a propria identidade da pessoa sob o ponto de vista do estado civil»; ora com Marcadé «que o erro sobre a pessoa, do art. 180, se refere unicamente ao erro sobre as qualidades, porque o erro sobre a identidade physica da pessoa não póde dar logar á nullidade, mas á inexistencia do matrimonio», ora com Bianchi, que o casamento póde ser annullado por erro, somente quando este recahe sobre as qualidades fundamentaes da pessoa; ora com Th. Huc, que distinguindo as qualidades integrantes da pessoa, das de caracter accidental e secundario (*fortuna, saude, probidade*), attribue effeito dirimente apenas ao erro que versa sobre estes attributos, *certaines manières d'être, o estado civil, faculdade de gerar, a religião, a nacionalidade, a isenção de compromissos religiosos.*

Creou-se, pois, a artificiosa theoria do erro nas qualidades essenciaes ou fundamentaes da pessoa, qualidades naturaes ou civis, attributos, e que em seu conjuncto devem perante a lei individualisar e personificar alguém, na familia e na sociedade.

Não ha dessas doutrinas uma só que precise e assignale, de modo a cortar o perigo das hesitações pos-

siveis, qual seja, ou quaes sejam as qualidades que, na expressão de Borsari, constituem a *nota caratteristica della persona*. Tudo é vago, inconsistente, indeciso, generico; demonstrando a insufficiencia do criterio a seguir em materia de tanta relevancia, quando a lei, devendo esforçar-se, tanto quanto possa, para impedir e atalhar o damno social que resulta sempre da annullação do casamento, procura restringir os casos de dissolução dos vinculos conjugaes. Ora, pergunta Scotti,—*supponibile che il legislatore così cauto, così guardingo nell'autorizzare una domanda per nullità di matrimonio, abbia potuto dare appiglio alle parti se non per fare dichiarare, almeno per chiedere la nullità di quasi tutti i matrimoni?* A qualidade pessoal não varia, não se gradúa de pessoa a pessoa? Accidental para um, não pode uma qualidade se tornar determinante para outro? E convem deixar o casamento em sua estabilidade entregue ao jogo das apreciações individuaes?

Poderiam os tribunaes, aconselha Demolombe, pensar maduramente todas as circumstancias do caso, a situação do conjuge enganado, seu *character pessoal*, para afinal se pronunciar pela relevancia ou irrelevancia do erro sobre o consento. Assim, pensa, estariam resolvidas todas as difficuldades. Mas, semelhante doutrina, que em fundo transfunde o direito numa questão de sentimento, não pode ser mais deploravel, retruca Laurent: abdica diante dos factos e sobre o direito realça o arbitrio do juiz. *En disant que le mariage est nul quand il y a erreur dans la personne, ont-ils* (os redactores do codigo civil francez) *ont-ils voulu que les tribunaux pussent annuller le mariage en se fondant sur le « caractère personnel de l'époux » ? Non, évidemment non. Nous disons qu'une pareille doctrine est déplorable; en effet, elle subordonne le droit au fait, elle convie le juge à tout décider d'après les circonstances de la cause. Si tel était le pouvoir du juge, à quoi servirait la science du droit ?*

Em resumo: intercorrente o erro de pessoa, o casamento não é nullo, mas annullavel, desde que o erro recaia sobre a personalidade physica, sobre a identidade do outro conjuge. *Elle est inopérante*, conclue Laurent, *si elle porte sur une qualité, même essentielle, telle que celle de ne pas être un prêtre défroqué, un forçat libéré.*

No direito allemão, o conjuge enganado por erro na pessoa e nas qualidades (*Eigenschaften*) pessoas do outro conjuge, pôde pedir a annullação do casamento; mas essas qualidades devem ser taes que, si conhecidas fossem pelo conjuge enganado, se não teria contrahido o enlace matrimonial (art. 1333, cod. civ. allemão de 1896). No projecto primitivo, comquanto a disposição afinal vencedora contasse antecedentes no *Land-drech* prussiano (II, 1, § 40) e no codigo saxonio (§§ 1595 e 1596), considerava-se apenas o erro na pessoa; por isso que entre os principios regentes do acto juridico em geral se não attribuia força annullatoria ao erro que recahisse nos motivos determinantes do acto juridico, regra mais tarde supprimida. Como observa *De La Grasserie*, na solução acceita pelo codigo allemão, ha larga margem para o arbitrio do juiz. Não pode deixar de ser subjectiva a apreciação das *qualidades substanciaes* da pessoa.

