

A INSTITUIÇÃO DO DIVÓRCIO E AS RAZÕES QUE A JUSTIFICAM



NELSON CARNEIRO

NELSON CARNEIRO

**A Instituição do Divórcio
e as Razões que a Justificam**

Brasília, 22 de abril de 1975.

Prezado colega.

Depende de seu voto a sorte de centenas de milhares de lares destroçados por longas separações irremediáveis. Temerosos da vitória da Emenda Constitucional nº 5, de que sou o primeiro signatário, os indissolubilistas anunciam:

a) projeto que trasladaria para o Direito Civil brasileiro as nulidades do Direito Canônico;

b) a possibilidade de anulação de casamento quando ocorrer erro essencial quanto às qualidades do outro cônjuge, como a prática do homossexualismo, alcoolismo inveterado, sadismo, perversão ou demência sexual, ciúme mórbido, etc... Ocorre que, em 1960, ofereci, na Câmara dos Deputados, com o primeiro objetivo, o Projeto nº 1.306, que foi duramente condenado pelas correntes indissolubilistas. Igual sorte teve no Senado Federal o Projeto de Lei nº 6, de 1970, que acolhia a segunda sugestão ora anunciada.

Ao enviar ao ilustre colega, para seu conhecimento, esses dois projetos, a eles junto cópia do voto em separado, com que procurei rebater o parecer do nobre Deputado Cid Furtado sobre a Emenda Constitucional nº 5.

Aceite o prezado amigo os afetuosos cumprimentos de

Nelson Carneiro

PROJETO Nº 1.568, DE 1960

Regula novas causas de nulidade do casamento civil, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º O casamento válido não pode ser dissolvido por nenhum poder humano ou por nenhuma causa, afora a morte.

Art. 2.º A procriação e a educação da prole são o fim primário do casamento. A ajuda mútua e o remédio à concupiscência são o seu fim secundário.

Art. 3.º A unidade e a indissolubilidade são propriedades essenciais do casamento.

Art. 4.º O simples erro acerca da unidade, da indissolubilidade ou da dignidade do casamento não vicia o consentimento, ainda que dito erro seja causa do contrato.

Art. 5.º A certeza ou opinião de que possa ser nulo o casamento não exclui necessariamente o consentimento.

Art. 6.º Presume-se sempre que o consentimento interno da vontade está em conformidade com as palavras ou os sinais empregados na celebração do casamento.

Parágrafo único. Entretanto, se uma das partes, ou as duas, por ato positivo de sua vontade, excluem o casamento mesmo, ou todo direito ao ato conjugal, ou alguma propriedade essencial do casamento, contraem-no invalidamente.

Art. 7.º É também inválido o casamento celebrado por força ou medo grave causado injustamente por uma causa externa, para livrar-se da qual se ponha o contraente na contingência de escolher o casamento.

Parágrafo único. Nenhuma outra classe de medo, ainda que ele seja causa do contrato, acarreta a nulidade do casamento.

Art. 8.º A condição uma vez posta e não revogada:

1.º) Se versa acerca de um fato futuro e é necessária, impossível ou torpe, porém não contrária à substância do casamento, se há de ter por não posta.

2.º) Se se refere a um fato futuro contra a substância do casamento, a condição o faz inválido.

3.º) Se versa acerca de um fato futuro e é lícita, deixa em suspenso a validade do casamento.

4.º) Se acerca de um fato passado ou presente, o casamento será válido ou inválido, segundo exista ou não o que é objeto da condição.

Art. 9.º Ainda que o casamento haja sido inválido por existir algum impedimento, presume-se que persevera o consentimento outorgado, enquanto não conste que haja sido revogado.

Art. 10. A declaração de nulidade, com fundamento nesta lei, será pleiteada em ação ordinária, com intervenção obrigatória e indispensável, em todas as instâncias, do curador ao vínculo, e com recurso de ofício para o Tribunal de Justiça da sentença que reconhecer a invalidade.

§ 1.º Sempre que a ação for proposta sob a invocação dos arts. 2, 6 e 8 desta lei, o Juiz observará ainda o disposto na Lei n.º 963, de 10 de dezembro de 1949, pondo todo seu empenho em aconselhar e convencer os litigantes das vantagens da permanência da indissolubilidade do vínculo conjugal.

§ 2.º A declaração de nulidade do casamento, proposta nos termos desta lei, somente pode ser ajuizada pelo cônjuge que não lhe tiver dado causa ou pelo representante do Ministério Público.

§ 3.º Nunca passam à coisa julgada as causas sobre o estado das pessoas; porém as decisões conformes nestas causas fazem que não se deva admitir uma nova ação se não se aduzem novas e graves razões ou documentos.

§ 4.º A ação de nulidade do casamento é imprescritível, não admite transação, e os respectivos autos serão arquivados, desde que, antes de haver sido dado sentença, conste por documentos autênticos a morte de um dos litigantes, salvo se o outro cônjuge ou os herdeiros do defunto alegarem motivos graves para o prosseguimento. Neste caso, podem valer-se os interessados dos recursos cabíveis na forma das leis processuais em vigor.

§ 5.º Somente por decisões conformes de duas instâncias, será declarada a nulidade do casamento, com apoio nesta lei. Mas, sempre que responderem diversamente à pergunta "consta a nulidade do casamento neste caso?" o Juiz de primeira instância e o acórdão, ainda que unânime, proferido em grau de apelação, poderá qualquer dos cônjuges, o curador ao vínculo ou o Ministério Público oferecer embargos de nulidade e infringentes do julgado, respeitadas as demais disposições processuais vigentes.

§ 6.º Da sentença de primeira instância, que houver declarado a nulidade do casamento com fundamento nesta lei, tem o curador ao vínculo a obrigação de apelar ao Tribunal de Justiça dentro do prazo legal; e, se se mostra negligente em cumpri-la, deve ser compelido a isso pelo Juiz, sob pena de substituição.

§ 7.º Depois da segunda sentença declaratória da nulidade do casamento, e se o curador ao vínculo não se crê em consciência obrigado a recorrer, podem os cônjuges contrair novas núpcias, passados dez dias do despacho do Juiz notificando os interessados.

Art. 11. A presente lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Sala das Sessões, em 22 de fevereiro de 1960. — Nelson Carneiro.

Justificação

Devo a Monsenhor Arruda Câmara — que D. Carmelo Cardeal Motta chamou, com ênfase, de “um defensor perene da perpetuidade da Pátria, da perpetuidade da família legítima, manancial único da sobrevivência nacional e da legítima família brasileira” — a inspiração geral deste projeto. Foi o eminente Deputado — que o Papa Pio XII felicitava como “um sacerdote de Jesus Cristo, sem perder nunca de vista o que deve a si mesmo e à Santa Igreja” — quem me convocou para rever as iniciativas em favor de uma solução mais justa e melhor para os dissídios conjugais irremediáveis, e que, no Brasil, terminam nessa imensa desgraça do desquite, que afinal a ninguém serve, nem aos cônjuges, nem aos filhos, nem à família, nem à sociedade, nem à Pátria, nem a Deus.

Lá estão, com efeito, esculpidas essas palavras no pórtico de um dos mais conhecidos trabalhos do ilustrado colega: — “Nossa responsabilidade, nesta hora histórica, é enorme. Somos a Nação Católica maior do mundo: absolutamente, porque nenhuma outra possui 50 milhões de católicos; relativamente, pois não há em outro país a proporção de 95 por cento de católicos verificada no Brasil” (A Batalha do Divórcio, Rio, 1952, pág. XV). É certo que outro líder católico, o prorecto Professor Gustavo Corção, não pensa da mesma forma: “há uma falsa apreciação de que a maioria dos brasileiros é de católicos. Não chegam aos dez por cento os católicos. Todavia, quase todos são batizados, o que é coisa de brasileiros. Entram na igreja pela porta do batismo e saem por outra, nunca mais voltando. A maioria não é católica, na acepção do termo; não vai à missa e não tem atividade condizente com a vida católica. Mas, se perguntados a que religião pertencem, fique certo que responderão — somos católicos! Daí esses números falsos que as estatísticas apresentam”.

Também outro prócer católico, o ilustre Dr. Hélio Silva, afirma: “Embora pronunciamentos oficiais, sem rigorosa base científica, apontem o Brasil como a maior nação católica do mundo, tenho para mim que a verdadeira base para a consideração do Brasil como potência católica deva ser o seu reduzido número de sacerdotes. Um país, com a pequena quantidade de prelados que tem, não é, nem pode ser um grande país católico”.

A acuidade do renomado Professor Hildebrando Leal, igualmente ouvido sobre o informe do Secretário do Conselho Episcopal Latino-Americano à Assembléia-Geral dos prelados e reitores católicos, realizada em Roma há menos de dois anos, não escapou a consideração de que, “internamente, sabemos que a grande maioria dos nossos patrícios vive em práticas espíritas e se declara, todavia, católica”. E o brilhante Monsenhor Henrique Magalhães ajuntou, ao aplaudir a decisão romana: “Maçonaria, protestantismo, espiritismo, comunismo — quatro inimigos de nossa fé, sendo que três são mais perigosos porque se infiltram tenazmente no catolicismo: católico-maçon, católico-espírita e até católico-comunista”. (*O Globo*, Rio, edição de 27-9-58.)

Tratando do que chamou “A confusão religiosa”, Frei Boaventura O.F.M. declarava à imprensa que “a quase totalidade dos brasileiros se afirma católica, mas não o é”. (*Diário da Noite*, Rio 18-5-72.)

Essas asseverações alarmantes encontraram, favor dos Céus, antecipada contestação na palavra de outro insigne chefe católico, o ex-Ministro Adroaldo Mesquita da Costa, a que recorri em face da dúvida que sobressaltava a meu espírito. Embora afirmando que não desejava fossem apenas satisfeitos os desejos da maioria, o ilustre político sul-riograndense, discursando na Assembléia Nacional Constituinte, depunha: “Tenho para mim que a maioria da nação brasileira é católica e que ela, portanto, tem o direito de ditar as leis a toda a nação, porque, no regime democrático, e nós vivemos em uma democracia, é a maioria que governa”. (*Discursos Parlamentares*, Rio, 1948, pág. 21.)

II — Permito-me acreditar, entretanto, que a fórmula proposta em trabalhos anteriores, e que será igualmente examinada pela Câmara dos Deputados, seria mais rigorosa no reconhecer a invalidade de matrimônios apenas celebrados porque um dos contraentes estava em erro sobre as qualidades pessoais do outro, tal como esta Casa do Congresso redigiu o atual n.º 1 do art. 219 do Código Civil, no longínquo ano de 1901. Tais proposições ainda cercavam de maior cautela o reconhecimento da anulação, somente de ser decretada cinco anos depois da separação judicial, sem restabelecimento de vida em comum. Esse prazo, posterior ao casamento, não se referia ao erro es-

sencial anterior ou contemporâneo do contrato. Era a medida legal para aferir se o conhecimento ulterior do erro essencial tornara insuportável a convivência ao cônjuge enganado. Essa, ainda, a minha opinião.

Mas, tudo não obstante, seria injusto não acentuar que o presente projeto, integralmente inspirado na legislação canônica, deverá encontrar facilidades no seio do Parlamento, para se transformar em lei. Sobretudo, ninguém dirá que se trata de divórcio a vínculo. Aumenta-se apenas o quadro das nulidades, constantes da legislação civil. Nenhuma suspeita de ofensa à Constituição encontrará o mais intransigente dos antidivorcistas em textos trasladados, *ipsis verbis*, do *Codex Juris Canonici*. E — espero em Deus — nenhuma voz se erguerá para julgar inconveniente a aprovação de dispositivos legais, que a sabedoria e o critério da Igreja mantém, há séculos, em seus estatutos.

De qualquer sorte, a Câmara dos Deputados terá, de logo, dois projetos, duas sugestões, duas propostas a examinar. Optará pela que lhe pareça mais útil aos interesses da família brasileira. Nenhuma delas é divórcio, nem claro, nem disfarçado. Ou se cuida de anulação de casamento, ou se trata de nulidade de casamento. Autor de uma e de outra, não tenho preferências. Rendo-me à escolha dos mais doutos.

III — As hipóteses que, vigentes no Direito Canônico, o projeto pretende incluir na legislação civil brasileira, são rigorosamente de **nulidades**. “Não há confundir divórcio ou rompimento do vínculo existente — é o pledoso Monsenhor Arruda Câmara quem o ensina — com anulações, ou declaração de nulidade de vínculo, na realidade inexistente”. (*Preservação da Família e das Tradições*, 1950, pág. 38.)

Por isso mesmo, não cogita a proposição do Privilégio Paulino, que o conspícuo Deputado por Pernambuco declara logo a seguir nesse mesmo trabalho, ser “uma exceção de direito divino, quando se trate de casamento (não sacramento) entre infiéis e a favor da fé do que se converte. Mas exceção circunscrita que não afeta a regra geral”. Nem se defere a ninguém, na órbita civil, a faculdade de conceder dispensas do vínculo a núpcias válidas e não consumadas, e que Waldemar I. Puhl, em livro que mereceu o **Imprimatur** de D. Vicente Scherer, Arcebispo Metropolitano de Porto Alegre, assim resume: “A mercê da dispensa pontifícia constitui verdadeira solução do vínculo, pois desfaz-se um matrimônio autêntico, e de maneira tal como se não houvesse existido jamais, recolocando o marido e mulher em estado de liberdade, com direitos de celebrar na devida forma, quando e com quem lhes aprouver, mesmo entre si, novo casamento lícito e válido. Urge, portanto, não confundir semelhante favor com a sim-

ples declaração de nulidade dum consórcio invalidamente contraído” (**A Separação Conjugal no Brasil**, Porto Alegre, 1952, pág. 40). Nem se preocupa, igualmente, com o Privilégio Petrino, de que o santo Gregório XIII, condoído da sorte miserável dos “infiéis de um e de outro sexo, porém sobretudo varões, procedentes de Angola, Etiópia, Brasil e outras regiões das índias”, permitiu, na Constituição **Populis**, aos 25 de janeiro de 1585, fosse outorgada por todos e cada um dos Ordinários e párocos dos ditos lugares, e pelos sacerdotes da Companhia de Jesus aprovados por seus Superiores para ouvir confissões, a fim de que os casados na infidelidade pudessem, depois do batismo, “viviendo el cónyuge infiel, sin pedir su consentimiento, o sin esperar su respuesta, contraer matrimonio con cualquier fiel, aunque sea de otro rito, solemnizarlo em faz de la Iglesia y permanecer lícitamente en él mientras vivan, consumandolo después por medio de la cópula carnal”. (Cfr. Lorenzo Miguelez Domingues, **Código de Derecho Canónico**, edição “La Editora Católica”, Madrid, pág. 798.)

Também os catadores de divórcio, nos textos canônicos, jamais encontrarão, assim, motivos para sua pesquisa ao examinar a clareza solar das causas de invalidade do casamento, expostas no projeto. Afastam-se as exceções de direito divino — as dispensas, os privilégios. Ainda aí não esqueço a lição do Monsenhor Arruda Câmara, a esmagar com sua viva resposta a temeridade de meu aparte: “V. Ex.^a quer argumentar com exceções? Exceções não ditam costumes, nem estabelecem leis”. (**A Batalha do Divórcio**, pág. 145.)

Tudo se resume, por isso mesmo, às nulidades que podem inquinar os casamentos, sejam de príncipes, sejam de plebeus. E se algum desavisado quizer confundir coisas inconfundíveis, com o claro propósito de turvar as águas onde se dessedenta a opinião pública, então oportuno será lembrar-lhe a palavra sábia do saudoso Padre Leonel Franca: “Quanto a ver na declaração de nulidade um disfarce ou um equivalente do divórcio é equívoco que não se tolera em folclóricos sem responsabilidade, quanto mais em juristas diplomados. Como todo contrato, o casamento requer umas tantas condições indispensáveis ao seu valor, umas comuns a qualquer contrato (liberdade das partes, etc.), outras naturais ou positivas ao contrato conjugal (validade, ausência de parentesco próximo, de compromisso anterior, etc.). Em havendo um destes impedimentos dirimentes, o contrato originariamente viciado não existe. Se o conhecimento de algumas dessas circunstâncias é posterior à celebração pública do casamento, é ainda possível, com o processo de investigação de sua existência, uma sentença subsequente, que separa os pseudocônjuges. Daí ao divórcio vai um abismo. O divórcio cinde um contrato pré-existente; a declaração de nulidade verifica a inexistência do contrato. Os motivos

invocados para o divórcio são **posteriores** ao casamento; os que fundamentam a nulidade são-lhe **anteriores**. Estamos em presença de cousas essencialmente diversas". (*O Divórcio*, Lisboa, 1945, pág. 329, nota 28.)

IV — O art. 1.º do Projeto é a reprodução do cânon 1.118: "**Matrimonium validum ratum et consummatum nulla humana potestate nullaque causa, praeterquam morte, dissolvi potest**". É princípio que se harmoniza com a indissolubilidade, instituída pelo art. 163 da Constituição da República.

O texto original fala em "**matrimonium validum ratum et consummatum**". O cânon 1.015 esclarece que o casamento válido de cristão se chama **rato**, se todavia não consumado; **rato** e **consumado**, se entre os cônjuges teve lugar o ato conjugal, "**al que por su misma naturaleza se ordena el contrato matrimonial y por él que los conyuges se hacen una sola carne**" (§ 1.º). Mas, adverte Waldemar I. Puhl (op. cit., pág. 30), "**relações carnis anteriores ao casamento não fazem com que este seja consumado, pois a consumação opera-se, não através de união fornicária, e sim conjugal**".

Ao excluir do art. 1.º a expressão **consumado**, tive em mira que a própria Igreja não pôde evitar que, à sombra de seu rigor, surgissem as fraudes em que tantos se especializam, é que levaram a Sagrada Congregação de disciplina dos Sacramentos a instituir, em 27 de março de 1929, "**normas a observar en los procesos sobre matrimonios, rato y no consumado para precaver la dolosa substitución de las personas**" (Cfr. *Quitana Reynés*, em livro publicado com "*Imprimase*" de D. Miguel de los Santos, Obispo A.A. de Barcelona, *Las causas de nulidad de matrimonio y su tramitación*, Barcelona, 1941, pág. 72).

Devo confessar, entretanto, que não foi sem pesar que, desta vez, me afastei do conselho de Adroaldo Mesquita da Costa: "**raciocinemos um pouco. Em primeiro lugar, o fato de uma lei boa em si mesma poder ser deturpada em sua prática jamais obstou a que o legislador a fizesse e a decretasse. Abusus non impedit usum. Ai de nós o dia em que o receio da possibilidade da prática de um mal, advindo de uma coisa, em si boa, pudesse determinar a abstenção do uso deste bem**" (Op. cit., pág. 19.)

Ainda uma vez, todavia, me abriguei sob o ensinamento de Mon-senhor Arruda Câmara, que tem a vantagem de justificar, também, a ausência, no texto do projeto, da expressão **rato**: "**Mas o casamento rato apenas, é exceção e exceção rara. Quem se casa para não consumir o matrimônio? A não ser alguns casos entre Santos, o que é comum, natural e geral é que à celebração do casamento se segue a consumação, tendente a atingir o fim principal e, mesmo, os fins se-**

cundários dessa grande e divina instituição". (Preservação da Família e das Tradições, pág. 22.)

V — "*Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarius mutuuum adiutorium et remedium concupiscentiae*". Assim é o cânon 1.013, § 1.º, reproduzido no projeto, como seu art. 2.º. Dizia Santo Tomás, 1, c., 9, 49: "*Proles est essentialissimum in matrimonio*".

A Knecht resume: "La esencia del matrimonio está en la union de hombre y mujer, tomando la palabra "union" en sentido activo y pasivo. En sentido activo, designa el acto por el cual un hombre y una mujer se unem entre si; es decir, la esencia del matrimonio en su realización o "*in fieri*". En sentido pasivo designa la realidad de la ligadura o lazo reciproco a consecuencia del acto realizado por los esposos; o sea, la esencia del matrimonio en su existencia o realidad, "*in facto esse*". Con otras palabras: la esencia de la union matrimonial en sentido activo está en la declaración deliberada de matrimoniar, por la que el matrimonio se lleva a cabo; y en sentido pasivo en el "vinculo" por el cual los esposos se ligan entre si".

Depois de assinalar que essa união deve ser conforme o Direito, ensina o provento catedrático da Universidade de Munich: "Lo que distingue esta unión conforme a Derecho de otras uniones semejantes, por ejemplo, de la amistad, y la convierte en unión matrimonial es "la sujeción a una comunidad reciproca de vida y afecto", en virtud de la cual "el hombre otorga a su mujer y recibe a sua vez de esta el derecho sobre el cuerpo, en ordem a realizar el acto sexual apto para obtener descendencia", la "*cópula carnalis*". E isso porque se "en la celebración del matrimonio no se intenta o no se quiere otorgar aquel derecho o aceptar este deber, falta a la voluntad de contraer matrimonio, y éste llega a existir por defecto en el consentimiento requerido. Con el derecho a la cópula aceptan "*eo ipso*" los esposos al deber del cuidado corporal y espiritual de los hijos, porque el que quiere la causa quiere el efecto que de ella se sigue naturalmente. Si los contrayentes no quisieran aceptar este deber y se ponem de acuerdo para impedir la procreación, no existiría matrimonio por defecto en el consentimiento, pues el matrimonio establecido por Dios para conservación del género humano lleva consigo la aceptación del deber de la comunicación sexual, no para un fin cualquiera, sino obtener descendencia".

E conclui A. Knecht: "Portanto, en el caso de que esta ultima se excluya, podrá hablarse de una unión má o menos immoral, pero no de verdadera unión matrimonial. Lo mismo ocurriria respecto al mutuo acuerdo de procurar el aborto o de dar muerte al recién nacido. Em el primero caso, porque se impediria la procreación, y en el

segundo, porque los padres estan obrigados por ley natural a prestar a sus hijos desvalidos los auxilios espirituales e materiales correspondientes". (Derecho Matrimonial Católico, Madrid, págs. 36-37.)

"Matrimonium enim essentialiter consistit in mutua corporum traditione, que uterque constituitur dominus alterius corporis, ad quod dominium intrinsece consequitur ius et potestas utendi illi corpore", é o ensinamento de Sanchez. Para Santo Tomás, *"bene dixerunt illi, qui dixerunt, quod consentire in matrimonium est consentire in carnalem copulam implicate, nom explicite"*.

O fim principal do casamento — escreve o Professor Pietro Agostino D'Avack, da Universidade de Florença — *"é representato dalla procreazione della prole, guista in noto versetto della Genesi "Crescite et multiplicamini et replete terram", cui se viene ad adgiuntare, quale integrazione e complemento, l'educazione della prole stessa, che éconsiderata come la vita morale dell'ánima, della'individuo, in contrapposto alla vita fisica e corporea, e che comprende naturalmente l'educazione civile e religiosa"* (Cause de nullittá e di divorzio, Firenze, 1952, Volume 1, pág. 44).

Aliás, o cânon 1.082 dispõe: *"Ut matrimonialis consensus haberi possit, necesse est ut contrahentes salten non ignorent matrimonium esse societatem permanentem inter virum et mulierem ad filios procreandos"*. E mais: *"Haec ignorantia post poberttatem nom praesumitur"*. Assim, para que possa haver consentimento matrimonial é necessário que os contraentes não ignorem, pelo menos, que o casamento é uma sociedade permanente entre homem e mulher para procriar filhos. E essa ignorância não se presume depois da puberdade. Há que prová-la, para que inválido seja o casamento. Daí a oportuna advertência do Padre Leonel Franca: *"A finalidade primordial da família é a conservação da espécie. A prole é a sua primeira razão de ser"* (op. cit. pág. 113).

VI — Os fins secundários do casamento são a mútua assistência e o remédio à concupiscência.

É dos Gênesis: *"E disse o Senhor Deus: Não é bom que o homem esteja só; far-lhe-ei uma ajudadora que esteja como diante dêle"* (2, 18). *Non est bonum esse hominem solum facciamus ei adiutorium simile sibi.*

Devem, pois, os cônjuges caminhar, juntos, os dias claros e as noites tempestuosas da vida terrena. Casaram-se para que se ajudassem, para que se somassem em todos os instantes, para que seguissem o roteiro que São Paulo, repetindo o Gênesis (2.23), traçaria aos Efésios: *"Assim devem os maridos amar as suas próprias mulheres, como a seus próprios corpos. Quem ama a sua própria mulher, ama*

a si mesmo. Porque nunca ninguém aborreceu a sua própria carne; antes a alimenta e sustenta, como também o Senhor à Igreja, porque somos membros do seu corpo, da sua carne e dos seus ossos. Por isso deixará o homem seu pai e sua mãe e se juntará com sua mulher; e serão dois numa carne.”

Creio que não será necessário aduzir qualquer consideração para concluir que o casamento feliz é o mais forte obstáculo à concupiscência. Não obstante se somarem os cientistas, no depoimento do Padre Leonel Franca, no demonstrar ultrapassado o tempo “em que, em nome de uma fisiologia avariada, se faziam as insinuações covardes da impossibilidade ou nocividade da continência” (op. cit., pág. 213), São Paulo falando aos Coríntios (1.^a epístola, 7), sem esquecer que melhor fora não tocasse o homem na mulher, mandava que solteiros e viúvos se casassem, se é que não se podiam conter, “porque — dizia o Apóstolo — é melhor casar-se do que abrasar-se”.

VII — Eis o texto canônico: “*Essentiales matrimonii proprietates sunt unitas ac indissolubitas, quae in matrimonio christiano peculiarem obtinent firmitatem ratione sacramenti*” (1013, § 2.^o).

Para não alongar em demasia essa justificação, em projeto que há de merecer por certo a compreensão e o aplauso de todos, por isso que vai buscar suas disposições no seio mesmo da legislação da Igreja Católica, para vigorar num País que as estatísticas afirmam ser de 95% por cento de católicos, permito-me reproduzir a síntese de Manuel Gimenez Fernandez, em livro publicado “com censura eclesiástica”, em 1947: “*Estas propiedades esenciales — a unidade e a indissolubilidade — constituyen además el fundamento ontológico de los llamados bienes del matrimonio, a ellos respectivamente referibles, cuya importancia, ponderada ya por San Agustin (De pecc, orig. 42 P. L. XLIV, col 406), sirve de esquema sistemático a Pio XI en la primera parte de la “Casta Conubii”, a. La unidad o uniparidad monogamica proporciona a los cónyuges con la fidelidad mutua a la que se opone, no ya la poliandria y la poligamia, sino el adulterio, castigado ya la ley mosaica (Deut. XXII, 22; Ecles., XXIII, 30-31) y reprobado repetidamente por San Agustin “Bonum fidei”, por el que lo que compete a cada uno de los cónyuges no puede serle negado, ni a un tercero permitido, e impone la mutua lealtad conyugal (C.C., 15, 20 a). b) La indisolubilidad o estabilidad vital del vinculo matrimonial al que se oponem, las uniones temporales que usurpan el nombre de matrimonio (matrimonio de prueba, uniones amigables) y, sobre todo, el divorcio vincular, a más de ser exigencia del Derecho natural secundário, fué imposta por Christo al derogar el libelo de repudio (Mat. IX, 3-6; Luc., XVI, 18), proclamada dogmáticamente en Trento (Ses. XXIV, can. 5, 6, 7) y afirmada por Pio IX (Syll LXVII); y en*

ella hace consistir San Agustin lo que llama “Bonum Sacramenti”, esplendidamente expuesto por Pio XI (C.C. 21-29); y, mediante su exigência, que impide que se llame matrimonio aquella union donde falta (C.C. 17), se cierra el paso al capricho licencioso y al egoismo de abandonar el cónyuge necesitado de auxilio” (La institución matrimonial, Madrid, págs. 33-34).

VIII — O cânon 1.084, reproduzido pelo art. 4.º do Projeto, também se refere a contrato. *Simplex error circa matrimonii unitatem vel indissolubilitatem aut sacramentalem dignitatem, etsi det causam contractui, non vitiat consensum matrimonialem*. Recorda esse texto um rumoroso debate sobre a identidade real do contrato e do sacramento. Melchor Cano, em meados do século XVI, contrariou essa doutrina para sustentar que o ministro do sacramento do matrimônio era o sacerdote assistente; as palavras da bênção, a forma; o consentimento mútuo dos contraentes, a matéria (*De locis theologicis*, Salamanca, 1563). Simón Ligório e seus seguidores foram além, separaram o contrato do sacramento. Mais tarde, Dominis, Arcebispo de Spolato e Primaz de Dalmácia, apóstata da fé, e outros regalistas pretenderam que a razão e a condição de sacramento não só sobrevinham ao contrato já realizado, senão que o faziam pela contingência de seguir o acessório ao principal (*De republica ecclesiastica*, Londres, 1617, Livro X), doutrina esta combatida por Pio IX no *Syllabus*.

Conclui Sancho Rebollda, em livro com o “Imprimatur” de Lino, bispo de Huesca, que “ni un solo instante puede existir para ellos (os batizados) contrato sin Sacramento; ni ideal ni realmente puede asignarse el carácter contractual y el sacramental a partes distintas del acto constitutivo” (Las formalidades civiles del matrimonio canónico”, Madrid, 1955, pág. 5).

O Estado leigo não deve cuidar do sacramento. Mas não lhe é defeso guardar o mesmo rigor que a norma canônica estatui para impedir que um simples erro acerca da unidade, da indissolubilidade ou da dignidade do casamento possa viciar o consentimento, mesmo quando dito erro seja causa do contrato.

Assim, se separados são Igreja e Estado, nada parece desaconselhar que, se não em todos os seus termos, ao menos no que tange ao modo de regular as causas de invalidade do casamento de vínculo indissolúvel, se medite nos conceitos de Pio IX, em sua alocução de 27 de setembro de 1952: “Entre os católicos ninguém pode ignorar que o matrimônio é um dos sete sacramentos da lei evangélica instituídos por N.S.J.C., de sorte que não pode haver entre os fiéis matrimônio que não seja sacramento; que entre os cristãos a união do homem e da mulher fora do sacramento, quaisquer que sejam as formas civis e legais, não pode ser outra coisa senão um concubinato vergonhoso e

funesto, tantas vezes condenado pela Igreja. Donde se segue, manifestamente, que o sacramento não pode se separar do laço conjugal, e que ao poder da Igreja é que pertence exclusivamente regular as causas, que tocam ao matrimônio de qualquer modo que seja" (Cfr. in D. Manoel do Monte Rodrigues d'Araujo, Bispo do Rio de Janeiro, *Direito Eclesiástico* tomo II, págs. 276-277).

O Estado brasileiro reconhece como casamento aquele "concubinato vergonhoso e funesto" a que se refere o Papa Pio IX. Texto constitucional torna irretratável o contrato matrimonial, dá-lhe as pompas de um sacramento profano, obra dos homens, não de Deus. Tudo, não obstante, num País onde as estatísticas citadas por Monseñor Arruda Câmara anunciam 95% de católicos, as disposições canônicas quanto a simples erro sobre as propriedades essenciais do casamento merecem ser incluídas na legislação civil.

IX — Reproduz o art. 5.º do cânon 1.085: "*Sientia aut opinio nulitatis matrimonii consensum matrimonialem necessario num excludit*". É outra disposição a favor da validade do casamento, que não será demais figure como texto da lei civil.

X — *Internus animi consensus semper praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis*. Assim reza o cânon 1.086, § 1.º Assim dispõe o art. 6.º do projeto.

Com esse texto "se estabelece uma presunção de direito, que admite prova em contrário. Se se provasse que não houve consentimento interno, havia de considerar-se nulo o matrimônio. São de si causas muito difíceis aquelas em que se trata de consentimento simulado, e, na maior parte dos casos, há que resolvê-las em virtude de conjecturas, v. gr.: Se um dos contraentes mostrou sempre repugnância ao matrimônio; se se prova que houve razões que o induziram a manifestar exteriormente o consentimento; se imediatamente depois de casar-se manifestou que não havia prestado consentimento interno; se abandonou *in continenti* a seu consorte; se tratou imediatamente de contrair outro matrimônio, etc. Do conjunto de todas essas conjecturas, ou outras semelhantes, pode adquirir-se certeza moral de que o consentimento externo foi simulado". Essa, a lição de Miguélez-Alonso-Cabreros, in *Codex Juris Canonici*, editado pela Biblioteca de Autores Cristãos, Madrid, 1947, 2.ª edição, pág. 403, com o "*Imprimi potest*" de Fr. Thomas S. Perancho, O. F., *Prior Provincialis*, e Augustinus Lobo, *Superior Provinciae Castella*, e *Imprimatur* de Fr. Franciscus O. P., *Episcopus Salmantinus*.

Com a clareza que caracteriza seu estudo, Orio Giacchi, Professor de Direito Canônico na Universidade Católica do Sagrado Coração, escreve ao estudar a matéria do consentimento: "*II consenso matrimoniale, che é l'accordo delle volontà dei nubenti per costituire il*

rapporto matrimoniale, non si ha quando uno dei nubenti manifesti esternamente una volontà che in realtà egli non ha (II consenso nel matrimonio canonico, pág. 43).

Mas o § 2.º do cânon 1.086 (parágrafo único do art. 6.º do Projeto) vale como uma ressalva à presunção do § 1.º — “At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit”. Pode dar-se o caso — informa Manuel Giménez Fernandez — “que una o ambas partes, sin assentimiento de la otra (ya que, conocida la torcida dirección de la voluntad, y libremente aceptada implicaría una condición añadida), por un acto positivo de la voluntad, excluya, al manifestar el consentimiento, ya el mismo matrimonio (sacramentalidad), ya todo derecho al acto conyugal (debitum), ya alguna propiedad esencial del matrimonio (unidad, indisolubilidad): en todos estos casos el matrimonio es inválido”.

Depois de dividir em três classes a simulação (por intenção de não contrair o casamento, por exclusão da obrigação do débito conyugal, por exclusão de alguma propriedade essencial do matrimônio), ajunta o ilustre catedrático da Universidade de Sevilha: — “En todos los casos, la prueba es materia grave y delicada, que tiene que triunfar de la “*praesumptio iuris*” contraria, debiendo por ello atenderse, no sólo a las aportadas “*a posteriori*” de la demanda de nulidad, sino a los actos de los contrayentes, anteriores, coetáneos e posteriores a la celebración del matrimonio, y así los declaran casi todas las sentencias citadas”. (op. cit., pág. 207).

Ainda que opondo reservas à terceira hipótese, Jemolo escreve: “I canonisti sogliono fare una tripartizione della “*simulatio*”: 1) quella di chi proferisce le parole del consenso, ma non ha l'intenzione di consentire (simulazione in senso stretto e totale); 2) quella di chi ha l'intenzione di contrarre, ma non già di obbligarsi; 3) quella di chi ha l'intenzione di contrarre e di obbligarsi, ma non quella de adempiere” (II matrimonio nel Diritto Canonico, Milano, 1941, pág. 1.951. Cfr. ainda Quitana Reynés, op. cit., pág. 123; A. Knechat, op. cit., pág. 415/7, Orlo Giacchi, op. cit., pág. 63. e Miguélez-Alonso-Cabreros op. cit., pág. 403, etc).

Cometi certa vez a imprudência de, em minha canhestria na interpretação dos textos canônicos, referir ao então rumoroso caso da vedete Elvira Pagã, cujo casamento fora declarado nulo pelos juizes canônicos porque — como o demonstrara seu ex-marido — a festejada “estrela” contrairia núpcias sem que alimentasse, no coração, o propósito de torná-lo indissolúvel. Implacável calu a Cúria Metropolitana desta Arquidiocese sobre a minha “ignorância no sentido mais

rigoroso do termo, a saber, *caestia dhibitae scientiae*, afetada ou mesmo supina nos que pretendem saber juridico". E fulminava minha pobreza de conhecimentos: — "No atinente ao caso concreto a que se aludiu, trata-se de declaração de nulidade por causa anterior à celebração do matrimônio, prevista no cânon 1.806, § 2.º, combinado com o cânon 1.013, § 2.º, do Código de Direito Canônico: — vontade positiva de excluir a indissolubilidade, ou seja, a perpetuidade do vínculo conjugal, propriedade essencial do matrimônio como tal e mormente como sacramento" (Cfr., Arruda Câmara, *A Batalha do Divórcio*, pág. 79).

A simulação dos atos jurídicos está prevista em nossa legislação civil, como causa de anulabilidade (arts. 102 e 104 do Código Civil). Tempo é de acolher-se o secular ensinamento canônico e dar à simulação, quando exclui o casamento mesmo, ou todo direito ao ato conjugal, ou alguma propriedade essencial do casamento, o destaque reclamado, como causa de invalidade da união conjugal. Nem é justo que se imponha exíguo prazo de decadência a tal declaração, quando o consentimento foi fundamente violado por um ato positivo da vontade de um ou de ambos os contraentes.

XI — Está no *Codex Juris Canonici*: "1.087, § 1.º — *Invalidum quoque est matrimonium initum ob vim vel metum gravem ab extrinseco et iniuste incussum, a quo ut quis se liberet, eligere cogatur matrimonium. § 2.º — Nullus alius metus, etiamsi det causam contractui, matrimonii nullitatem secumfert*". É o texto do art. 7.º do projeto.

Ensinam os autores que o medo deve ser grave; deve resultar de uma ameaça que se supõe existente e que está quem a faz disposto a cumpri-la; deve ser a celebração do casamento o único remédio para escapar do mal prometido; deve ser injusta; deve provir de uma causa externa (*metus ab extrinseco incussus*), proceder de uma criatura humana e livre de uma pessoa privada, pública e oficial; deve, por fim, dirigir-se diretamente à celebração do casamento (*metus consultus*).

De nada vale reviver, neste ensejo, o debate de teólogos e canonistas, interessados em indagar se o casamento celebrado sob a pressão de um medo grave é nulo por direito eclesiástico, como está expresso no cap. 14, *De Spons, et Matrim*, e afirmam Sanchez, Schmaeg, Gasparri, Fejc, Pirhing, Billuart, etc., ou se o é por um e outro direito, o eclesiástico e o natural, de acordo com Reiffenstuel, Ballerini-Palmieri, Alchner, Rosset y Scherer, além de Santo Tomás.