Reduzem o erro efficaz para annullação do casamento sómente áquelle que versa sobre a identidade pessoal do conjuge, e não sobre os seus attributos, os codigos—austriaco, chileno, mexicano, hollandez, servio e outros.

#### IV

No direito patrio, e anteriormente á lei do chamado casamento civil, annullava-se o casamento, no caso de erro, fosse ou não filho de dolo, sobre a identidade da pessoa, ou sobre qualidade á ella inherente tal, que si fosse previamente conhecida, teria exercido, segundo

presumpções razoáveis, decisiva influencia na deliberação do contraente illudido, como era, por exemplo, a condição servil, a enfermidade de espirito. Mas, como observou Lafayette, de quem é o trecho antecedente,—a respeito do erro sobre a qualidade da pessoa a pratica era mui restricta e circumspecta. E tal era o escrupulo dos juristas, que em seu *Esboço* do Codiggo Civil Brasileiro, art. 1439, Teixeira de Freitas assignalou como erro essencial, tres casos restrictos e claros: *a)* quando versar sobre a pessoa, isto é, quando um dos contraentes acreditar ter casado com uma certa pessoa, entretanto, que o casamento foi celebrado com pessoa diversa;—*b)* quando um dos contraentes acreditar ter casado com uma pessoa livre, entretanto que o casamento foi celebrado com pessoa escrava;—*c)* quando a mulher se casar já pejada por obra de outro, sem que o esposo o soubesse. Exclua-se, portanto, como regra geral, e nas condições admittidas por Lafayette, o *error qualitatis redundans in personam*, aliás aceita pelo direito canonico.

Felicio dos Santos, no seu *Projecto de Codiggo Civil Brasileiro*, adopta o caso de annullação do casamento pelo conjuge, que tenha sido induzido em erro sobre a identidade da pessoa do outro conjuge (art. 671); é o erro de identidade. "Por exemplo, Pedro ajustou se casar com Maria, e apresentam-lhe no altar Bertha, com quem se casa, suppondo casar-se com Maria. Mas, si o erro foi, não sobre a identidade de pessoa, e sim sobre as qualidades pessoaes, não pode o casamento ser annullado. Por exemplo, si Pedro ajustou casar-se com Maria suppondo-a rica ou prendada, e Maria não tem essas qualidades, o casamento não pode ser annullado, visto que casou-se com a pessoa com quem ajustou se casar." Entretanto si o erro fôr grave, e que si fosse conhecido, não teria logar o casamento, faculta-se o divorcio não com effeito de dissolver o vinculo (art. cit. § unico e 716).

A lei do chamado casamento civil (dec. n.º 181, de 24 de Janeiro de 1890) veio aggravar mais a controversia, reputando por *erro essencial* na pessoa,—a ignorancia do seu estado; a ignorancia de crime inafiançavel e não prescripto, anteriormente commettido; a ignorancia de defeito physico e irremediavel e anterior, como a impotencia, e qualquer molestia incuravel ou transmissivel por contagio ou herança art. 72). A' parte o primeiro caso modificado para o de *ignorancia do estado civil ou religioso*, os demais foram totalmente trasladados para o *Projecto de Codigo Civil*, de que se encarregou o dr. Coelho Rodrigues, que foi o relator do decreto de 1890, e autor do *Projecto* substitutivo, n.º 8--1896, do Senado, com que se alteraram de novo as condições do erro essencial para a annullação do casamento:—o primeiro caso, erro na pessoa, se desdobra em erro no estado civil, ou religioso, erro na identidade pessoal, erro na integridade physica (da nubente, se esta for solteira);--o segundo restringe-se, para considerar tão sómente o crime infamante contra a honra ou contra a propriedade;—o terceiro, bifurca-se precisando que o defeito physico, deve ser tal que impossibilite a procreação, e por outro lado particularizando que a molestia deve ser asquerosa e sobre isso—grave e transmissivel, como a lepra, a epilepsia ou a alienação mental (art. 72).