Prevê a legislação brasileira a anulação do casamento, no prazo de dois anos a contar de sua celebração, pelo cônjuge coacto (Código Civil, art. 183, IV, combinado com os arts. 209 e 210, I). Doutores e Juizes têm interpretado, às vezes, com excessivo rigor, às vezes com

excessiva liberalidade, o texto legal. A jurisprudência do Tribunal da Sagrada Rota Romana vem dando ao cânon seu justo entendimento, porque — como assinala Quintana Reynés — “la Iglesia se muestra siempre madre comprensiva; jamás déspota intransigente. Devera llegar-se, naturalmente, a la clara demonstración de la existencia del vicio o impedimento que anule el supuesto matrimonio de que se trate. Pero si a ello se llega, previas todas las pruebas y seguridades necesarias, la Iglesia no se obstina jamás en mantener tercamente una clara injusticia, ni una evidente falsedad, sean luego cuales fueren las dolorosas consecuencias que puedan seguirse del restablecimiento de la verdad y la justicia, consecuencias que unicamente alarmam — los tenemos desgraciadamente experimentado — a los espíritos pusilánimes y de mirada excesivamente estrecha y mezquina” (op. cit., pág. 11.)

Há, na jurisprudência do Tribunal da Sagrada Rota Romana, um julgado clássico que os autores (A. Knecht, Quintana Reynés, etc.) citam como exemplo. Consuelo, a filha do multimilionário americano Vanderbilt, se enamorou clandestinamente, aos 17 anos, do jovem M.R. Mas sua mãe, que por força de divórcio tinha a posse da menor, tomou providências para afastá-la daquela afeição. Acabou por levar Consuelo para Europa; e, estando em Londres, conheceram um nobre, D. M. Era o ideal que a Senhora Vanderbilt sonhara para a filha. E, a seu convite, D.M. passou quinze dias no castelo da poderosa família, nos Estados Unidos. Afinal se casaram em New York, aos 6 de novembro de 1895, em uma igreja do culto protestante, que ambos professavam. Mas Consuelo confessou ao marido que somente consentiu no enlace, em vista da coação materna. Em 1905, já com dois filhos, o casal separou-se. Em 1920, obteve o divórcio por mútuo consentimento, e passaram um e outra a novas núpcias. Em 1925, Consuelo Vanderbilt pleiteou a nulidade de seu matrimônio, por violência e medo, perante a Cúria Southwarcense. O mais alto tribunal da Igreja, reunido em Roma em 1926, presentes os Cardeais H. Quattrococo, E. Morano e A. Wyneu, afirmou a nulidade do matrimônio.

A circunstância de ter sido celebrado o casamento 30 anos antes do ajuizamento do pedido de nulidade, o fato de já haverem transposto a maioridade os dois filhos dos litigantes e o detalhe de estarem os cônjuges divorciados civilmente e ligados a novos enlaces, como se vê, não foram motivos suficientes para impedir que o Tribunal da Sagrada Rota Romana cumprisse seu dever e declarasse a invalidade do aludido matrimônio. Enquanto isso, a miopia nacional se aprimora em manter uniões impossíveis realizadas sob irrecusável pressão, com um rigor que se não compadece com a clareza das instruções aprovadas por S.S. o Papa Pio XI e enviadas pela Sagrada Congregação de Disciplina dos Sacramentos em 15 de agosto de 1936,

a todos os Tribunais Diocesanos, “pues con frecuencia la Iglesia es acusada artera y temerariamente por sus enemigos de que va abriendo el camino al divorcio, cuando, por el contrario, en estas causas se trata acerca de la validez o mas bies de la no existencia del matrimonio”.

XII — Está no Codex Juris Canonici, e ora se reproduz como art. 8.º do Projeto: — “1092 — *Conditio semel apposita et non revocata*: 1.º) Si sid de futuro necessaria pel impossibilis vel turpis, sed non contra matrimonii substantium, pro nono adiecta habcatur; 2.º) Si de futuro contra matrimonii substantiam, illud reddit invalidum; 3.º) Si de futuro licita, valorem matrimonii suspendit; 4.) Si de preterito vel de praesenti, matrimonium erit validum vel non, prout id quod condition subest, exsistit vel non”.

Sobre o matrimônio condicionado muito se há escrito, além do realce que lhe dão os tratados gerais de Direito Canônico (De Smet, *De Spons, et matrim*, pág. 132; — Wernz-Vidal, *Jus can*, V. pág. 602; Gasparri, *Trat. canon, de matrim*, II, pág. 102; A. Vermeersch-J. Creusen, *Epitome iuricanonici*, pág. 223). Vale referir, além dos autores já citados nesta justificação, P. Fedele, *Intentio e conditio contra matrimonii substantiam*, em *Rev. Dir. Priv.*, 1936, I, págs. 31/37; Lamas Lourido, *Consentimiento matrimonial canonico*, em *Nueva Enciclopedia Juridica*, Barcelona, 1953; E. Graziani, *Contribuito alla studio della conditione nel diritto matrimoniale canonico*, em *Eph. iuris can*, págs. 457 e segs. Leia-se ainda a magnífica síntese de F. Vassalli, no prefácio ao livro de A. Oddi-Baglioni, *II matrimonio condizionato*, Padova, 1938.

Como ressalta meridianamente do texto do art. 8.º, nem toda condição acarreta a nulidade do casamento. A Igreja primitiva desconhecia a invalidade do matrimônio pela condição ajuntada ao consentimento. Introduziram-na os decretalistas (C. 5; X, 4, 5), influenciados pelo conceito romano no negócio jurídico condicional, sem que o Concílio de Trento encontrasse fórmula para reprimir os excessos praticados. O Codex Juris Canonici, “con una depurada técnica jurídica, há resumido em canon 1092, donde determina el valor juridico de la “conditio” anadida simultâneamente al consentimiento matrimonial y no revocada” (Miguel Giménez Fernandez, *op. cit.*, pág. 201). Certo é que de condições já tratava o Papa Urbano III (1185-1187), e a elas se referiram claramente Santo Tomás e São Boaventura.

Inicialmente, terá o autor de provar a imposição de uma condição *sine qua non* para a celebração do casamento. Em segundo lugar, cumpre-lhe demonstrar que dita condição não foi revogada por atos ou por palavras. Finalmente, que não se cumpriu a condição.

Poderia resumir-se, com A. Knecht, que “o casamento pode realizar-se condicionalmente, isto é, fazê-lo dependente da realização de um **acontecimento futuro**. Porém as condições só podem ser suspensivas. As condições resolutivas impedem a constituição do casamento por opor-se à essência do matrimônio como união indissolúvel da vida” (op. cit., pág. 454).

Transformada em lei a presente proposição, esse texto certamente merecerá dos doutos minuciosas e eruditas monografias, que porão em realce a clarividência da legislação canônica em torno desse difícil problema jurídico.

Em primoroso trabalho, com o *imprimatur* de Michel Potevin, Vicaire General, R.P.E. Tesson S. J., sintetiza: — “**Que faudra-t'il pour qu'il y ait nullité? Que soit refusé formellement un des droits essentiels du mariage?**” (L'Eglise et la rupture du lien conjugal, Paris, 1953, pág. 46). A condição ligada ao consentimento pode referir-se ao passado, ao momento do casamento, ou ao futuro. É ainda o ilustre sacerdote quem ensina: “**Pour le passé et le présent, la réponse est obvie. Le consentement sera tout entier suspendu à la réalisation de cette condition. Et selon que cette dernière est ou non remolie, le mariage existe ou doit être tenue pour nul. Dans les décisions de la Rote, on trouve un exemple caractéristique. Une jeune fille, avant de se marier, avait dit à son fiancé: “J'accepte de vous épouser, mais à la condition que vous me promettiez que nous n'habiterons jamais le même appartement que votre mère”. Le fiancé acquiesca. Ao retour du voyage de noce, après quelque temps passé dans un hôtel, la jeune couple vint s'installer dans un appartement contigu à celui de la mère du mari, mais, en dépit des protestations de la jeune femme, la porte de communication restait toujours ouverte et toute organisation domestique indépendante lui était refusée. Aux reproches de la femme, le mari répondait qu'il n'avait jamais regardé la demande que comme un caprice de jeune fille, et qu'il n'avait pas eu l'intention de s'engager. Un procès ecclésiastique en nullité ayant été introduit, les juges, constatant que la condition formelle possée par la jeune fille avant le mariage n'avait pas été réellement acceptée, à ce moment-là, par le fiancé, déclarèrent nul le mariage.**

Lorsque la condition concerne l'avenir elle peut être suspensive, le mariage ne prenant réellement naissance qu'au moment où elle sera exécutée; mais elle n'est jamais resolutoire, autrement dit, on ne peut en aucun cas considerer le mariage comme existante à partir du moment ou le consentement conditionnel est émis, puis cessant si, à la date fixée, la condition n'est pas remplie” (op. cit., pág. 42/43).

Acredito que mais fácil será apreender-se a verdadeira exegese do cânon 1.092, através de algumas decisões, hoje clássicas, do Tri-

bunal da Sagrada Rota Romana. Lamento, entretanto, que a Santa Sé, em 11 de abril de 1927, haja determinado a suspensão, por diante, na *Acta Apostolicae Sedis*, da publicação dos julgados em ações relativas ao vínculo matrimonial, impedindo assim que se conheça o pensamento dos atuais juizes. Mas, recentes pronunciamentos daquela Excelsa Corte, provocados por fiéis brasileiros, deixam transparecer que se não modificou a orientação jurisprudencial, traçada pelos eminentes prelados, que tanto exaltaram, com sua presença, o mais alto Tribunal da Igreja.

Festejara M.G. o décimo sexto aniversário quando conheceu, em Paris, C.G., de vinte e quatro anos, em 1907. Noivam até 1909, enquanto o jovem está na Inglaterra. Mas, ao tempo do casamento, a moça quer romper o compromisso, que afinal realiza com a condição de divorciar-se, quando bem entenda. A união não durou um ano. M.G. fugiu do lar conjugal e obteve, no foro civil, a dissolução do vínculo conjugal. Três anos depois, a Cúria de Paris declara a nulidade de seu matrimônio, e o Tribunal da Sagrada Rota Romana confirma a decisão, invocando as lições de Gregório IX, Benedito XIV, Sanchez, Wernz, etc. Convém reproduzir a matéria de fato, no julgado subscrito pelos Cardeais F. Cattani, A. Perathoner, J. Alberti: — “1. Ambos os esposos declaram que estabeleceram o pacto em que foi admitida a condição posta por M. G. de romper o matrimônio quando quisesse. A mulher apresenta quatro testemunhas, livres de suspeita e exceção, que declaram que antes do casamento já conheciam a condição *sine qua non* posta por M.G. 2. Este pacto contra a substância do matrimônio, que, a primeira vista, parece incrível entre católicos, não causa nenhuma estranheza se se tem em conta o estado de espírito de M.G., que havia abandonado praticamente todos os princípios de educação religiosa que lhe foram ensinados na primeira infância, como confessam e declaram sua própria mãe e outras testemunhas fidedignas; não sendo de estranhar tampouco que, ao cabo de poucos meses de matrimônio e sendo amada ardentemente por seu marido, já quisesse desinteressar-se de seus deveres com ele, só por puro capricho. 3. A estes testemunhos se juntam os de cartas e notas de seu diário, escritas antes de seu casamento, e em que manifesta reiteradamente seu firme propósito de divorciar-se quando lhe dê vontade, ainda que não se dê a tais testemunhos mais fé que a merecida pelos documentos privados. 4. Depois de tais testemunhos, não se pode duvidar da verdade do fato, a saber que M. G., antes do casamento, pôs uma condição contrária ao *bonum sacramenti* — a indissolubilidade — e que tal condição permanecia, ao menos virtualmente, no ato do matrimônio” (Cfr. Quintana Reynés, op cit., págs. 137/141).

Outro fundamento não invocou em 1924, perante o arcebispo católico de Westminster, o grande Guillermo Marconi, para obter a declaração de nulidade de seu matrimônio com Beatriz O'Brien, realizado em 16 de março de 1905. Alegou-se que os contraentes se haviam casado com a **conditio sine qua non** de divorciar-se tão logo se apresentassem dificuldades à vida comum. O curador ao vínculo apelou da decisão favorável obtida pelo conhecido inventor da radiotelegrafia e senador italiano, mas o Supremo Tribunal pontifício manteve a nulidade. Depuseram, na fase probatória, os cônjuges e uma série de parentes da mulher. Os cônjuges, divorciados civilmente desde 1924, obtiveram assim a declaração de invalidade do matrimônio religioso, por pacto estabelecido entre os contraentes contra a propriedade essencial da indissolubilidade (Cr. A. Knecht, op. cit., pág. 464. A íntegra desse importante julgado com apoio em D'Annibale, Santo Tomás, Lehunkuhl, Sanchez, Gaspari, etc., pode ser lida em Quitana Reynés, op. cit., págs. 191/196).

As condições postas e não revogadas, discutidas nos dois acórdãos citados, diziam respeito à indissolubilidade, ao **bonum sacramenti**. Há que recordar decisões que também reconhecem dita invalidade quando preteridos o bem da prole (**bonum prolis**) e da unidade (**bonum fidei**).

Os Cardeais G. Sebastianelli, S. Many e A. Sincero assinam lapidar julgado, proferido pelo Tribunal da Sagrada Rota Romana aos 10 de maio de 1916, ao declarar a nulidade do matrimônio celebrado em Paris, em 31 de julho de 1907, entre A. F. e S. Ch., pela condição, convencionada entre os cônjuges, de não ter filhos (**bonum prolis**). Três anos depois, havia o marido delapidado os bens da esposa, o que a levou a obter o divórcio civil. A decisão canônica invoca Gregório IX, Santo Tomás e Gaspari, e assinala que "as circunstâncias antecedentes e as manifestações do contraente, feitas a vários de seus amigos, que declaram como testemunhas na causa, permitem aos Padres deduzir que aqueles não iam a um casamento, senão a uma estafa dos bens da mulher. A vida conjugal deu como resultado a delapidação da fortuna da esposa, realizada a qual a abandona, surda a seus apelos. Das mesmas declarações de testemunhas e dos fatos comprovados deduziram os Padres que os esposos contraíram o matrimônio com a intenção expressa de não ter filhos, e que um e outro professavam as criminosas teorias maltusianas, e estabeleceram expressamente tal condição" (Cfr. Quitana Reynés, op. cit., págs. 142/145).

Ainda não há dois anos, figura destacada de nossa vida social obteve a declaração de invalidade de seu matrimônio religioso exatamente por ter ficado demonstrado que, ao celebrar núpcias, os

cônjuges, há alguns lustros civilmente desquitados, tinham o propósito de evitar a prole. E o marido consorciara-se, já agora validamente, na Igreja do Vicariato, em Roma. A aprovação do Projeto acabaria com essa estranha anomalia de alguém ser casado indissolúvelmente e ao mesmo tempo, com duas mulheres diversas.

É preciso preservar a unidade do casamento, impedir que a infidelidade seja condição posta e não cumprida por um dos cônjuges. Há um julgado memorável, proferido depois de sucessivas sentenças contrárias à autora, e da lavra de cinco eminentíssimos Cardeais, De Lai, Pampili, Gaspari, Giuntini e Lega. B.C. casou-se em 29 de fevereiro de 1908, mas pouco durou sua felicidade conjugal. É que ela condicionara seu casamento a estar o marido limpo de todo contubérnio. Quinze dias depois do enlace, P. D. confessou à jovem esposa que “teve uma querida com a qual todavia se sentia unido pelo coração”. Daí surgiram graves desgostos, que levaram a mulher a obter a separação. Entenderam os insignes Prelados: 1.º) que a mulher subordinou seu consentimento matrimonial a uma condição propriamente dita, ou seja, que o varão fosse livre de todo contubérnio em sua vida passada; 2.º) esta condição, antes do casamento, não foi revogada nem cessou por algum outro modo; 3.º) em realidade, a passada vida do marido se achava manchada de contubérnio. O matrimônio foi declarado nulo por defeito de consentimento, por condição imposta e não cumprida. E assim decidiram unanimemente os sereníssimos Juizes. (A íntegra dessa importante decisão pode ser lida igualmente no livro de Quintana Reynés, tantas vezes citado, págs. 167/170.)

Outros elementos a favor da inclusão, na lei civil, dessa causa de invalidade do casamento, com a elogiável amplitude que lhe dá o *Coдекс Juris Canonici*, serão por certo aduzidos pelos ilustres líderes católicos, que honram esta Casa, e que se devem rejubilizar com o fato de se inspirar o legislador profano em tão segura orientação canônica.

XIII — O art. 9.º do Projeto é, em vernáculo, o cânon 1.093. *Etsi matrimonium invalide ratione impedimenti initum fuerit, consensus praestitus praesumitur perseverare, donec de eius revocatione constiterit.* O casamento é “*consortium omnis vitae*”. Daí a preocupação do legislador em resguardar sua validade, presumindo constante o consentimento outorgado, enquanto não se demonstrar sua revogação.

Pio V ensinava ser o matrimônio uma “*junta maridable*” do homem e da mulher entre pessoas legítimas, “que conserva uma companhia inseparável de vida”. E dizia haver, “no matrimônio, consentimento interno, pacto externo expressado com palavras, a

obrigação e vínculo que nasceu desse pacto e a união dos casados, pela qual se consuma o casamento; sem embargo, nada disto tem propriamente virtude e natureza de matrimônio, senão aquela obrigação e laço que se significa pelo nome de Junta" (*Catecismo para los párrocos*, parte II, cap. VIII, n.º 3). Justo, pois, que se cerque a união conjugal de todos os resguardos. Contém esse texto uma regra a favor da estabilidade matrimonial. Não será assim demasia se uma figura do clero brasileiro, o Padre Fernando Bastos de Ávila, S. J., profligando a instituição do divórcio, lembra que "o amor humano entre o homem e a mulher evolui segundo um esquema que se presta à análise dialética hegeliana. Numa primeira fase, de duração variável, tudo vai bem. É a fase que chamamos de amor ingênuo. A intensidade das experiências humanas, as descobertas da vida em comum, as alegrias primeiras da paternidade e da maternidade, tudo enfim facilita o curso das coisas. Tudo se desculpa sem sacrifício, numa atmosfera de euforia. Normalmente, porém, essa fase não dura sempre. Conduz à antítese, na qual os cônjuges já se conhecem melhor em seus defeitos e limitações. As novidades tornaram-se monotonia. As alegrias tornaram-se responsabilidades. E o que antes passava despercebido, hoje é objeto de atritos, às vezes, penosos. É a fase crítica da vida conjugal, mas é uma fase — e muitos cônjuges desconhecem isso — isto é, é uma passagem para uma fase final de plenitude. É uma fase de depuração de tudo o que o amor primeiro tinha de ingênuo, de nimamente passional. Os casais que superam essa fase chegam à síntese final que reassume os valores positivos das duas fases anteriores; da primeira, revive o frescor e a dedicação; da segunda, retém a lucidez. É a fase do amor lúcido, do amor sereno, do amor plenitude, que sabe amar apesar das limitações e dos defeitos" (*Divórcio para os não-católicos*, Editora Agir, 1958, págs. 113-114).

Ao declarar a nulidade de um casamento, deve o Estado como soem fazer os juízes católicos, tomar todas as cautelas, para que se não acamaradem os litigantes, com o condenável propósito de obter a invalidade de uniões constituídas sem qualquer vício.

Ao responder afirmativamente à indagação "Consta em tal caso a nulidade do casamento", em processo instaurado por V. P., de família católica rigorosíssima, contra R. T., "muy anticatólico", e em que a autora provou não ter o marido cumprido a condição *sine qua non* de deixá-la e aos filhos plena liberdade para todos os Sacramentos e prática da religião católica, o Tribunal da Sagrada Rota Romana focaliza, com a clareza habitual, o problema da revogabilidade da condição: — "Se requiere además que, bien en el mismo acto de la celebración del matrimonio, bien antes de contraer, se ponga la condición con acto positivo de la mente, y que no sea luego

revocada. En el primer caso la intención condicionada se llama Actual; en el segundo, Virtual (D'Annibale, Sum. Theol. Mor. I, n.º 135, Reff, Ius Canon., IV, I, n.º 346 y siguientes). Por consiguiente, se requiera siempre la intención condicionada Actual, bien en el acto del matrimonio, bien antes de la celebración. No es, pues, suficiente la intención que se llama Habitual para que se considere contraído el matrimonio bajo condición. Pues, la intención habitual no es sino una disposición por la cual uno no contrajera el matrimonio se conociera el error hajo el cual lo contrajo, y tal condición no afecta de ningún modo al consentimiento que se presta absolutamente, pues de lo contrario, cualquier matrimonio celebrado hajo el error de la calidad sería nulo. Por el contrario, la intención Virtual, a la que procedió la Actual, no revocada, persevera en la celebración del matrimonio (D'Annibale, Sum. Theol. Mor., I, n.º 135; Reiff, libro IV, theol, n.º 346 y sig). El Emmo. Gasparri enseña: "Es evidente que el matrimonio es nulo por falta de consentimiento, si se supone que se puso una condición verdadera y propiamente dicha "sine qua non", y que esta condición que de hecho anula, no fué revocada: que es nulo — digo — en el foro externo si se prueban estas dos cosas claramente, con argumentos y indicios que produz — con una certeza moral. Todos admiten que el matrimonio es nulo aunque la condición sea solamente virtual, a saber, que de ella ni siquiera se haya hecho mención en el acto del matrimonio, pero que puesta anteriormente, no fué revocada" (Do Matrimonio, vol. II, n.º 1.024).

E prossegue o lúcido julgado, subscrito pelos Eminentes Cardeais F. Sollieri, J. Florezak e J. Sole: "Pero si consta que la condición fué puesta, con intención actual, antes del matrimonio, no se presume revocada, si no se prueba; como enseña Pitonius, Discent, Eccles, 52, n.º 20. Pues como se dice en "Versall. Nullitas matri.", "la revocación es un hecho y los hechos no se presumen, sino que se prueban (Acta Apost. Sedis, pág. 389, vol. X)." (Cfr. Quitana Reynés, op. cif., págs. 182-183.)

Assim, enquanto não se demonstra o fato da revogação, presume-se, pelo art. 9.º do Projeto e pelo Cânon 1.093 do Codex Juris Canonici, que persevera o consentimento outorgado pelos cônjuges.

XIV — Tratam o art. 10 e seus parágrafos do processo. Deles se poderá dizer que, no Projeto, o rigor excede ainda ao rigor traçado na legislação canônica. A presença obrigatória e indispensável, sob pena de nulidade, do curador ao vínculo em todas as instâncias, é uma exigência indeclinável do direito processual canônico. Assim é que o canon 1.586 cria, em cada diocese, ao lado do Promotor de Justiça, o defensor ao vínculo, "para aquelas (causas) em que se

trate do vínculo da sagrada ordenação ou do matrimônio". Em seu § 1.º, o cânon 1.587 declara inválidos os processos em que não intervenha o defensor do vínculo. E o § 2.º somente valida aqueles atos a que compareceu o aludido curador, cujas funções, permite o cânon 1.588, podem ser exercidas cumulativamente pelo Promotor de Justiça. O art. 10 do Projeto soma a essa vigilância o recurso de ofício para o Tribunal de Justiça.

O § 1.º do art. 10 é uma real contribuição do legislador para que se não multipliquem as declarações de nulidade, na esperança de que com a intervenção serena e imparcial do magistrado, transijam os cônjuges e afinal se reconciliem. O Projeto, todavia, não se referiu, nem podia fazê-lo, a todas as causas de invalidade, mas somente às referidas nos arts. 2.º, 6.º e 8.º

O § 2.º do art. 10 reproduz a norma contida no cânon 1.971, § 1.º, n.º 1, que declara serem hábeis para propor a ação os cônjuges, sempre que não tenham sido causa do impedimento. E a Comissão Pontificia de Intérpretes já respondeu afirmativamente à pergunta: "An vi cânon 1971, § 1.º, 2, promotor iustitiae vi muneris sui agat in iudicio" (C. P. Int. 17-7-1933, IV; AAS, XXV, pág. 345).

O § 3.º do art. 10 é o texto do cânon n.º 1.903: "Nunquam transeunt in rem iudicatam causae de statu personarum: sed ex duplici sententia conformi in his causis consequitur, ut ulterior propositio non debeat admitti, nisi novis prolatis iisdemque gravibus argumentis vel documentis."

"No prescriben (canon 1.701) las acciones relativas al estado de las personas, como son las causas matrimoniales (canon 1.980), las de profesion religiosa (canons 586 e 646) e contra la ordenación sagrada (canon 1.993)" — expõe Moreno Hernandez, em livro com o "Imprimatur" do Dr. Francisco Navagas, Vigário-Geral de Córdoba (Derecho Processal Canonico, Madrid, 1956, pág. 182).

O cânon 1.989, fazendo remissão ao 1.903, repete que as sentenças em causas matrimoniais nunca passam em julgado, mas poderão em qualquer tempo ser tratadas de novo, se se apresentam novas provas ("Cum sententiae in causis matrimonialibus nunquam transeant in rem iudicatam, causa ipsae, si nova argumenta praesto sint, retractari semper poterunt, firmo prescripto cânon 1.903").

Por seu turno, o cânon 1.927 declara que não se pode transigir validamente nem nas causas criminaes, nem nas contenciosas em que se trata de dissolução de matrimônio, ("Transactio fieri valide naquit sive in cause criminali, sive in contenciosa in qua agitur vel de matrimonio dissolvendo", etc.)

Nas instruções baixadas pela Sagrada Congregação de Disciplina dos Sacramentos, em 15 de agosto de 1936, figura o seguinte texto: — Art. 222 — § 1.º — Se consta por documentos autênticos, pendente a causa e antes da sentença, que morreu um dos cônjuges, serão arquivadas as atas, e não se chegará à decisão, a menos que o outro cônjuge ou os herdeiros do defunto instem por causas graves, por exemplo, para legitimar a prole nascida do matrimônio que se intentava, ou para a obtenção da herança (cânon 1.932). Nestes casos podem também interpor apelação e dar-lhe seguimento.”

Essas três regras o Projeto consubstancia em seu § 4.º do art. 10.

Ao redigir o § 5.º procurei igualmente a lição dos doutores da Igreja, temeroso de que a sagrada ira do valoroso Monsenhor Arruda Câmara — ira que, já dizia Santo Tomás, às vezes também é virtude (De los preceptos de la caridad y diez mandamientos de la ley, Buenos Ayres, 1947) — desabasse sobre minha ignorância com a mesma impetuosidade com que se dirigiu, certa feita, ao erudito Deputado Nestor Duarte: “Não podemos consentir em que o ilustre professor de Direito se arvore em teólogo para interpretar canones, dogmas e concílios, tentando ensinar Padre Nosso a Vigário...”

Estou, por isso, com o intrépido representante de Pernambuco quando afirma que as nulidades de casamento, na Igreja, “são em número reduzido e em processo difícil e cauteloso” (*Preservação da Família e das Tradições*, págs. 24 e 38).

A circunstância de exigir o Projeto, de acordo com as leis canônicas, duas decisões no mesmo sentido, para pôr termo à controvérsia sobre a existência, ou não, do matrimônio, pode determinar que divirjam entre si a sentença de primeira instância e o acórdão de apelação. Se isso ocorrer, a solução proposta é o oferecimento de embargos de nulidade, para que se possibilite um terceiro pronunciamento, em qualquer dos dois rumos. Acontece, porém, que a atual legislação brasileira não rende ensejo a embargos quando o acórdão, que julga a apelação, é unânime. Daí a ressalva do Projeto, que defere, no mínimo, a cinco desembargadores no Distrito Federal e possivelmente em algumas outras unidades federativas, ou a todo o Tribunal de Justiça, a palavra derradeira sobre o debate.

Aliás, assim agindo, o Projeto se inspira na elogiável orientação da Igreja. Com efeito, em julgado já referido, o Santíssimo Padre, em havendo duas decisões contrárias à nulidade, designou uma comissão especial de cinco eminentíssimos Cardeais, entre eles Gaspari, para novo exame do pedido de inexistência de determinado matrimônio canônico (Cfr. Quintana Reynés, *op. cit.*, págs. 167-170). Nessa hipótese, quando são conformes a sentença e o acórdão de apelação, respondendo negativamente à pergunta “consta a nulidade do casa-

mento neste caso”, o Projeto — pelo § 5.º do art. 10 — não permite uma terceira decisão.

É, como se vê, mais severo do que a orientação vigorante na esfera do Direito Processual Canônico.

Está disposto no cânon 1.986 que “*a prima sententia, quae matrimonii nullitatem declaraverit, vinculi defensor, intra legitimum tempus, ad superius tribunal provocare debet; et si negligat officium suum implere, compellatur auctoritate iudicis.*”

Ainda que institua o recurso **de officio** da sentença declaratória de nulidade, o Projeto repete a determinação canônica, tal o relevante papel do curador ao vínculo, ofício introduzido por Benedicto XIV no foro eclesiástico (Constituição “*De miseratione*”, de 3 de novembro de 1748), e cuja importância ressalta, em nítidos contornos, do livro magnífico de Monsenhor Leon de Amo, Prelado Doméstico de Sua Santidade, Defensor do vínculo no Tribunal da Rota Espanhola, publicado com o “*Imprimase*” de Juan, O bispo Aux. Vic. Gen. (*La defensa del vinculo*, Madrid, 1954).

Assim reza o cânon 1.987: “*Post secundam sententiam, quae matrimonii nullitatem, confirmaverit, si defensor vinculi in gradu appellationis pro sua conscientia non crediderit esse appellandam, ius coniugibus est, decem diebus a sententiae denuntiacione elapsis, novas nuptias contrahendi.*”

É exatamente o § 7.º, e último, do art. 10.

Nada, pois, a justificar.

XV — Resta o art. 11, o que dispõe, sem qualquer originalidade, porque diuturnamente inserto nos textos da legislação ordinária: “A presente lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário”. Dos onze, esse é o único dispositivo pelo qual respondo, desajudado, quem sabe, da inspiração canônica.

XVI — Em alguns dos raros países onde não há em vigor a instituição do divórcio (como a Itália e Espanha), as concordatas celebradas entre o Vaticano e o Estado colocaram sob a sabedoria das leis canônicas as decisões das questões de nulidade de matrimônio. E até Portugal (onde há divórcio para os que não se casam religiosamente) dita determinação foi assentada em concordata. No Brasil, Igreja e Estado são separados. O Projeto pretende conciliar as duas partes. E como se trata apenas de casamento civil, nada obsta, ao contrário tudo aconselha, que legisladores e juizes civis se valham da experiência secular da Igreja, para melhor apreciar as nulidades que inquam, e certamente com maior freqüência, as uniões civis.

Ainda uma vez — e tem sido esta uma orientação sem hiatos em minha vida parlamentar — não pretendo que o Estado transponha os limites de seu poder e invada aquela área que todos reconhecem exclusiva da Igreja de Nosso Senhor Jesus Cristo, soberana no disciplinar, como lhe aprouver, o matrimônio católico.

Minha iniciativa — como as anteriores, como outras que por acaso ofereça no futuro aos choques parlamentares — trata unicamente de nulidade do casamento civil.

Fui injustamente apontado como desejoso de instituir, sub-repticiamente, o divórcio na legislação brasileira. Não me surpreenderei se, depois deste Projeto, os implacáveis adversários de ontem me acusarem de haver enrolado a bandeira divorcista...

XVII — “Nem se acende a candela — disse Jesus aos discípulos — e se coloca debaixo do alqueire, mas no velador, e dá luz a todos que estão na casa.”

Senhores congressistas: este projeto é um punhado de luz, luz da aurora sem fim da legislação canônica. Não o sepultemos debaixo do alqueire, à sombra de forçadas preliminares, sob nuvens sombrias de desconfiança no zelo dos que distribuem e na legitimidade dos que suplicam justiça. Espalhemos tão generosa e esplêndida claridade sobre os que estão na casa, nesta nossa grande casa que é o Brasil.

Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 1960. — Nelson Carneiro.

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 6, DE 1971 (*)

Regula a anulação de casamento por êrro essencial quanto às qualidades do outro cônjuge, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º É também anulável o casamento civil, além dos casos regulados em lei, quando ocorrer êrro essencial quanto às qualidades do outro cônjuge, como a prática do homossexualismo, alcoolismo inveterado, sadismo, perversão ou demência sexual, ciúme mórbido e demais defeitos psíquicos e morais tão graves que seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao enganado.

Art. 2.º Somente certidão expedida pelo Juízo competente, e subscrita por seu respectivo titular, demonstrando que os litigantes se acham legalmente separados, no mínimo, há cinco anos contínuos, ou de fato há pelo menos dez anos consecutivos, sem restabelecimento da sociedade conjugal, servirá como prova de que o conhecimento ulterior do êrro essencial tornou insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

Art. 3.º A anulação do casamento civil, regulada nesta lei, processar-se-á em ação ordinária, na qual será nomeado curador que o defenda, e deverá ser proposta dentro de dois anos, a contar da data em que se tornar possível seu ajuizamento.

Parágrafo único. Será contado da vigência da presente lei o prazo de dois anos para o ajuizamento da ação ordinária, se àquela data o cônjuge enganado puder invocar em seu benefício o disposto nos artigos anteriores.

Art. 4.º Sômente o cônjuge enganado poderá demandar a anulação do casamento, com apoio nesta lei.

§ 1.º Quando as circunstâncias da causa o convencerem de que os litigantes se serviram do processo para realizar ato simulado ou conseguir fim proibido em lei, o juiz proferirá decisão que obste a êsse objetivo.

§ 2.º Se julgar procedente a ação, o juiz, mediante simples declaração na sentença, recorrerá *ex officio* e com efeito suspensivo para o Tribunal de Justiça.

(*) Projeto em curso, aguardando parecer da Comissão de Constituição e Justiça.

Art. 5.º Quando o casamento anulado houver sido contraído de boa-fé, produzirá, em relação aos cônjuges, todos os efeitos civis até o dia da sentença anulatória. Se um dos cônjuges o houver contraído de boa-fé, os efeitos civis do casamento só a esse aproveitarão.

Art. 6.º Os filhos comuns serão sempre legítimos, mesmo que havidos antes do casamento, e ainda que êste não tenha sido contraído do boa-fé por um ou por ambos os cônjuges.

Art. 7.º Aos direitos e obrigações dos pais entre si e a respeito dos filhos, no caso de anulação de casamento regulado nesta lei, serão aplicáveis as disposições análogas em matéria de desquite e de alimentos.

Art. 8.º A presente lei entrará em vigor trinta dias após a sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Justificação

1. Passaram, favor de Deus, os tempos agitados em que não se distinguia entre divórcio e anulação de casamento. E, preocupados em combater ao primeiro, altas e nobres vozes se alteavam para impugnar qualquer projeto relativo à segunda. É que, em seu subconsciente, era a conseqüência, ou seja, a possibilidade de um segundo casamento, e não as causas anteriores ao contrato e capazes de invalidá-lo, que os levava à confusão, que tantos males tem causado à família brasileira. Mesmo nos raros, raríssimos países indissolubistas que ainda existem no mundo, e que não ultrapassam os dedos de uma só mão, concordam legisladores, doutrina e jurisprudência em enumerar os casos de anulação de casamento, com maior ou menor amplitude. E a existência do divórcio, nos cinco continentes, não impediu que os diversos códigos regulassem as nulidades, absolutas ou relativas, do contrato civil de casamento.

2. Não é a primeira vez que me cabe formular proposições semelhantes. Antes, entretanto, de redigir o presente projeto, tive a inspiração de procurar Sua Excelência, o Cardeal D. Agnelo Rossi, então Presidente da Conferência Nacional dos Bispos Brasileiros, "certo de que, da soma de nossos esforços, se lograria algum resultado" (*Diário do Congresso Nacional*, de 29-4-70, Seção I, pág. 856), a fim de que o debate não terminasse afinal, no futuro, "em uma luta envolvendo a autoridade da Igreja, como na Itália, e dividindo a opinião pública sobre a legitimidade da intervenção papal em tais assuntos". Ao tempo, estava na Câmara dos Deputados, aguardando parecer da Comissão de Constituição e Justiça, meu Projeto n.º 4.217, de 1962. Em conseqüência daquela gestão chegaram às lideranças da Câmara dos Deputados as "Anotações" feitas pela douta Comissão designada pelo eminente Cardeal-Arcebispo de São

Paulo e composta de D. José Newton, Arcebispo de Brasília, D. Avelar Brandão, atual Arcebispo Primaz da Bahia, D. Lucas Moreira Neves e Monsenhor José Tapajós.

3. São dêsse importante documento, cuja íntegra se oferece ao exame desta Alta Câmara, os tópicos seguintes:

“5. Passando agora ao exame propriamente jurídico da questão, parece evidente que o projeto não pode ser contestado pelo simples fato de admitir a anulação (declaração de nulidade) do contrato civil por mais um título determinado, ou seja, o êrro essencial.

6. Admitido que o Estado legisle em matéria matrimonial, inclusive para determinar a indissolubilidade civil do contrato civil, não se pode negar o direito de determinar a condição em que o êrro de um ou de ambos os cônjuges torne o contrato nulo ou anulado.

7. Como não se ignora, a própria legislação canônica admite o êrro como invalidante do consentimento matrimonial sacramental em três casos:

1.º — quando houver êrro de pessoa;

2.º — quando o êrro de qualidade redundar em êrro de pessoa; e

3.º — quando houver êrro sobre a condição “livre” de pessoa que seja real e propriamente “escrava” (C. 1083).

O Código Civil Brasileiro, por seu lado, também admite a anulação do contrato civil de casamento por êrro essencial:

“Art. 219. Considera-se êrro essencial sôbre a pessoa do outro cônjuge:

I — o que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo êsse êrro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II — a ignorância de crime inafiançável, anterior ao casamento e definitivamente julgado por sentença condenatória;

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

IV — o defloramento da mulher, ignorado pelo marido.”