O primeiro caso, unico que preoccupa estas linhas, a *ignorancia do estado* (art. 72, § 1.º, dec. de 1890) incide na censura do dr. Clovis Bevilaqua, como uma "expressão vaga e elastica, vacillante e equivoca. Parecerá que a lei refere-se principalmente ao estado de virgindade da mulher,—o que é cabivel e justo,—, porém pode aquella expressão perfeitamente referir-se á situação economica de uma pessoa,—e é repugnante a todos os principios que se proponha a annullação de um casamento sob tal fundamento. Estou convencido, ainda é o dr. Bevilaqua continuando, de que não está

no espirito da lei esta exquesitice, mas quero salientar a inconsistencia do vocabulo empregado" (*Direito da Familia*). Propende, porém, para admittir que é "da existencia legal, do modo de ser juridico do individuo na sociedade, mormente na familia, que se tracta, pois são relações de familia que o estado civil determina. Si o individuo é pae (ou mãe), si é filho legitimo, adoptivo ou natural, si tem capacidade plena, ou soffre interdicção, si é solteiro ou viuvo, eis as situações, ou modalidades do estado civil que interessa determinar, para o caso da annullação do casamento." Pelo que, conclue, fica excluida a questão da virgindade, pois que o estado civil faz abstracção dos sexos, como bem diz Dramard "(Ibid.); opinião que manteve no seu *Projecto do Codigo Civil* (art. 257 e 259).

Não entendeu assim um julgado (o da Camara Civil do Rio, de 25 de Setembro de 1899, confirmado em parte pela Côrte de Appellação, em 24 de Janeiro de 1901), que, considerando a virgindade como *attributo da pessoa, modo de ser da pessoa não susceptivel de augmento ou de diminuição*, e apadrinhando-se com o *Direito Canonico* (?), assenta que a ignorancia da falta de virgindade equivale á *ignorancia do estado*.

Tudo, pois estava a indicar, que sobre a expressão *erro na pessoa* eram muitas as duvidas que emergiam; e que o legislador cauteloso e prudente teria de se conduzir em primeira linha pela consideração de ser o casamento um contracto de indole especial e melindrosa, o mais solido e respeitado de todos os contractos, como o qualifica Vareilles—Sommières; e que por isso mesmo os casos que tivessem de invalidal-o deviam ser, não só restrictissimos, como ainda inequivocos e assim resistentes a ampliações temerarias.

## V

Apparentemente,—e já o fomos notando —, a Commissão Parlamentar, a que se submetteu o exame demo-

rado do *Projecto*, empenhada em acatar *os mais caros affectos da maioria do povo brasileiro*, os nossos *habitos e tradições*, e desviar do matrimonio mais um *fermento de desmoralisação*, que pela cultura do divorcio, facilitaria *aos máos os meios de pôr em pratica os seus desregramentos e aos infelizes outros ensejos de verem renovadas as suas desventuras*, a Commissão dos *Vinte e Um* tratou de, pela indissolubidade, consolidar o casamento (art. 323, § un.). E comquanto fossem em geral ponderosas, e em toda a sua enumeração —demarcadas, precisas, inequivocas as causas determinantes do divorcio *quoad vinculum* (*Trab. da Commissão*, vol. v., pag. 4), a Commissão recusou *in limine* o projecto apresentado, não convindo de modo algum abalar a estabilidade e a resistencia do vinculo conjugal. Mas, si por esse lado, foi incorruptivel o resguardo com que se procurou amparar a indissolubilidade do casamento contra os preopinantes do divorcio, por outro a Commissão franqueou as conjuncturas da annullação do casamento, expondo a familia a maiores e mais frequentes perigos, que os resultantes da instituição do divorcio. Cancellou-se do projecto *divorcista* o caso do *mutuo consentimento*, e postas em confrontação e medida as *causas determinadas* para o divorcio a as causas de annullação do casamento concentradas no *erro essencial sobre a pessoa* (art. 223), e aquellas sobrepujam estas pela nitidez dos factos objectivos em que se resolvem, impedindo assim occasião, o que é um gráo de perfeição na lei, ao arbitrio sempre perigoso do juiz. A' parte a implantação funesta do principio do divorcio em nosso regimen de familia, não seria o preferil-o, mais damnoso do que o risco a que ficam expostos os casameutos com as causas de annullação do art. 223, tão imprevisas, elasticas, indeterminadas são aquellas que se podem gerar dentro das expressões—*qualidades pessoaes, honorabilidade*, do infeliz artigo.

Isto é peor que um *processo clandestino de divorcio*,

*uma verdadeira armadilha á bôa fé*, na frase de um deputado (sr. Vergne de Abreu, sessão de 20 de Março), Outro deputado já havia ponderado, coincidindo com as nossas as suas observações:—«ao passo que a comissão negou-se a admittir o divorcio, mesmo nos casos em que um conjuge attenta contra a vida do outro e nos de adulterio, abafando a consciencia de seus membros, por um principio superior, qual o de não alterar os nossos costumes, mantendo a indissolubilidade do vinculo matrimonial, — por outro lado abre porta larga para a dissolução deste vinculo. Assim é que o *Projecto* faculta a annullação do casamento nos casos em que houver erro sobre as qualidades pessoas do outro conjuge, sua honorabilidade, e cujo conhecimento posterior torna a vida insupportavel ao conjuge enganado. Quando se trata de direitos taxativos deve-se excluir o mais possivel o arbitrio.—O codigo civil allemão, é certo, não definiu o que sejam qualidades essenciaes da cousa, objecto do contracto, nem das pessoas, partes nelle, deixando isso ao arbitrio dos juizes, porem limitou este arbitrio e disse—*segundo o uso*, o que não fez o legislador brasileiro, que não poz limite algum. » (Dr. Augusto de Freitas, sessão de 13 de Março).

O codigo allemão, sem duvida, attribue ao erro sobre as qualidades, sobre as particularidades da pessoa de um dos conjugues, a efficacia de romper o vinculo. Mas, naquelle direito se não trata de uma disposição nova, de uma disposição exotica. O art. 1333 recebeu essa causa de annullação, tal como a formulou, do *Landrech* prussiano (II, 1, § 40) e do Codigo saxonio; e a doutrina e a jurisprudencia já tiveram tempo de cohibir as amplificações do caso, firmando o sentido em que deve ser estimada a sua lettra, clareando o espirito que a dictou, e num paiz em que os tribunaes, encarregados da applicação do direito, tem uma elevada cultura juridica e recebem largos subsidios dos

ensinos universitarios. E ainda assim, reconhece De La Grasserie, *la difficulté ne nous semble que reculée par cette formule, l'appréciation devra être subjective.*

Qualidade, explicam os lexicographos mais communs, é o que faz com que uma cousa seja tal como se considera;—é a propriedade ou condição natural das pessoas ou cousas pela qual se distinguem de outras; é o que constitue a maneira de ser das pessoas ou das cousas; um attributo menos essencial. É um *accidente*, como ontologicamente se reputa, que imprime á substancia uma certa maneira de ser, e porque é accidente se não confunde com a differença específica.

A sciencia, a côr, a virtude, etc. são accidentes, porque são *qualidades*, que, em falta embora, deixam persistir a substancia. De modo que, a *qualidade* é um accidente no objecto do casamento, objecto que nesse contracto se confunde com as pessoas dos nubentes. Todo o erro, pois, no objecto contractual do casamento é erro que versa sobre as pessoas dos contrahentes. Mas sendo a *qualidade* um accidente, o erro de *qualidade* no casamento não affecta ao objecto, á substancia, á essencia do vinculo conjugal. Qualquer que seja a natureza da *qualidade*, e portanto o erro que nella verse, deixa integro o consenso no matrimonio, e é quanto basta para tornal-o irresolúvel. Dahi o principio de Graciano: *Error fortunae et qualitatis coniugii consensum non excludit*, no que concorda a grande maioria dos jurisconsultos catholicos e protestantes, conforme o testemunho autorizado de F Glück. Não se encontra assim base scientifica para tornar relevante o erro de *qualidade*, a menos do caso *quo quis expresse intenderet non contrahere si talis qualitas personae insit vel non insit*, porque então o erro de *qualidade* reverte em erro de *pessoa*.