Razão, pois, assistiu à Hierarquia, para aduzir no documento já referido:

"9. Em tese, portanto, nada impediria que, além dos erros de qualidade morais já relacionados nos itens b, c, e e, se acrescentasse mais um item como motivo de anulação. Nisto não há nenhuma inconstitucionalidade, nem nenhuma violação de princípios jurídicos. Se não é inconstitucional que o contrato civil seja cancelável por cinco motivos, também não é inconstitucional que o seja por seis motivos.

Também não é antijurídico, antes é perfeitamente jurídico, que erros essenciais não prevaleçam com a estabilidade dos contratos, o que prejudicaria os contratantes honestos e simples e favorecia aos desonestos e dolosos."

4. As aludidas "Anotações", entretanto, divergiam do Projeto de Lei da Câmara n.º 4.217, de 1962, pela "generalidade, ampliação e flutuosidade" do art. 1.º, tornando-o, assim, **anticonstitucional e inadmissível**, o que vale dizer que, afastados aqueles inconvenientes, nada obstaría, no entender do Episcopado, o curso e a aprovação da proposta legislativa então em estudos.

Impõe-se, destarte, um exame daquele projeto, especialmente de seu art. 1.º, para ver até que ponto os ilustres redatores das "Anotações" tinham razão em sua crítica.

O art. 1.º estava assim concebido:

"É também anulável o casamento, além dos casos regulados em lei, quando contraído sob o império de erro sobre as qualidades morais tão essencialmente ligadas à vida familiar e à vida em sociedade, que seu conhecimento ulterior torne insuportável ao cônjuge inocente a convivência com o culpado."

Baseara-me, entretanto, para redigir aquele dispositivo no lúcido parecer (em anexo) do sempre lembrado Ministro San Thiago Dantas, ao relatar, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, meu Projeto n.º 1.810/60. E tive o cuidado de vazar a nova redação em termos ainda mais rigorosos do que os textos vigentes na Alemanha (§ 1.333 do B.C.B.) e na Suíça (art. 124 do Código Civil), relativos às qualidades pessoais, que Ennecerus, Kip Wolf discriminam como sendo:

"1.º — todas las características corporales, por ejemplo, la virgindad, la fecundidad, la salud, la raza e la edad;

2.º — todas las cualidades morales, como la bondad, la honrabilidad, la flexibilidad, el dominio de sí mismo;

3.º — todas las cualidades espirituales, como la inteligencia e la aptitude artistica.” (Tratado de Derecho Civil, tomo IV, pág. 146, trad. Bosch, Barcelona, 1941.)

5. Sustentavam as “Anotações” como primeiro defeito do Projeto de Lei da Câmara n.º 4.217, de 1962, o fato de não prever “uma determinada ausência de determinada qualidade moral, por exemplo: o homossexualismo, ou o alcoolismo incurável, ou o sadismo físico e mórbido, ou a demencia sexuais, etc.” Ao acentuar que nenhuma enumeração seria completa, citel ainda, naquele ensejo, o ciúme mórbido, o preconceito racial, a perversão sexual.

Em entrevista à imprensa paulista, o Professor Miguel Reale, coordenador e presidente da Comissão governamental encarregada de elaborar o anteprojeto do novo Código Civil, adiantou que “os problemas psíquicos” figurariam entre as causas de invalidade do casamento civil (O Estado de São Paulo, de 15-7-70).

Reconhecendo, pois, êsses elementos, e buscando por fim a um dissídio doutrinário que se vai prolongando desnecessária e prejudicialmente dentro e fora do Parlamento, sugiro, no atual projeto, que se dê ao questionado art. 1.º a seguinte redação:

“É também anulável o casamento, além das hipóteses reguladas em lei, quando ocorrer êrro essencial quanto às qualidades do outro cônjuge, como a prática de homossexualismo, alcoolismo incurável, sadismo, perversão ou demência sexual, ciúme mórbido e demais defeitos psíquicos e morais tão graves que seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao enganado.”

6. As “Anotações” criticavam ainda o projeto anterior por não reproduzir disposição constante das anteriores proposições, que declaravam ser a certidão da separação legal e ininterrupta por 5 (cinco) anos a única prova de que o conhecimento ulterior do êrro tornara a convivência impossível. No já citado discurso, que reproduzo, ao fim da presente justificação, declarei a êsse respeito textualmente:

“A primeira crítica é que a atual proposta “retirou a cláusula constante do projeto anterior e que exigia, como prova necessária de que o conhecimento ulterior da falta da qualidade moral tornava a conveniência impossível, a certidão de separação legal e ininterrupta por 5 (cinco) anos, no mínimo.” Ninguém imagina o pesar com que o fiz, sòmente igual ao júbilo com que solicito, desta tribuna, que a restaure, em seu substitutivo, o ilustre Relator da Comissão de Constituição e Justiça. A Nação, que não deseja um divórcio fácil, dêsses de que as estrelas decadentes do cinema se valem

para voltar aos galarins da popularidade, com maior razão não poderia aplaudir que se facilitasse a decretação de uma invalidade, que deve assentar em bases firmes e rigorosas. Mas os "Anais" estão cheios de críticas aos meus projetos anteriores, tôdas vislumbrando nesse prazo a simples transformação do desquite em anulação de casamento, como, em alguns países, converte em divórcio, após certo período, a separação legal. Perseverei, durante dois decênios, em tentar esclarecer que a circunstâncias de estarem separados os cônjuges por cinco anos ininterruptos não era a causa da anulação, não era o êrro essencial, mas a única prova, a única, de que o conhecimento ulterior do êrro tornara insuportável a vida em comum, fôra tão grave que levara à separação, e esta perdurara durante um lustro, sem que se reconciliassem os desavindos.

Ainda bem, Deus louvado, que a Comissão Episcopal entendeu o meu objetivo. Lembro-me de que, por várias vezes, expliquei que a constatação do êrro por si só, não deveria justificar a anulação. E recordei que o próprio Código Civil, mesmo reconhecendo que o contrato civil foi celebrado por quem não tinha a idade mínima legal, não admite sua invalidade, se da união existe prole. Nada convenceu meus aguerridos contendôres. Hoje, vejo que minhas palavras não caíram em terreno sáfaro. Custaram de frutificar, mas não se perderam."

Em consequência, como art. 2.º do presente projeto, voltaria a figurar a reclamada disposição, com a inclusão dos separados de fato há mais de dez anos ininterruptos:

"Somente certidão expedida pelo Juízo competente, e subscrita por seu respectivo titular, demonstrando que os litigantes se acham legalmente separados, no mínimo, há cinco anos contínuos, ou de fato há, pelo menos, dez anos consecutivos, sem restabelecimento da sociedade conjugal servirá como prova de que o conhecimento ulterior do êrro essencial tornou insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado."

7. Finalmente, a última objeção do documento episcopal residia no fato de não incluir o projeto qualquer prazo para a propositura da ação anulatória. Seria, no dizer da Hierarquia, "a instabilidade permanente do contrato cuja estabilidade a Constituição garante". Examinando essa critica, afirmei que a fixação de um prazo de decadência "seria contra o casamento, e não a seu favor", embora admitindo expressamente a hipótese de que assim não entendesse a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

Salvo nos regimes de força, em que a vontade de um é a vontade de todos, e por isso mesmo as leis duram o tempo que sobrevivem as ditaduras, nenhum legislador, por mais culto, tem a insensatez de se acreditar o dono da verdade, de modo a julgar sua iniciativa perfeita e inatacável. Nas democracias, a lei é a soma, o encontro, a convergência das opiniões mais díspares, das tendências mais diversas.

Não me cumpre acirrar divergência doutrinárias, num instante em que a Conferência Nacional dos Bispos Brasileiros traz sua valiosa colaboração à possibilidade de acudir a tantos brasileiros que, ao contrair casamento, incidiram em grave erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Ainda uma vez transijo, e o faço na esperança de remover o último ponto de divergência, que separava meu anterior projeto do alto pronunciamento da Hierarquia. Eis porque incluo, na atual proposta, o art. 3.º, esclarecido pela disposição transitória de seu parágrafo único. O prazo de dois anos é o vigente para o ajuizamento da ação de anulação de casamento, nos demais casos regulados pelo Código Civil.

8. Tenho para mim que assim se terá encontrado aquêle **denominador comum**, sem passionanismos nem intransigências, reclamado pela Hierarquia em suas "Anotações":

"15. Juridicamente, portanto, parece que só é possível um denominador comum se o ilustre Deputado concordar em que os "casos de anulação" devam ser "casos concretos e determinados" e não "fórmulas genéricas". Fora daí caímos na inconstitucionalidade e no "divórcio disfarçado ou indireto".

O Divórcio, com efeito, não é, apenas, a consagração teórica da lei da dissolubilidade de vínculo. É também, a consagração legal de, na prática, todo vínculo ser dissolúvel."

9. Como em 1953 e 1960, cumpre-me encerrar esta explicação com as mesmas palavras com que terminei as **justificações** dos Projetos de Lei da Câmara números 3.099 e 1.810: "Ninguém se iluda. Ou os antidivorcistas aproveitarão a atual iniciativa, para declarar insubsistentes tantos laços atados erradamente, ou por si mesmo desatados, ou estarão, cada dia mais, rasgando, com sua intransigência, os caminhos do divócio, no Brasil. Hoje ainda é possível a elaboração de uma lei estudada e cautelosa, seja de anulação de casamento, como a que ora se submete à apreciação do Congresso Nacional, seja outra, e que acaso vise vencido o obstáculo constitucional, à dissolução do vínculo conjugal, possibilitando a seus grilhetas, libertos do pesadelo de um mau casamento, uma segunda união legal. Amanhã talvez seja tarde demais. Como diria Jemolo, não se compreendem determinadas defesas a todo custo, quando a experiência demonstra

que certas intransigências do legislador “não conduzem, em realidade, à resignação dos condenados à vida em comum e à recomposição de famílias sãs”. A Nação, mais do que nunca, tem os olhos voltados para seus ilustres representantes, nesta Casa do Congresso. E não será temeridade afirmar-se que, em quase todos os lares, há uma prece pela vitória da reivindicação de que nos fizemos ainda agora simples intermediários. E Deus há de permitir que o Parlamento brasileiro não falte à tão emocionante expectativa.”

Sala das Sessões do Senado Federal, em 13 de abril de 1971.

ANOTAÇÕES SOBRE O PROJETO N.º 4.217/1962

A — Síntese do Projeto

1. Importa primeiro conhecer o dito projeto:

a) Embora usando a expressão “anulação”, trata-se, verdadeiramente, de uma “declaração de nulidade”, pois, só na hipótese de boa-fé de um ou de ambos os cônjuges, o contrato produzirá os efeitos civis conseqüentes até à época da sentença (art. 4.º) e se os litigantes se serviram do processo para realizar ato simulado ou conseguir fim proibido em lei, deve o Juiz obstar ao objetivo (art. 3.º, § 1.º).

b) Por causa suficiente para anulação ter-se-ia o erro sobre as “qualidades morais tão essencialmente ligadas à vida familiar e à vida em sociedade, que seu conhecimento ulterior torne insuportável ao cônjuge a convivência com o culpado” (art. 1.º).

c) As qualidades morais cuja falta dá motivo à anulação devem ser anteriores ao casamento, porém seu conhecimento deve ser ulterior, pois do contrário não haveria erro ou engano (arts. 1.º e 2.º). O erro ou engano, porém, pode ser unilateral ou bilateral (art. 4.º).

d) Todo processo de nulidade, pelo motivo exposto, é sujeito inicialmente ao parecer do “Curador” (Defensor do vínculo) nomeado (art. 3.º).

e) A ação é ordinária com juiz singular e com recurso para o Tribunal de Justiça (art. 3.º, § 1.º).

f) Da própria sentença favorável o Juiz deverá sempre recorrer *ex officio* e com caráter suspensivo para o Tribunal de Justiça (artigo 3.º § 2.º).

g) Os direitos civis, até o dia da sentença, aproveitarão ao cônjuge ou aos cônjuges em boa-fé.

h) Os filhos mesmo nascidos antes do casamento ou durante o casamento contraído de má-fé, serão sempre legítimos (art. 4.º).

i) Anulado o casamento, acêrca de alimentos, educação de filhos, pensão etc., aplicam-se as normas em vigor na questão de desquite (art. 4.º § 2.º).

Evidentemente, o ponto mais importante do projeto é o que está resumido no item b.

B — História do Projeto

2. que vem rolando no Parlamento desde 1951:

a) O primeiro projeto sôbre a anulação por êrro de qualidades pessoais (ou morais) foi apresentado à Câmara em 1951, e recebeu o n.º 786. Dispunha também sôbre a anulação, "ipso facto", após 5 anos de separação.

Houve, na ocasião, uma grande mobilização das fôrças católicas contra o projeto, que chegou a ser votado pelo Parlamento em escrutínio secreto e derrotado por 116 votos a 89, portanto, por maioria absoluta, mas, inferior a 2/3.

b) Em 1953, o Deputado Nelson Carneiro, valendo-se de disposições regulamentares, voltou a apresentar o mesmo projeto, que recebeu o número 3.099, e relatado na Comissão de Constituição e Justiça, pelo Deputado Adaucto Lúcio Cardoso, que deu parecer desfavorável vitorioso, nunca chegou a ser votado em Plenário, principalmente pelo fato de o ilustre Deputado não ter conseguido reeleger-se para o período de 1955 a 1959.

c) Voltando à Câmara, o Deputado Nelson Carneiro reapresenta mais uma vez seu projeto, ao que me consta, dois Relatores, o Deputado San Thiago Dantas e o Deputado Arthur Virgílio, que, na Comissão de Constituição e Justiça, ofereceu um substitutivo aceito pelo Sr. Nelson Carneiro. Nessa ocasião, muito se temeu pela aprovação do projeto na Comissão, graças, principalmente, à autoridade San Thiago Dantas que, embora rejeitando-o, o considerou constitucional, e à apresentação do substitutivo favorável pelo Relator, o Deputado Arthur Virgílio. Entretanto, a ação do Deputado Monsenhor Arruda Câmara, que exigiu votação nominal, baseado em determinação que fizera anteriormente aprovar, conseguiu que o substitutivo do Deputado Arthur Virgílio fôsse derrotado, na própria Comissão, pela exigua margem de 7 a 6. Para não correr o risco de, apresentando-se ao Plenário com parecer desfavorável da Comissão de Constituição e Justiça, ser derrotado, o que implicaria dificuldades regimentais futuras, o Deputado Nelson Carneiro retirou o projeto que, portanto, não chegou ao Plenário.

d) Em hábil manobra, porém, poucos dias depois, o Deputado Nelson Carneiro voltou a apresentar, novamente, o mesmo projeto,

que é o atual, e cuja principal alteração consiste na supressão da anulação após 5 anos de separação.

e) O atual projeto recebeu o n.º 4.217/1962, tendo, porém, sorte adversa, pois seu primeiro Relator, Deputado Lício Hauer, não se apresentou à reeleição na legislatura seguinte. Seu segundo Relator, o Deputado Ferro Costa, em vésperas de apresentar seu relatório, foi cassado pela Revolução de 1964. O terceiro Relator Deputado Geraldo Freire, “engavetou” o projeto, até que, em 1968, o Deputado Nelson Carneiro conseguiu sua substituição como Relator. O quarto Relator designado, Deputado Montenegro Duarte, foi cassado pelo Ato Institucional n.º 5. Posteriormente, o Congresso Nacional foi pôsto em recesso até outubro de 1969. Finalmente reaberto, foi, em novembro, designado o quinto Relator, o Deputado José Burnett, do Maranhão, que, nos próximos meses, deverá relatá-lo perante a Comissão de Constituição e Justiça.

3. Este pequeno esboço histórico deixa bem claro que o projeto em pauta não é uma tentativa nova nem renovada: é a mesma longa luta entre divorcistas e antidivorcistas, cujos expoentes, no Parlamento, são Nelson Carneiro e Arruda Câmara. O **FATO NOVO** é a tentativa de diálogo, em busca de um “denominador comum”, diálogo procurado com a visita do Deputado divorcista ao Exmo. Sr. Cardeal Presidente da CNBB, e cuja intenção política nos abstemos de interpretar.

4. De qualquer maneira não se pode fugir ao exame do referido projeto e, evidentemente, conforme as conclusões a chegar, não se pode furtar-se a tomar as medidas necessárias, principalmente neste momento em que seu porta-voz na Câmara, o vigilante, experimentado e atuante Deputado Arruda Câmara, atacado por grave enfermidade, entrará provavelmente ausente de sua batalha histórica.

C — Sobre o mérito do Projeto

5. Passando agora ao exame propriamente jurídico da questão, parece evidente que o projeto não pode ser contestado pelo simples fato de admitir a anulação (declaração de nulidade) do contrato civil por mais um título determinado, ou seja o de erro essencial.

6. Admitido que o Estado legisle em matéria matrimonial, inclusive para determinar a indissolubilidade civil do contrato civil, não se pode negar o direito de determinar a condição em que o erro de um ou de ambos os cônjuges torne o contrato nulo ou anulado.

7. Como não se ignora, a própria legislação canônica admite o erro como invalidante do consentimento matrimonial sacramental em 3 casos:

1.º — quando houver erro de pessoa;

2.º — quando o erro de qualidade redundar em erro de pessoa;
3.º — quando houver erro sobre a condição “livre” de pessoa que seja real e propriamente “escrava” (C. 1083).

8. A legislação brasileira, por seu lado, também admite a anulação do contrato civil baseada em diversos gêneros de erros, ou seja:

a) em relação à identidade do cônjuge (como na Igreja: **error personae**);

b) em relação à honra e boa fama do cônjuge, erro que, desvendado ulteriormente, torne impossível a convivência conjugal;

c) em relação a crime inafiançável anterior ao casamento e com sentença condenatória e definitiva;

d) em relação a defeito físico irremediável ou moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de por em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;

e) relativa ao defloramento de mulher antes do casamento (artigo 209 C. Civil).

9. Em tese, portanto, nada impediria que, além dos erros de qualidades morais já relacionadas nos itens b, c e e, se acrescentasse mais um item como motivo de anulação. Nisto não há nenhuma inconstitucionalidade, nem nenhuma violação de princípios jurídicos. **Se não é inconstitucional que o contrato civil seja cancelável por 5 motivos, também não é inconstitucional que o seja por 6 motivos.**

Também não é antijurídico, antes é perfeitamente jurídico, que erros essenciais não prevaleçam com a estabilidade dos contratos, o que prejudicaria os contratantes honestos simples e favoreceria aos desonestos e dolosos.

10. O que porém torna anticonstitucional e inadmissível o projeto em pauta é a **generalidade, a amplidão e a flutuosidade** do artigo 1.º do projeto, transformando-o, por mais que o autor o negue, de uma simples ampliação do caso de anulação, num verdadeiro projeto divorcista, que torna praticamente nulo o preceito constitucional de indissolubilidade, e que, portanto, é flagrantemente anticonstitucional.