Sem embargo destes principios, a theoria posta em voga por Marcadé e outros, e que se pretende semear em nosso direito, recebe como efficaz o erro so-

bre a *qualidade*, isto é, o erro sobre um accidente. Combinada, porém, a regra, entraram em frequentes divergencias as suas applicações. O accôrdo desapparece, eis que se trata de apurar quaes os attributos ou *qualidades* pessoaes, cujo erro ou ignorancia acarreta a resolução do casamento. As *qualidades* variam em numero; variam em sua natureza; variam na intensidade com que operam na substancia; variam de temperamento a temperamento; variam de classe em classe social, e a sua apreciação subjectiva por parte do contrahente que se diz illudido, torna-as ainda mais precarias, mais dubias, menos apprehensiveis. Quaes são essas *qualidades*? As chamadas *fundamentaes e essenciaes*, insusceptiveis, como se diz, de augmento ou diminuição? Mas essas, desde que são *fundamentaes, essenciaes* da pessoa, perdem a natureza de *qualidades*, pois a qualidade é um accidente. Serão *propriedades*... E, quando as houvesse, não se afastaria o character de *fundamentaes*, desde que ficam expostas ás alternativas da apreciação pessoal, que é sempre vária, de cada conjugue? Por certo; ao contrario, seria commodo catalogar essas *qualidades essenciaes*, dispensando-se portanto o perigo das estimativas individuaes.

Ora, si uns juristas cream listas phantasticas de *qualidades*; emquanto que outros apenas se pronunciam pelas *constitutivas da pessoa civil*; e ainda outros por aquellas que tornam o nubente apto para o casamento; e finalmente outros que engeitam para os tribunaes a decisão dos casos (Baudry-Lacantinerie),—semelhante doutrina deve ser repudiada. E' uma theoria toda ella artificial, incerta, descansando em fundamentos imaginarios (R. Janssens, Supplem. a Laurent), e evidentemente nociva á segurança do casamento.

Para testemunho da perplexidade em que se debatem os propulsores dessa doutrina, é sufficiente comparar, como aliás já ficou feito, o *Projecto* primitivo com o *Projecto* revolido pela commissão, atravez das emen-

das apresentadas no correr da discussão extraparlamentar. Num, a formula proposta era — *ignorancia do estado civil ou religioso*; noutra, a variante — *ignorancia do estado civil ou religioso ou da identidade pessoal*; para em remate cahir no vacuo incommensuravel destas expressões — *qualidades pessoaes do outro conjuge, a sua honorabilidade!* — expressões sem consistencia, e por isso mesmo sem valor technico, que, numa jurisprudencia mutilada por vinte e um tribunaes superiores, acabarão por desaggregar a familia

Cabe aqui reproduzir mais um trecho do discurso do sr. deputado Augusto de Freitas, em critica ao art. 223:

« diz o artigo: Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro conjuge o que affecta *as qualidades pessoaes do individuo, a sua honorabilidade.*

•O SR. SEABRA—A honorabilidade é já outra cousa, são as qualidades pessoaes, não se trata da honorabilidade.

•O SR. AUGUSTO DE FREITAS—Oh! Si eu não visse nesta resposta antes uma evasiva.

«O SR. SEABRA—E' uma injustiça; V Ex. não póde dizer isto.

•O SR. AUGUSTO DE FREITAS—V Ex. quer a demonstração irrecusavel de que é uma evasiva?

•Acceitemos, senhores, o debate neste terreno escolhido pelo nobre Deputado—as *qualidades pessoaes.*

«Podem por ventura, as *qualidades pessoaes* do individuo ser consideradas como o *seu estado civil e religioso?*

«Attendei, senhores, ao valor da technica juridica; vêde bem que não se pode abandonar aquillo que a sciencia consigna e as legislações sancionam.

«Em Codigo algum encontro, e jamais alguém se lembrou de dizer, que as *qualidades de uma pessoa.* que concretizam a sua honra, os seus costumes, no meio social, ou na vida privada, pudessem, ser chamadas *estado civil e religioso.*

«E a Comissão não quiz chamar a isso *estado civil e religioso*.

«Tomo a defesa da Comissão; ella tal não pretendeu, porquanto na lei preliminar do Codigo, quando estatua sobre a lei que rege o estado e a capacidade civil da pessoa determinou que o filho menor e a mulher casada seguiriam o *estado civil* do pai e do marido.

«Que entendeu, então, a honrada Comissão por *estado civil* ? A lei da nacionalidade.

«Si é esta a technica da Comissão, si *estado civil* é a lei da nacionalidade, porque mais tarde definir por tal expressão as *qualidades pessoas* do conjuge ?

«Si deixardes ficar esse desvio na linguagem juridica da lei, quando, de futuro, proposta a annullação do casamento por ignorancia do estado civil, os tribunaes irão colher na lei preliminar do Codigo, parte fundamental d'elle, a definição de estado civil e vereis ser annullado o casamento por erro sobre a *nacionalidade do conjuge*.

«Foi isto que a Comissão quiz estabelecer ? Não, senhores, a Comissão tal não quiz.

«O interesse que liguei ao exame do caso nas poucas horas que os meus afazeres permittiram, a homenagem que presto á competencia de cada um dos membros da Comissão, o apreço em que tenho a todos, levaram-me a investigar a causa desse desacerto ou inadvertencia e a descobri-la.

«Havia, senhores, no projecto primitivo do Sr. Clovis Bevilacqua, projecto revisto pela Comissão dos jurisconsultos e após pela Comissão parlamentar, uma disposição que determinava poder o conjuge propor a annullação do casamento, quando ignorado o *estado civil ou religioso do outro*.

«No seio da Comissão largo debate se travou sobre o valor e o alcance da expressão *estado civil e religioso* e, após elevada discussão, adoptou-se como

fórmula, que pareceu melhor traduzir o pensamento no caso de *erro essencial sobre as qualidades pessoaes e a honorabilidade* do outro conjuge.

«E a comissão substituiu o art. 222 do projecto por este que ora se vê, esquecida de haver deixado atrás, como motivo de annullação do casamento, a *ignorancia do estado civil e religioso*.»

## VI

*A comissão parcial* regeitou, *por amplos e não restrictos* e por deixar *em aberto a solução das duvidas sobre as qualidades constitutivas da personalidade civil*, os termos em que E. Laurent redigiu nessa parte o Projecto do codigo civil belga, referindo *o erro sobre o individuo physico ou sobre a pessoa civil*; — recusou adoptar a disposição do codigo civil allemão sobre o *erro na pessoa do conjuge ou sobre suas qualidades pessoaes* por não lhe parecer *satisfactoria*, motivo que igualmente a demoveu de assentir ao codigo civil suizo que estatue *sobre o erro decisivo sobre as qualidades pessoaes do conjuncto, cuja falta tornaria a vida em commum insupportavel ao esposo enganado*, — e deixa-se persuadir que estão prevenidas todas as duvidas com a redacção infeliz do art. 223, ao definir entre os casos do *erro essencial* o que versa sobre as *qualidades pessoaes* do conjuge, sobre a sua *honorabilidade!* E é com isto que a comissão parcial annunciou em seu relatorio, *definir e precisar o que é erro essencial?* Os termos de que se apropriou na redacção do art. 223 não são tão vagos, se não mais equivoocos com o accrescentamento do caso da *honorabilidade* (?), que os termos do Projecto do codigo civil belga e dos codigos civis da Allemanha e Suissa, aliás taxados de amplos, pouco satisfactorios e dando brecha a interminaveis controversias?