11. Com efeito, o art. 1.º do projeto:

a) retém os casos regulados em lei, e por conseguinte, o erro sobre qualidades morais relativas à honra, à boa fama, à não-criminalidade inafiançável e ao defloramento;

b) declara, além disso, anulável **o contrato civil** por erros sobre qualidades morais tão essencialmente ligados à vida familiar e à vida em sociedade que seu conhecimento ulterior torne insustentável ao cônjuge inocente a convivência com o culpado”. Ora, o projeto não prevê uma determinada ausência de determinada qualidade moral;

por exemplo: o homossexualismo, ou o alcoolismo incurável, ou o sadismo físico e mórbido ou a **dementia sexualis**, etc. O que o projeto propõe é “um conjunto de qualidades morais” indeterminadas e vagas, apenas caracterizadas por tornarem insuportável a convivência, e digo **apenas** caracterizadas por esse aspecto porque dizer-se que sejam “essencialmente ligadas à vida familiar e à vida em sociedade” não caracteriza nada, pois todas as qualidades morais dos cônjuges estão essencialmente ligadas à vida familiar e à vida em sociedade. De consequência, todos os motivos aduzidos nos países que admitem o divórcio (exceto talvez certas aberrações de legislações locais, como o fato de o marido roncar) e todos os motivos aduzidos, em qualquer parte, para a obtenção do desquite nos países que não têm o divórcio, **fácilmente seriam enquadradas** nesse dispositivo do projeto, como falta de “carinho” falta de “compreensão” etc.

Em outras palavras, o **contrato civil no Brasil seria indissolúvel apenas em tese**, mas na prática seria tão dissolúvel quanto se houvesse o divórcio. E isto é anticonstitucional.

12. É certo que o Projeto exige que essa falta de qualidades morais por culpa, ignorância ou erro para tornar o casamento dissolúvel, deve preexistir ao contrato e não teria o patrocínio da lei se fôsse perda de qualidades posterior ao contrato.

Mas isso, evidentemente, não modifica a questão. Pois sempre será possível demonstrar que a falta era embrionariamente de modo latente anterior ao contrato e que só a convivência a revelou. Pois, se assim não fôsse não caberia a alegação de erro.

13. Ora, o casamento deve ser encarado como uma escola de aperfeiçoamento mútuo e não como a união de duas pessoas perfeitas. É raríssimo encontrar um casal que, anteriormente à convivência e convivência, de muitos anos, conheça perfeitamente, ou mesmo suficientemente as qualidades e os defeitos mútuos.

A vida matrimonial é uma contínua descoberta do outro. Se, ao contrário de saberem que esta contínua descoberta deve servir para o aperfeiçoamento de vida comum, fôr essa descoberta uma ameaça perene de pedido de anulação, quem não vê como estaria irremediavelmente ameaçada a indissolubilidade do vínculo? E que diferença haveria, portanto, entre esse Projeto e um Projeto abertamente divorcista?

14. Dois pontos conferem especial gravidade ao atual Projeto:

a) nele, o Autor retirou a cláusula constante do projeto anterior e que exigia, como prova necessária de que o conhecimento ulterior da falta de qualidade moral tornava a convivência impossível, a “certidão” de separação legal e ininterrupta por cinco anos, no mínimo”.

Isto que na “Justificação” de seu Projeto o Deputado Nelson Carneiro apresenta como “concessão” a seus opositores, é **ao contrário uma agravante**. Pelo atual Projeto, mesmo aos 50 anos de vida conjugal ininterrupta, poderia um cônjuge chegar à descoberta de falta de qualidade anterior e pedir imediatamente a anulação do contrato civil;

b) ao passo que até as nações que admitem o divórcio limitam a meses ou a pouco mais a possibilidade de intentar a anulação após a descoberta de erro, o atual Projeto não estabelece nenhum limite de nenhuma espécie para tal ação. É a instabilidade permanente do contrato cuja estabilidade a Constituição garante. Como pode ser isto constitucional?

15. Juridicamente, portanto, parece que só é possível um denominador comum “se o ilustre Deputado concordar em que os “casos de anulação” devam ser “casos concretos e determinados” e não “fórmulas genéricas”. Fora daí caímos na inconstitucionalidade e no “divórcio disfarçado ou indireto”. O Divórcio, com efeito, não é, apenas, a consagração teórica da lei da dissolubilidade do vínculo. É, também, a consagração legal de, na prática, todo vínculo ser dissolúvel.

D — As Sugestões do Sr. Nelson Carneiro

16. Comentários a alguns tópicos da argumentação do ilustre Deputado na audiência com o Exmo. Presidente da CNBB. São três esses tópicos:

1.º) que se trata, apenas, do contrato civil e não do matrimônio válido religioso;

2.º) que o Projeto se justifica pelo número avultado e crescente de desquites e de novas uniões ilegais;

3.º) que houve mudança de situação após o Vaticano II.

17. Quanto ao 1.º tópico: É óbvio que o Projeto visa, apenas, ao contrato civil e não ao sacramento do matrimônio. A indissolubilidade do vínculo sacramental não está em questão, nunca esteve e não estará jamais, digam o que disserem certos renovadores apressados.

Mas é precisamente a indissolubilidade de vínculo civil que a Hierarquia até hoje vem defendendo, e isto Por Estar Convencida de que Ela se Recomenda por Razões de Natureza Sociológica e de Fidelidade Histórica.

a) É preciso que se tire completamente da cabeça de alguns que a razão de ser da luta, que a Hierarquia vem mantendo, se funda em argumentos de ordem teológica sacramental ou de ordem jurídico-

natural. A Igreja docente do Brasil não visa a transferir para o contrato civil a indissolubilidade sacramental;

b) nem mesmo se pode afirmar que, para os que não se casam sacramentalmente, o matrimônio é sempre naturalmente válido e indissolúvel. Todos sabem que para os batizados não há casamento naturalmente válido que não seja sacramento. (C. 1012)

Muitas vezes, para a Igreja alguns casamentos civis, diante de Deus, são nulos, teológica e naturalmente nulos. E isto lhe acarreta problemas pastorais graves e que continuam a exigir da Igreja soluções pastorais adequadas.

Uma vez, porém, que é irreversível, na realidade atual do mundo, que o Estado legisle sobre o casamento, por considerar a família dado sociológico fundamental da ordem temporal, a Igreja, no seu dever de iluminar a ordem temporal, se empenha em que essa legislação se inspire na ordem do Criador, que constitui a família através do vínculo indissolúvel.

A Presença da Igreja no Mundo visa, precisamente, a isso: a embeber a Ordem Temporal da Luz Divina e a enquadrá-la no Plano Divino neste campo do matrimônio e da família, como em muitos outros.

c) É, também, um erro de perspectiva pensar que a Igreja, lutando pela indissolubilidade do vínculo civil, quer, apenas, obter uma garantia "extra-ecclesial" para o matrimônio sacramental.

Não é a fidelidade à Igreja que está em jogo, mas a estabilidade da Pátria e o bem social de todas as famílias brasileiras e não apenas, da família católica. Por isso mesmo, não há nenhum conflito entre essa posição da Igreja e o Decreto "Digitatis Humanae" sobre a liberdade religiosa. O contrato civil não é "res religiosa", mas, "res civilis et socialis". A Igreja não quer impor a sua doutrina sobre a indissolubilidade, pois a sua doutrina se refere, apenas, ao "contrato sacramento" e ao "contrato natural". Na questão do contrato civil, a Igreja age como "comunidade cristã que se sente verdadeiramente solidária com o gênero humano e sua história" (*Gaudium et Spes* n.º 1) e se preocupa não apenas com a salvação de seus filhos, mas com "toda a família humana, com a totalidade das coisas entre as quais vive" (ib. n.º 2).

18. Quanto ao segundo tópico: Não se ignora também a Igreja, e o deplora vivamente, o número avultado e crescente de desquites e de novas uniões ilegais.

O mal é inegável: a terapeuta proposta é que é inaceitável. O divórcio (mesmo indireto) não é remédio, é estímulo para maior número de famílias desunidas e para aumentarem uniões que, nem por

se tornarem legais deixam de ser imorais e perniciosas. Não basta legalizar o jôgo, a licenciosidade, o roubo ou a violência para eliminar estas e outras chagas sociais. Legalizar o que é mal, torna o mal impunível, mas, não o transforma em bem. Importa realmente, e urgentemente, estudar as causas da multiplicação dos desquites e das uniões ilegítimas. Estudar e neutralizá-las. Mas certamente a causa do desmoronamento de tantos lares não está na lei da indissolubilidade do vínculo. Eliminar a indissolubilidade ou facilitar a dissolubilidade do vínculo é facilitar e incrementar a dissolução dos lares e não remediá-lo.

19. Quanto ao terceiro tópico: O Vaticano II, finalmente, em nada mudou ou impõe a mudança da linha Hierárquica. Pelo contrário, no n.º 47 do "*Gaudium et Spes*" o divórcio (evidentemente o civil, pois o religioso não existe) é chamado de "peste". No mesmo documento Conciliar o pacto matrimonial não sacramental é definido como "consentimento pessoal irrevogável... , ato humano, pelo qual os cônjuges se doam e recebem mutuamente, e dá origem, também diante da sociedade, a uma instituição firmada por uma ordenação divina." E se acrescenta: "No intuito do bem, seja dos esposos, como da prole e da sociedade, êsse vínculo não depende do arbítrio humano" (id n.º 48). E finalmente: "o amor firmado pela mútua fidelidade e principalmente (logo não exclusivamente, deduzimos) consagrado pelo sacramento de Cristo, é indissolúvelmente fiel quanto ao corpo e à alma, mas circunstâncias prósperas e adversas, e por conseguinte, alheio a toda espécie de divórcio e de adultério" (ib n.º 49).

E — Conclusão

20. Urge mobilizar realmente a Igreja para recristianizar pastoralmente a família brasileira.

Brasília, 22 de março de 1970. *

(*) Nem todas as expressões grifadas o foram pelo autor (ou autores) das "Anotações", entregues as lideranças da Câmara dos Deputados, mas todas figuram no Avulso do Projeto de Lei n.º 6, do Senado Federal, sendo impossível distingui-las, por falta do documento original.

PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 5, DE 1975

Dá nova redação ao art. 175, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

As Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, nos termos do art. 49 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, promulgam a seguinte emenda:

Artigo único. O parágrafo primeiro do artigo cento e setenta e cinco da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, passa a vigorar com a seguinte redação:

“O casamento somente pode ser dissolvido após cinco anos de separação legal ou sete de separação de fato, sem que tenha havido reconciliação do casal.”

Sala das Sessões do Senado Federal, 12 de março de 1975.

Justificação

I — A EMENDA E SUAS MODALIDADES — A emenda ao § do art. 175 da Carta Constitucional de 1969 poderia ser formulada de diferentes formas. Todas as anunciadas mereceram especial exame, até que se preferisse a agora oferecida.

A primeira delas seria a da inclusão, em nosso corpo de leis, do chamado “**divórcio à portuguesa**”. A simples reprodução do Código Civil brasileiro dos textos vigentes no Código Civil lusitano seria impossível, sem a prévia modificação do texto da atual Constituição. Ainda que as duas iniciativas se conjugassem e afinal resultassem vitoriosas, o divórcio dividiria o Brasil em católicos e não-católicos, afastando da Igreja Romana, tanta vez a contragosto, muitos dos que a ela estão espiritualmente ligados. Por outro lado, as situações familiares destroçadas, centenas de milhares, que marcam de ilegitimidade o ambiente familiar brasileiro, não encontrariam a almejada solução, porque, em regra, os desavindos de hoje contraíram núpcias civis e religiosas. Ajunte-se ainda que o regime anterior a 1940 não fazia distinções, em Portugal, entre os casamentos celebrados na Igreja Romana e os que não lhe buscaram a bênção sacramental. A Concordata constitui uma restrição, jamais um passo à frente. Seus efeitos, porém, resultaram prejudiciais ao Estado e à Igreja Romana, e o mês passado a Santa Sé abriu mão do disposto no artigo 24 daquele tratado, de sorte que, já agora, católicos e não-católicos podem valer-se do divórcio civil, medida que atende aos clamores que se acumulavam contra o regime concordatário. “L'Osservatore Romano” explicou que a Santa Sé “estimou que não se pode opor um rechaço absoluto à demanda do Governo de Lisboa de modificar

bilateralmente o acordo". Toda a imprensa divulgou o aditamento à Concordata, feito no Estado do Vaticano, entre seu secretário Cardeal Jean Villot e o Ministro Salgado Zenha, de Portugal, de modo a que, dada nova redação ao art. 24, também os casados pela Igreja, em Portugal, possam obter o divórcio civil. Dizem os jornais que, após o ato, o Ministro português e Senhora foram recebidos pelo Papa Paulo VI.

Na Colômbia, onde o Estado mantém uma Concordata com o Vaticano, a iniciativa do nobre Presidente da República, Alfonso Lopez Michelsen, ao sugerir o divórcio apenas para os que não se casaram na Igreja Romana, desperta atualmente, no Congresso e fora dele, grandes e fortes controvérsias, que certamente aumentarão em face do aditamento recém-celebrado entre a Santa Sé e o Estado português.

Sobre todos os inconvenientes acima apontados, ainda teríamos o de aprovar textos que reclamariam em breve inevitável modificação, o que não seria, máxime em se tratando de dispositivos constitucionais de boa técnica legislativa.

Ademais, vale repetir que não há, no Brasil, união da Igreja com o Estado, e a que houve, antes da República, "pôs-nos sal na moleira e não nos deixou saudades, senão dolorosas e amargas decepções", no depoimento do líder católico Ministro Adroaldo Mesquita da Costa (*Discursos Parlamentares*, 1948, pág. 8). O texto do § 3º do art. 153 da Constituição assegura, ao contrário, a liberdade de crença: — "É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública".

Com as mesmas indesejáveis consequências de dividir o País em católicos e não-católicos, afastando da Igreja Romana muitos dos que a ela estão ligados pelos invisíveis e poderosos laços da fé, seria a revisão geral do art. 175 da Carta, para vedar o remédio do divórcio àqueles casais que houvessem celebrado, com efeitos civis, o casamento religioso previsto nos §§ 2º e 3º, em culto que pugnassem pela indissolubilidade do vínculo — e que, determinado instante, cheguei a advogar (*A luta pelo divórcio*, pág. 250). Tal solução, a menos que tivesse caráter retroativo surpreenderia, entretanto, a muitos casais, que se valeram daquelas faculdades constitucionais, e agora se encontram irremediavelmente desavindos.

Há quem pugne pela concessão do divórcio imediato, nas mesmas hipóteses que a legislação civil admite o desquite: — adultério, tentativa de morte, sevícias, injúrias graves, abandono voluntário do lar por mais de dois anos consecutivos, mútuo consentimento. Para tanto, bastaria riscar da Carta de 1969 o disposto no § 1º do art. 175, e que somente a partir de 1934 figura em nossas leis maiores — corpo estranho que melhor fora realmente erradicado de uma só vez. Se a um parlamentar fosse dado fazer sozinho uma lei, e antes, sozinho, apagar a vedação constitucional, certo que esse seria o melhor caminho. Mas a lei deve resultar do consenso da maioria, e, no caso, a iniciativa teria de alcançar o **quorum** especial de dois terços do total de senadores e deputados, para lograr a pretendida supressão do aludido parágrafo. O legislador prudente, em conjunturas como a presente, há de recolher previamente a média da opinião dos votantes, e sugerir a lei possível, ainda que, a seu ver, não seja, por acaso, a lei ideal. Adotada a sugestão ora examinada, então é que se desencadeariam, dentro e fora do Parlamento, as vigilantes forças conservadoras e até aqueles que, aceitando como realidade inafastável a instituição do divórcio, a

autoridade apenas quando demonstrada efetiva incompatibilidade invencível entre os cônjuges, que um largo período de separação, sem que se hajam reconciliado, torna evidente.

II — A EMENDA E A OPINIÃO PÚBLICA — Na sessão de 1º de agosto de 1900, Rui Barbosa afirmava no Senado Federal: — “Entendo que o maior argumento, a mais irrefragável das preliminares contra o divórcio é não ser aceito pela opinião nacional”. Setenta e cinco anos transcorridos, o grande brasileiro teria de mudar seu voto, se quisesse respeitar o pensamento da Nação, como o demonstraria qualquer consulta plebiscitária, de âmbito nacional, acaso constitucionalmente possível, e o afirmam as numerosas pesquisas realizadas pelos órgãos de divulgação.

A fórmula preferida pela emenda é a que se cristalizou na opinião pública, neste quartel de século que me coube patrociná-la, na esteira de tantos vultos eminentes que, parlamentares ou não, lutaram contra uma falsa indissolubilidade, que, na justa observação de Carlos Maximiliano, instituiu “a desordem, a anarquia; em vez do divórcio condicionado, dificultado, regulado, existe o voluntário, o espontâneo, o feito *ad libitum*, sem figura de juízo, ao sabor de interesses e paixões” (**Comentários à Constituição de 1946**, comentários art. 163). Riscar simplesmente a indissolubilidade de nossa Carta, como seria mais lógico e mais técnico, resultaria confiar à legislatura ordinária (como entendia, com razão, mais acertado Eduardo Espínola, em “**A Nova Constituição do Brasil**”) o direito de discipliná-la, atualizando-a — o que aumentaria os temores dos que, mesmo divorcistas, se insurgem contra uma fórmula por demais ampla, que viesse a pôr em risco situações familiares traumatizadas por divergências passageiras e remediáveis. Recolhendo o pensamento generalizado, ou, ao menos, o mais corrente, nas diversas camadas da opinião pública, a emenda admite duas únicas hipóteses de dissolução do vínculo conjugal: — a) separação legal por mais de cinco anos, sem reconciliação; b) separação de fato por mais de sete anos, igualmente sem que os cônjuges se hajam reconciliado. O rigor da proposta parece-me indispensável, não apenas para tranquilizar aos que temem os abusos, que os astros e estrelas decadentes do cinema espalham como se fossem regra geral, como principalmente, e isso é o essencial, para somente alcançar aqueles casais que já estão definitivamente afastados, de tal sorte que não há esperança de que voltem a cumprir, juntos, os deveres assumidos com o casamento: — “Fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos” (**Código Civil**, art. 231).

A redação da proposta reduzirá ao mínimo, se não extirpar em definitivo, a possibilidade de fraude, mesmo quando se possa repetir, com Monsenhor Arruda Câmara, que “se se deixar de fazer leis a pretexto de fraude, não se legislará mais” (**Preservação da Família e das Tradições**, pág. 136). Ou com Ataliba Nogueira: — “Todas as leis são fraudáveis e, se fôssemos ter isso em conta, não poderíamos fazê-las” (**Diário do Congresso Nacional**, Seção 1, 3-12-1949, pág. 12.975).

III — A REALIDADE NACIONAL — A emenda sugerida tem a virtude de não dividir o País em católicos e não-católicos, nem impõe àqueles a dissolução do vínculo, se não o desejarem. Cinge-se ao casamento civil (ou ao

registro civil do casamento religioso), deixando aos diversos cultos a liberdade de acolher, ou não, os que constituírem segunda família legal. Apaga a imensa mancha de ilegitimidade, que dia a dia mais se espalha pelas capitais e pelo interior do País, em regra construindo sobre os escombros de um lar destroçado pela separação, legal ou de fato, dois novos lares, erigidos à sombra do amor, e aos quais a legislação e a jurisprudência, diante da extensão do fato social, vão procurando amparar, desde as companheiras aos filhos nascidos com o sinete injusto. Se algumas críticas pode merecer a proposição, é a de ser sobremodo cautelosa, eis que o projeto de 1951 já encontra em 1975 um ambiente familiar mais deteriorado, com tão crescente percentagem de desquites que o **Jornal do Brasil** de 17-1-68, previa que, a continuarem as atuais proposições, o número de separações legais no Rio de Janeiro igualaria em dez anos o de casamentos. Também, no largo interregno entre as duas propostas, a companheira conquistou afinal, em 1962, direitos pleiteados desde 1947; há treze anos, depois de outros treze de tenacidade, aprovou-se o estatuto da mulher casada, na redação modelar de Milton Campos, e que retirou a esposa da humilhante incapacidade relativa que lhe impusera o estatuto civil de 1916; ampliou-se a possibilidade de reconhecimento dos filhos adulterinos, a todos dando participação na herança paterna, e a eles, e aos incestuosos, a Lei nº 883, de 1949, assegurou o direito de pedir alimentos aos pais desinteressados, sem as ressalvas que antes prevaleciam; aos filhos de qualquer condição estenderam-se os benefícios da previdência social e do salário-família; os juízes, em sua função criadora, mais próximos dos dramas humanos que os parlamentares, deferiram às companheiras o direito ao uso dos apelidos e até o recolhimento, mesmo de cinquenta por cento, da herança dos homens a que dedicaram os melhores anos de vida; a separação de fato equiparou-se ao desquite, para que as concubinas dividissem com as esposas as pensões previdenciárias; aguardam pronunciamento da Câmara dos Deputados, já com pareceres favoráveis, projetos de leis do Senado Federal concedendo indenização às companheiras injustamente abandonadas e garantindo à mão do filho ilegítimo direito a alimentos, antes e depois do parto; a lei, em boa hora, autorizou a concessão, **desde logo**, de alimentos provisórios aos que deles necessitam, pondo termo à longa peregrinação pelos cartórios e juízos dos que reclamam meios de subsistência. Todas essas conquistas, e outras que poderiam ser explicitadas, no desdobrar desta incompleta relação, despertaram a consciência nacional contra “a abominação do desquite”, como um fim, para usar a frase do Pastor Ernesto Bernhoeft, da Igreja Episcopal do Brasil (**Diário de Brasília**, 4-2-1975), e tornaram inevitável a abertura de horizontes mais amplos às vítimas dos maus casamentos, como reconheceu recentemente o ilustre Padre Nobre, que integra a representação mineira na outra Casa do Congresso, ao afirmar: — “O divórcio virá e será melhor que a Igreja não deixe chegar sem que tenha sido sua a iniciativa” (**Zero Hora**, Porto Alegre, 30-1-1975). “Para os pastores Guilhermino Silva da Cunha, da Igreja Presbiteriana de Copacabana, Geraldo Valter Stanke, da Igreja Luterana, e Carlos Simões, da Igreja Metodista, a adoção do divórcio, “além de solucionar os casos de adultério, viria também acabar com uniões de casais amasiados, em que os próprios filhos se sentem envergonhados pela situação dos pais”. Para o pastor Stanke, “a indissolubilidade não é fruto de uma declaração humana, mas resulta de um vínculo de amor. Casamento indissolúvel é aquele em que a união nasce e permanece no amor entre os cônjuges. E dissolúvel é o casamento em que um

dos cônjuges quebra o contrato matrimonial” (*O Globo*, 15-2-1975). O emérito Professor Benjamim de Moraes, Presidente Benemérito da Sociedade Bíblica do Brasil, depois de lembrar a palavra de São Mateus, como exceção, no caso de adultério, à indissolubilidade matrimonial, distingue entre os casamentos ditados por motivos convencionais e aqueles “feitos por Deus”. E esclarece: — “Se o casamento for realizado por interesses financeiros ou sociais — sem o amor cristão — ou ainda para remediar um caso de infração dos costumes só para que se livre alguém das penas da lei, este casamento só é legal perante a ordem jurídica. Não é um casamento que Deus juntou. Pode acabar. Já os casamentos feitos por Deus não se dissolvem. As leis de divórcio podem vir: os filhos de Deus, por Ele unidos, continuarão com seu casamento indissolúvel” (*Manchete*, nº 1.193, pág. 21). O Prior do Mosteiro de São Bento, na Bahia, Dom Jerônimo de Sá Cavalcanti, em declarações largamente divulgadas pela imprensa, assinalou que “a posição da Igreja, em termos tradicionais, é de encarar o problema da indissolubilidade do matrimônio apenas do ângulo formal intrínseco, sem perceber que a questão essencial é a do amor. Não tem sentido um casal viver junto quando não mais se entende ou manter os vínculos apenas por uma imposição formal da Igreja”.

Ao resumir o quadro da realidade brasileira, *O Estado de São Paulo*, em seu editorial de 23 de fevereiro, escreve: — “O Brasil há muito entrou na época industrial e a sociedade brasileira vem sofrendo, como é natural, as consequências da crescente e galopante industrialização. É um dos países de maior mobilidade social, entre outros motivos por sua intensa, quase incontrolável, mas certamente ainda incontrolada migração interna que separa famílias, decompõe a homogeneidade de sociedades regionais e aumenta a promiscuidade nas megalópolis industrializadas do Sul. E essa é a causa da desorganização e desintegração da família, instituição respeitada e venerada por nosso povo.

As estatísticas falam eloquentemente por si. Mostram que, no Brasil, o número de desquites aumenta numa porcentagem bem maior que o de casamentos. No Rio de Janeiro, os casamentos aumentaram 26% entre 1968 e 1973, enquanto os desquites cresciam 59% no mesmo período. Essa porcentagem refere-se apenas aos desquites amigáveis, já que os litigiosos são computados em separado. Em São Paulo, de 1967 a 1973, o número de desquites passou de 2.331 para 4.457, enquanto o de casamentos aumentou de 32.998 para 49.772, o que indica que estes últimos tiveram uma porcentagem de aumento de 43 por cento e os desquites de 80 por cento. Os números mostram que a crise da família no País não se confina exclusivamente às duas maiores cidades — cujos habitantes sofrem uma carga maior de tensões, pela densidade dinâmica da sua população, que os de cidades menos populosas —, mas ocorre também em Brasília e nas capitais dos Estados. Em algumas destas, como Porto Alegre e Fortaleza, o índice do crescimento de separações de casais já é considerado alarmante. Em Belém, o número de casamentos foi inferior ao de desquites, nos quatro primeiros meses do ano de 1974. Em Curitiba, a elevação do número de desquites ultrapassou em 50 por cento a de casamentos, já em 1971, e tem crescido desde então.

Vê-se, portanto, que o fenômeno do divórcio já assola a sociedade brasileira, criando situações extralegais e paralegais. Com a separação de uma família legal criam-se pelo menos duas famílias extralegais, o que causa

constrangimentos sociais e prejuízos muito grandes aos filhos. A bigamia é facilitada e até provocada pelas grandes ondas da migração interna. Não podia, pois, o legislador ficar indiferente e passivo perante o fenômeno do divórcio, uma vez que passou a, por assim dizer, semi-oficializá-lo, pela instituição do desquite e pelas garantias outorgadas ao concubinato, com o reconhecimento dos direitos da companheira e dos filhos nascidos dessas uniões e beneficiando uns e outros por meio da assistência social. É uma situação, convenhamos, estranha e duvidosa, que desafia o legislador.

IV — UM VOTO DE SETENTA E CINCO ANOS — Ao escolher a presente emenda constitucional, o Senado Federal estará reafirmando sua decisão de 1º de agosto de 1900, quando, em primeira discussão, aprovou o projeto apresentado pelo insigne Martinho Garcez, e que, além do seu, contou com os votos de Justo Chermont, Manoel Barata, Nogueira Paranaguá, J. Catunda, João Cordeiro, Bezerril Fontenelle, Almeida Barreto, José Marcelino, Arthur Rios, Quintino Bocaiuva, Porciúncula, Manoel Queiroz, Moraes Barros, Metelo, Azeredo, Gustavo Richard, Pinheiro Machado e Júlio Frota. Foi esta, que eu saiba, em toda a sua história, a primeira e única vez em que o Senado Federal deliberou sobre um projeto de divórcio, e o acolheu. Antes, é certo, em 25 de junho de 1896, a Comissão de Justiça e Legislação, pelos votos de Coelho Rodrigues e Nogueira Acioly, e com a manifestação contrária de Coelho e Campos, emitira o Parecer nº 60, em que acentuava, à certa altura: — “Que a instituição do divórcio é o complemento legal do casamento civil obrigatório, parece incontestável à Comissão. Com efeito, ninguém pode negar o fato da existência de muitos casais, cuja convivência tornou-se impossível, nem sustentar que a autoridade pública possa *manu militari* obrigar a viver juntos os cônjuges que se tornaram irreconciliáveis e muito menos negar que essa convivência, ainda que pudesse ser imposta à força, seria uma fonte de corrupção e aviltamento para a prole, de vergonha para família de ambos, de escândalos para a sociedade e de perigos para a ordem pública” (Nelson Carneiro, *A.B.C. da mulher e do divórcio*, pág. 157). Não encontrei notícia de que tal parecer houvesse sido levado a plenário e, se o foi, não logrou acolhida na época. E o projeto Leite e Oiticica, de 1897, não vingou.

As demais proposições, ou surgiram na Câmara dos Deputados (como as de Érico Coelho em 1893 e de Alcino Guanabara em 1908) ou foram debatidas no seio das Assembléias Constituintes, alteiando-se, entre outras em seu favor, em 1890, as vozes de Lopes Trovão, Guimarães Natal, Leopoldo Bulhões e Casemiro Júnior; de Tomás Lobo, Acúrcio Torres, Waldemar Motta, Idílio Sardenberg e Guaracy Silveira, em 1934; de Vieira de Melo, Nestor Duarte, Hermes Lima, Soares Filho, Flávio Guimarães, Jurandir Pires, Campos Vergal, Vieira Lins, Aliomar Baleeiro e Gurgel do Amaral, em 1946.

Não chegaram ao exame desta Casa as duas emendas constitucionais, que apresentei, e os cinco projetos de anulação de casamento, que meu saudoso amigo e intrépido adversário Monsenhor Arruda Câmara batizou de “divórcio”, e por mim formulados no curso da longa passagem pela Câmara dos Deputados. E o projeto, ainda de anulação de casamento, que aqui tomou o nº 6, de 1971, não deixou a ilustrada Comissão de Constituição e Justiça durante os quatro anos da legislatura passada.

Três quartos de século depois, resta ao Senado Federal, antes que a Câmara dos Deputados se pronuncie, ratificar seu voto de 1900, ainda que

numa iniciativa de menor amplitude, restrita a situações que clamam remédio imediato e são do conhecimento de todos.

V — OS COMBATENTES DA BOA CAUSA — Quando se tornou o divórcio uma irrefreável aspiração nacional, justo é que se recordem, além dos já citados e entre tantos que escaparão a este rol, feito de memória, muitos dos que, no decorrer de quase um século, sustentam que o desquite “é solução inadequada nos casais que se separam”, no oportuno pronunciamento do Bispo Sady Machado da Silva, presidente do Conselho Regional da Segunda Região Eclesiástica da Igreja Metodista, no Rio Grande do Sul (Correio do Povo, Porto Alegre, 30-1-1975), tanto mais como bem lembrou o Reverendo Guilhermino Silva da Cunha, Pastor-Auxiliar da Igreja Presbiteriana de Copacabana, “por causa da dureza do coração humano diante das contingências, pressões da vida moderna e outros fatores que escapam ao plano de Deus a respeito do homem, muitas vezes o divórcio se torna como que um remédio divino” (Jornal do Brasil, 9-2-1975). Dentre tantos combatentes, muitos dos quais a morte não permitiu vissem o triunfo de suas idéias, a memória, sempre falha, Costa Machado, recorda Carlos de Carvalho, Sílvio Romero, J. J. Seabra, Viveiros de Castro, Graça Aranha, Heitor Lima, Odilon de Andrade, Otávio Kelly, Álvaro Moreira, Ary Barroso, Luiz Carpenter, Bento de Faria, Abelardo Lobo, Sá Pereira, Inglez de Souza, Castro Nunes, Eduardo Espínola, Adolfo Gordo, Barros Barreto, Miguel Couto, Justo de Moraes, João Monteiro, Astolfo de Rezende, Rodrigo Octávio, J. Carlos, Bastos Tigre, Armando Vidal, Filadelfo Azevedo, Carlos Sampaio, Moniz Sodré, Herbert Moses, Café Filho, Anízio de Abreu, Fausto Cardoso, Oscar da Cunha, André de Faria Pereira, Medeiro e Albuquerque, Maurício de Medeiros, Frota Júnior, Pontes de Miranda, Bulhões de Carvalho, Austregésilo de Athayde, Paulo Mendes Campos, Borges Fortes, Orlando Gomes, Henrique Pongetti, Gelson Fonseca, Evaristo de Moraes Filho, Áurea Pimentel, Juscelino Kubitschek, Menotti del Picchia e Osvaldo Orico.

Em três oportunidades, nos congressos nacionais de 1918, 1943 e 1974, os advogados brasileiros manifestaram-se igualmente favoráveis à instituição do divórcio.

VI — NÃO É UMA QUESTÃO RELIGIOSA NEM PARTIDÁRIA — Por isso que a presente emenda não interfere com o sacramento do matrimônio, que a Igreja Romana, aqui e em todos os países, defende ardorosamente, deixa de ser examinada, nesta oportunidade, a evolução do pensamento católico, atizada desde que, rompendo o debate no Concílio Vaticano II, Monsenhor Zogby proclamou: — “Este problema é até mais angustiante do que a limitação de nascimentos. É o problema do cônjuge inocente que, na flor da idade e sem nenhuma culpa de sua parte, se vê definitivamente só pela falta do outro”. E desnecessária se tornaria, com efeito, essa análise, eis que o mês passado o reverendo Padre Hilário Mazzarollo, responsável pelo setor de leigos da CNBB, lembrou que “o problema do divórcio não é da Igreja, mas do Estado, uma instituição civil e não religiosa”. E ajuntou: — “Matrimônio indissolúvel juridicamente só vale para aquele que o recebe como sacramento” (Jornal do Brasil, 9-2-1975). O sacramento é o matrimônio católico, instituído por Jesus Cristo e de que é testemunha um de seus ministros na terra. O casamento civil, que sur-

giu entre nós no século passado, e que, no dizer do sempre lembrado Monseñor Arruda Câmara, “veio perturbar o velho ritmo do casamento religioso registrado, que dominou durante tantos anos” (ob. cit., pág. 135), foi obra dos homens e pode ser realizado até por um juiz ateu ou excomungado.

Também o divórcio não é uma questão partidária. Nas atuais agremiações políticas há adeptos e adversários do instituto. A cada dia que passa, porém, o número dos que o combatem diminui, no entrechoque com a realidade nacional, que, para fugir aos rigores injustos de uma indissolubilidade que se tornou impossível, tendo a preferir os descaminhos das uniões livres.

A emenda recolhe os frutos, hoje maduros, de uma campanha de quase cem anos. Martinho Garcez, ao apresentar seu projeto, já previra que a semente demoraria em medrar na legislação brasileira: — “Não me iludo sobre a sorte que terá a idéia ainda este ano. Mas nada mais frágil do que a gota d’água que, entretanto, não cessando de cair, afunda rochas e perfura montanhas”.

Venceu a gota d’água.

Sala das Sessões, 12 de março de 1975. — Nelson Carneiro — José Esteves — Roberto Saturnino — Heitor Dias — Gilvan Rocha — Lázaro Barboza — Amaral Peixoto — Renato Franco — Orestes Quércia — Orlando Zancaner — Arnon de Mello — Leite Chaves — Dirceu Cardoso — Alexandre Costa — Osires Teixeira — Luiz Cavalcante — Marcos Freire — Wilson Campos — Adalberto Sena — Cattete Pinheiro — Agenor Maria — Evandro Carreira — Teotônio Vilela.

VOTO EM SEPARADO

I — O erro essencial em que, de boa fé, incide, com a devida vênia, o parecer do nobre Deputado Cid Furtado, e que tantos outros cometem maliciosamente, ressalta do falso cotejo, com que o nobre Relator coloca, no pórtico de seu trabalho, o debate:

“Estamos numa encruzilhada histórica: de um lado, a família; do outro, o divórcio.”

O dilema é diverso, fácil será demonstrá-lo. Ninguém deseja colocar, de um lado, a família feliz, harmônica, estável, e, do outro, a solução do divórcio. Os indissolubilistas fingem esquecer que se convoca os representantes da Nação para escolher entre uma família, destruída irremediavelmente pelo desquite, sem possibilidade de regularização, e o divórcio, que lhe abre horizontes de integração na legitimidade, depois de constatada, no caso da Proposta de Emenda Constitucional nº 5, a ausência de reconciliação, após cinco anos ininterruptos. Ou, para aqueles que uma incompatibilidade invencível afastou irremediavelmente por sete anos consecutivos. Se verdadeiro o dilema, teríamos de concluir que todos os povos civilizados, com raras exceções, adotaram o divórcio para destruir a família. Mais, ainda. Que até o Vaticano, ao estender, o mês passado, a possibilidade de divórcio aos católicos portugueses, através de aditamento à Concordata de 1940, estaria preferindo o divórcio à família, o que seria uma afirmação injuriosa. A família somente existiria, assim, onde não houvesse possibilidade de divórcio. A família preexistiu ao casamento e, se ele perecer, ela subsistirá, como núcleo primário da sociedade. Quando a lei fala em família legítima, não desconhece que há outra, que perdura à margem dos textos legais. Nem por isso a desampara, antes cada vez mais a assiste.

Para demonstrar até que ponto a primeira asseveração do aludido Parecer conflita com a realidade, basta recordar que também as leis canônicas admitem a quebra do vínculo matrimonial, e nem por isso proclamam que o Vaticano haja escolhido o divórcio em lugar da família. Waldemar I. Puhl, em livro publicado com o **imprimatur** de D. Vicente Scherer, Cardeal Arcebispo de Porto Alegre, escreve textualmente:

“O direito da separação conjugal pode-se tomar em dois sentidos: no da separação perfeita ou plena e no de ruptura imperfeita ou semiplena. Perfeita entendemos a separação dos cônjuges quando importa na dissolução do vínculo matrimonial, concedendo às partes liberdade para novo casamento. Dizemos imperfeita a separação ao apartarem-se esposos legítimos a fim de romper somente a vida em comum ou a sociedade familiar, sem nenhuma quebra do vínculo.”

E mais adiante:

“Assim o **Codex Juris Canonici** admite nada menos de cinco diferentes modalidades ou **figuras de dissolução do vínculo matrimonial**, isto é, de **perfeita separação dos cônjuges**, a saber:

- 1 — mediante solene profissão religiosa;
- 2 — graças à dispensa Pontifícia;
- 3 — através do Privilégio Paulino;
- 4 — por meio do privilégio que, para melhor discernimento, chamamos Petrino;
- 5 — pela superveniência de morte natural ou física.” (**A Separação Conjugal no Brasil — Direito Canônico e Civil Comparado**, Edição de “**Idade Nova**”, Porto Alegre, 1952, págs. 23 e 24).