*Qualidades pessoaes* são todos os attributos da

pessoa natural, da pessoa civil. A *honorabilidade*, nas noções correntes, não deixa de ser uma qualidade pessoal; e entretanto o artigo 223 a remove do numero das qualidades pessoais, dando-lhe um relevo á parte, para maior confusão do dispositivo adoptado.

*Qualidades pessoais* que levem ao desencanto a vida de familia e tornem insupportavel o jugo da existencia commum dos conjuges, podem ser todas ellas. Depende da indole mais ou menos refractaria ou sensivel ao soffrimento do conjuge enganado.

*Qualidades pessoais* mas essas devem ser as mesmas que, se resolvendo nas *modalidades do estado civil e religioso que interessa determinar para o caso de annullação do casamento* (Dr. Clovis Bevilacqua), se entranham na constituição do *estado civil e religioso*, expressões do art. 182, § 7.º do mesmo *Projecto*. É ainda aqui, porque, dentro da mesma materia, usar de terminologia diversa, embaraçando o alcance a que possa chegar um outro dispositivo?

*Qualidades pessoais* essas podem assentar na pessoa natural, como na pessoa civil. Mas, da combinação, de que o interprete se não pode esquivar, do art. 182 § 7.º para o art. 223 do *Projecto*, e parecendo que as *qualidades pessoais* a que este artigo allude são as constitutivas do *estado civil e religioso*, expressões do primeiro artigo, fica em conclusão que as *qualidades pessoais* da pessoa natural, quando sobre ellas verse erro essencial, não aproveitam para a annullação do casamento.

*Qualidades pessoais* e essas—os doutrinarios que inspiraram nessa feição os revisores do *Projecto* distribuem, ora como constitutivas da personalidade civil, e assim fundamentaes ou essenciaes da pessoa, repelindo toda a medida de augmento ou diminuição, ora como secundarias, variando em proporções, *accidentaes*. O art. 223, porém, pelo vago em que tumultua, não assignala quaes os attributos que levou em mira.

E maior seria a latitude em que o *Projecto* deixava o *erro essencial*, si em tempo, e a uma emenda do conselheiro Andrade Figueira, não fosse excluída a possibilidade de se romper o casamento, ainda no caso de se ter um dos conjuges illudido ácerca das *qualidades da familia do outro!!!*

Eis a que extremos cahiu a secularisação do matrimonio. Para ser um casamento *a contento*, apenas falta-lhe o prazo. Um passo mais, e entraremos no regimen das uniões livres. E nem precisaria tanto, com as facilidades que o *Projecto* offerece, para que dentro de curto periodo mulheres, remodelados os tempos de Seneca, *non consulum numero sed maritorum, annos suos computent*.

Nesta relação, bem poderíamos accomodar um trecho das *observações* do sr. dr. Clovis Bevilaqua ao *Projecto do Codigo Civil: o erro essencial* no art. 223, é mais um «*expediente* que, sobre as *ruínas de uma familia, ergue a possibilidade de outras ruínas, formando uma triste cadeia de matrimonios ephemeross, na qual se vae a dignidade ensombrando, a noção do dever apagando e a organização da familia dissolvendo*»

Assignalados os perigos que o novo *Projecto*, a consideral-o tão somente no ponto indicado, attrae sobre a estabilidade do casamento, fechemos estas linhas com estas *observações* de Baudry-Lacantinerie:

« *le mariage, qui est plus saint de tous les contrats, doit être aussi le plus stable, et on comprend bien en se plaçant à ce point de vue, que le législateur n'ait jamais admis l'erreur sur les qualités de la personne comme une cause de nullité. En tout cas l'intérêt majeur de la stabilité du mariage exigeait peut-être sur ce point une règle inflexible; ouvrir une brèche eût été dangereux. Sous l'empire des circonstances, la pratique n'aurait pas manqué de l'élargir, et la règle tutélaire aurait fini par disparaître.*

São Paulo, Março de 1902.

Brasílio Machado.