O Congresso Nacional não está assim convocado, como sustenta o parecer a decidir entre a família e o divórcio. Acreditar que isso sucede seria, **data vênia**, injuriar aos Partidos Políticos, que possibilitaram a seus integrantes, no Congresso Nacional, votar num ou noutro sentido. Não se compreenderia, se tal ocorresse, que, exceção da Católica, as demais Igrejas cristãs, nestes tempos ecumênicos, se manifestassem a favor da instituição do divórcio, ainda que com as cautelas que julgam necessárias. E seria inexplicável, se o dilema fosse verdadeiro, que o eminente Chefe da Nação, consciente das altas responsabilidades que lhe cabem na defesa das instituições, não houvesse quebrado seu silêncio, para condenar, de público, propostas legislativas que, se aprovadas, destruiriam a família brasileira, de que é o mais credenciado representante.

II — A Proposta de Emenda Constitucional, que teve a honra de ser o primeiro signatário, não declara, ao contrário do que, certamente por equívoco, afirma o ilustrado e irônico Relator, que seja **indissolúvel o casamento** — o que, até aí, não constitui novidade jurídico-constitucional — para em seguida apontar as **exceções da indissolubilidade**. Basta reler o texto apresentado por 24 Senhores Senadores:

“O casamento somente pode ser dissolvido após cinco anos de desquite ou sete de separação de fato, sem que tenha havido reconciliação do casal.”

A Emenda admite, pois, claramente, a dissolubilidade, mas restringe a duas únicas hipóteses. Não há, nesse texto, nenhuma **contraditio in terminis**, nem haveria necessidade de invocar filósofos para explicar-lhe a metodologia. O texto constitucional vigente também não emprega o termo “divórcio”. Ei-lo:

“O casamento é indissolúvel.”

Não existia, pois, razão de incluí-lo na redação proposta pela Emenda. Verdadeiro o argumento do nobre Relator, em igual contradição incidiria, por exemplo, a legislação canônica quando, nas hipóteses relacionadas por Walde-mar I. Puhl, não fala em divórcio, nem em dissolubilidade do vínculo conjugal, mas em dispensa Pontifícia, Privilégio Petrino, ou Privilégio Paulino, embora se

trate de “perfeita separação conjugal”, importando “na dissolução do vínculo matrimonial, concedendo às partes liberadas para novo casamento”.

III — Não deveria, com a devida vênia, integrar Parecer que discute problemas de tão alta relevância a propositada confusão que os menos esclarecidos ou menos sinceros fazem entre a instituição do divórcio e a legalização “da prostituição, do homossexualismo, do estelionato, do roubo comum, do assalto, do seqüestro de pessoas e de aviões e, ainda entre outros, a comercialização e uso de entorpecentes e alucinógenos”. O casamento civil é um contrato, que se distrata pelo divórcio. Cria a sociedade conjugal, que se desfaz, na forma do Código Civil, pelo desquite. Não é vício, nem crime. Por isso, todos recebemos, e certamente o fará também o nobre Relator, no recesso de nossos lares, onde crescem nossos filhos e nossas filhas, os casais que, depois do desquite ou de longas separações de fato, se uniram para viver **more uxorio**, como se casados fossem. Mas se todos, ao menos por caridade cristã, gostariam de ver legalizados essas famílias constituídas à sombra do amor, todos não condescendem com os vícios, nem transigem com os criminosos. É possível que muitos, que não o nobre Relator, não apedrejem a prostituta, sem que lhe abra, como Jesus, a possibilidade de uma vida nova. É possível que muitos, que não o nobre Relator, estendam a mão aos viciados, para encaminhá-los às clínicas de recuperação. É possível que muitos, que não o nobre Relator, acreditem que a expiação do cárcere, ao invés de uma vingança do Estado, seja uma tentativa de preparar, para retornar ao convívio social, os estelionatários, os ladrões, os assaltantes, os seqüestradores. O Parecer se enfraquece, ainda mais, com essa confusão, que pode impressionar aos desatentos ou desinformados, mas não deveria ser invocada para meditação dos ilustres membros do Congresso Nacional.

IV — Para o nobre Relator, só há um tipo de família. Aquela que é constituída pelo vínculo indissolúvel. O Direito Natural, a que se apegam S. Ex^a, não crê a família a união de homem e mulher, prolongando-se naqueles que o Senhor mandou fossem multiplicados. Família só existe, à luz do estranho Direito Natural invocado pelo Parecer, onde não há o divórcio. Não é preciso demonstrar o absurdo dessa conclusão. Aceito o Parecer, diante da lei civil, que em causa está apenas a indissolubilidade ou dissolubilidade do casamento civil, num país onde todos os cultos são constitucionalmente permitidos e onde a união da Igreja com o Estado não existe nem por aquela é desejada (vide Justificação), não seriam família os lares, centenas de milhares, edificados, como é notório, pelo matrimônio religioso. Ou será que o nobre Relator os crê simples concubinatos? Ou concubinários são para o honrado representante rio-grandense, os casados apenas no civil, como afirmava, entre outros, o saudoso Monsenhor Álvaro Negromonte (“o casamento civil é mero concubinato para todos os sacerdotes como para todos os católicos que não o sejam apenas de nome”)? Ou será que o nobre Relator pensa com D. Estêvão Bittencourt, que “os católicos casados só no civil são considerados pela Igreja como em vida de concubinato”? Foi certamente diante dessas indagações que o recenseador de 1970 preferiu considerar **família** “um conjunto de no mínimo duas pessoas ligadas por laços de dependência doméstica, que vivam no mesmo domicílio ou pessoa que viva só em domicílio independente”. E, em sua Sinopse Preliminar,

concluiu como **casadas** as pessoas que houvessem contraído casamento civil, religioso ou civil-religioso, e vivessem em companhia do cônjuge, assim como as que vivessem em união consensual estável (sem vínculo civil ou religioso). Em lugar do **estado civil**, investigado foi o **estado conjugal** do povo brasileiro.

V — Exalta o Parecer, como finalidade precípua da vida do homem na terra, o instinto de **conservação**, de **procriação** e de **perfectibilidade**. Ora, a **conservação** não desaparece com o divórcio. O desquite ou a longa separação de fato destrói a possibilidade de **procriação**. E o concubinato, que em última análise é a melhor possibilidade que se abre aos casais arruinados por incompatibilidades invencíveis, não enseja, no dizer insuspeito do sempre lembrado Monsenhor Arruda Câmara, a procriação:

“Um dos males morais e sociais do concubinato ou companheirismo é a esterilidade voluntária generalizada dessas uniões, que frustra o fim principal da união entre o homem e a mulher: a criação e educação da prole.”

A **perfectibilidade**, não sendo privilégio dos casamentos indissolúveis, não se choca com a Emenda Constitucional, que ora se defende. Aceite-se que o fim primário do casamento, como proclama a cânon nº 1013, 1º, seja “a propagação e a educação dos filhos”. E somente por modéstia o nobre Relator não reproduziu o texto em latim:

“Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarius mutuum adiutorium et remedium concupeiscentiae”. E dizia Santo Tomás, 1., c,9,49: — Proles est essentialissimum in matrimonio”.

Como se propaga a espécie, se os cônjuges, irremediavelmente desavindos, se encontram, um no Amazonas, outro no Rio Grande do Sul? A situação não seria a mesma do desquite, que o Parecer tão ardorosamente conserva como solução final para os dissídios conjugais insuperáveis? Nem sequer os fins secundários que o Direito Canônico relaciona, são conservados pelo desquite. Não existe nem “a satisfação biológica” nem “o mútuo auxílio”. A opinião é do inolvidável Miguel Couto:

“Do ponto de vista moral, é uma injustiça clamorosa impedir que duas criaturas infelizes numa união procurem em outra as alegrias do lar; no ponto de vista biológico, seria um erro tentar impedir atos da vida animal contidos na forma combinatória do crescer e multiplicai-vos; contrariados por leis artificiais, ou se dissimulam em clandestinidades ilusórias, ou irrompem em evidências escancaradas. Para tais conjunturas, o transigir não é concessão, é sabedoria.”

O nobre Relator não abriu o Código Civil, vigente neste país sem divórcio. Senão veria que, pela conjugação de seus arts. 322 e 231, o desquite, seja amigável ou judicial, desobriga os cônjuges dos deveres de fidelidade recíproca, vida

em comum e mútua assistência. Como, pois, lutar pela “satisfação biológica” e o “mútuo auxílio” de casais que, depois de cinco anos de desquite, não se reconciliaram?

VI — O nobre Relator não acredita em pesquisas de opinião, que concluem todas elas, com uma só exceção, em favor do divórcio. A exceção é a realizada pela Arquidiocese de Porto Alegre, quando ouviu 721.500 pessoas, das quais 81% católicas. A favor do divórcio, opinaram 33,9%; contra, 39,9%. Como no Parecer, tudo leva a crer que a indagação não tenha sido quanto à preferência entre o desquite e o divórcio, mas entre a família (ou seja a felicidade conjugal) e o divórcio. O número dos que não opinaram (26,11%) é altamente significativo, se não perdermos de vista que 81% dos inquiridos eram católicos, a grande maioria certamente escolhida entre os freqüentadores habituais dos respectivos templos. O importante, em pesquisa tão insuspeita, é que a preferência pelo divórcio foi manifestada pelos mais instruídos, enquanto entre os analfabetos a repulsa à instituição se manifestava em larga percentagem. Eis as percentagens:

“analfabetos: 21% a favor e 50% contra;
primário incompleto: 19% a favor e 42% contra;
ginásio completo: a favor 43% e contra 34%;
colegial completo: a favor 51% e contra 34%;
superior incompleto: 55% a favor e 28% contra; superior completo:
50% a favor e 37% contra.”

Assim, pois, coerente é o Parecer, quando teme a consulta popular, através do plebiscito, proposto pela Subemenda, de que o brilhante Senador Lázaro Barbosa é o primeiro signatário. Interessante seria acentuar, de passagem, a contradição dos indissolubilistas. Na Itália, há dois anos, reuniam 500.000 assinaturas, para que fosse ouvido o povo sobre a Lei Loris Fortuna. Ali, o povo era capaz de opinar, revogando, conforme o resultado, a decisão do Congresso Nacional. Aqui, o plebiscito “não iria retratar, pelo clima emocional, o pensamento do povo brasileiro”. A conclusão, entretanto, deve ser outra. Os indissolubilistas brasileiros estão certos de que, se fosse ouvido o povo, para o qual legislamos, a vitória do divórcio seria ainda mais expressiva do que os números do **referendum** italiano.

VII — Os indissolubilistas, que sempre consideraram contrato o casamento civil, o erigiram em instituição intocável, recentemente. A posição é nova, tanto quanto se sabe que precedida de percalços tocou a inclusão, em nosso conjunto de leis, do casamento civil, defendida há mais de um século por altas expressões da vida nacional. A essa alegação, respondeu certa feita, de maneira lúcida, o saudoso Professor Odilon de Andrade:

I — “Nada existe de mais contrário ao espírito do direito moderno do que a perpetuidade das situações jurídicas; a temporariedade lhes é tão peculiar que, mesmo quando por definição devam durar indefinidamente, a lei sempre lhes facilita a extinção por causas diversas”.

II — “A indissolubilidade faz do casamento a única situação jurídica inderrogável por quem a estabeleceu, mesmo quando se torna impossível a sua felicidade, o que é um contra-senso, para não dizer disparate. Que isso aconteça por força de um sacramento, compreende-se. Porque, sendo o eterno próprio da Igreja, nada mais lógico que ligar sua idéia às coisas que disciplina. Fora dela, porém não se justifica. Só pelo hábito é que não se vê a incongruência de um ato jurídico irrevogável no efêmero consubstancial da vida”.

De Monsenhor Leon del Amo, Prelado Doméstico de Sua Santidade e Defensor do Vínculo no Tribunal da Rota Espanhola, recolhi esse importante ensinamento:

“Como é claro, a Igreja não defende qualquer união conjugal, senão as legítimas, ou, ao menos, as que são celebradas na devida forma. O precursor de Jesus Cristo, censurava a Herodes por estar unido com Herodias, mulher de seu irmão; assim **também recrimina a Igreja o matrimônio civil ou outras uniões ilícitas, a Ela mesma de ofício acusa os matrimônios publicamente nulos**”.

Ninguém contesta que “quando duas pessoas, pressionadas pelo amor, assumem oficialmente o liame nupcial, fundam um lar”. Mas, nem sempre, e os números de desquites e separações o atestam, esse lar se converte, até à morte, no almejado “bloco monolítico indestrutível”. O desacerto será pensar que “a indissolubilidade se impõe a todo transe”, o que nem sempre ocorre, como demonstrado, até mesmo entre as pessoas ligadas pelo sacramento do matrimônio.

VIII — O Parecer cita o sociólogo Paulo Osterrieh para afirmar que “nenhuma outra instituição, além do matrimônio, é tão atenta às necessidades da criança e às suas possibilidades, visto que nenhuma outra instituição inclui indivíduos tão estreitamente ligados a ela como são o pai e a mãe. “Ninguém contesta que assim seja. Mas isso ocorre nos casais que não se desquitam, que não se separam. A citação vale para um país ideal, onde todos os que se casam somente se separam pela morte. Como falar em pai e mãe “estritamente ligados”, se cada um constituiu, quase sempre, uma nova família, e todos não convivem, às vezes nem se encontram, há cinco ou sete anos? O Parecer confunde a causa (a incompatibilidade invencível entre os cônjuges) com o efeito (Desquite ou Divórcio). Bom será que se recorde, por oportuna, a palavra do Ministro Octavio Kelly, que por anos honrou o Supremo Tribunal Federal:

“O divórcio, não cria a lei, mas a própria natureza, ou os fatos, a que o homem terá de resignar-se, sem melhor remédio. Somente para regular-lhe os efeitos é que institui o Estado preceitos de ordem material, contendo os impulsos individuais, que despertam as uniões infelizes, com o fim benéfico de assistir ao cônjuge inocente contra os desvios do outro e acautelar os destinos da prole. Sempre entendi que o casamento somente resiste às influências sadias da boa educação da família e que o individualismo absorvente, sobretudo nos grandes centros, não mais tolera a escravidão da esposa ou a humilhação

do marido. O divórcio não é a causa desses acontecimentos, mas a solução descoberta para evitá-los e contê-los. O divórcio justifica-se como solução para a normalidade e seus efeitos não provocam o desequilíbrio, mas a harmonia, apta a conduzir a vítima a uma felicidade ainda possível no campo da mais exigente moral”.

Outra não é a observação de Carlos Sampaio:

“Não é a lei que faz o divórcio. A lei apenas vem homologar um ato supremo da própria natureza humana que, de fato, já latentemente preexistia”.

IX — Como não poderia deixar de ser, o Parecer arrola “os efeitos do divórcio”. Mas não examina a Proposta de Emenda Constitucional, nos termos em que é oferecida ao exame do Congresso Nacional. Desse estudo foge sempre, como se o látigo da verdade ameaçasse todo o arcabouço do longo trabalho oferecido à apreciação desta douta Comissão. Mas o principal defeito, nesse passo, do Parecer é que não se debruça sobre a realidade brasileira, onde ocorrem os mesmos males que apontam nos países divorcistas, e que somente não propiciam cotejo por falta de estatísticas nacionais idôneas. O curioso é que, enquanto os raros países indissolubilistas, como a Colômbia, votam presentemente leis instituindo o divórcio, e o Vaticano e Portugal o estendem a todos os portugueses, qualquer que seja a sua religião, não surjam nesses países legisladores que decretem a substituição dessa dissolubilidade tão danosa pela indissolubilidade matrimonial tão inatacável. Ou esses números não são exatos, ou não têm o relevo proporcional que o Parecer lhes empresta, ou tais parlamentares, de quase todos os países civilizados do mundo, são indiferentes à sorte, ao bem estar, à moralidade de seus povos e assistem, impassíveis, “à derrocada de gerações” pelo divórcio. Ao descrever o panorama conjugal da Espanha, em trabalho divulgado em 1926, Jayme Torrubiano Ripoli, professor de Direito Matrimonial na Real Academia de Jurisprudência e Legislação de Madrid, declarava:

“Nada temos a fazer senão contemplar o pavoroso quadro que oferece a vida privada na Espanha. As separações matrimoniais são entre nós em número aterrador; um por sentenças de separação de corpos, perpétua ou temporária; outras, as mais numerosas, sem tal sentença, por vontade própria. As vítimas dos desacertos matrimoniais, entre homens e entre mulheres, ainda que principalmente, entre mulheres, são incalculáveis. A imensa maioria, para não dizer todos os homens, que vivem separados de suas mulheres, são habitualmente adúlteros, muitíssimos concubinários, e grande número deles adúlteros e concubinários com escândalo”.

Afirmar que, pela Proposta de Emenda Constitucional nº 5, se estimularia a leviandade no casamento ou o crescimento numérico de desquites, será desconhecer que a proposição é tão rigorosa, que jamais serviria a tais propósitos. E que, mesmo sem divórcio, a mancha da ilegitimidade dos lares brasileiros é cada vez maior, de tal sorte que o Congresso Nacional, certamente com o voto

do nobre Relator, aprovou recentemente, na Lei da Previdência Social, texto sugerido pelo então Presidente da República, dividindo a pensão deixada pelo contribuinte entre a esposa e a companheira.

X — Cita o Parecer dados de países divorcistas. Em sua justificação, a Emenda Constitucional aponta outros, altamente expressivos, de desquites realizados no Brasil, de separações conjugais, que em regra se tornam definitivas. Mas o nobre Relator não se impressionou com esses números. Não pensou na mulher depois do desquite, no destino que a espera, no labéu que os indissolubistas lhe pregam na testa. Não pensou nos filhos do desquite, nos nascidos antes e nos que vieram depois, de novas uniões, com a marca da ilegitimidade, com os problemas de que não se desvencilham, e que começam na impossibilidade de freqüentar determinados colégios religiosos. Não pensou na presença de representantes brasileiros, aprovados pelo Senado Federal e nomeados pelo Presidente da República, e que, em vários países do mundo, procuram esconder a realidade de seu estado conjugal. Nada disso tem importância para o nobre Relator. Os dados da realidade nacional, que cita, conflitam com outros, mais atuais, e esquecem a disputa em que se empenham tantas cidades pelo título de “capital do desquite”. Mas, verdadeiros que fossem, nem por isso excluiriam a necessidade do divórcio, que há de ser sempre, aqui e em todo o mundo, remédio jurídico para a minoria, e jamais, Deus louvado, para a maioria dos que se casam.

XI — O Parecer refere-se ao ilustre escritor católico José Fernandes Carneiro e invoca o consagrado jurista Lourenço Mário Prunes. Do primeiro poderia lembrar a posição diante do problema do divórcio, e a solução que lhe parece mais apropriada:

“Em relação ao problema do casamento, sou adepto ao casamento indissolúvel. Para mim, casamento é uma união entre homem e mulher enquanto a vida durar. Mas sabemos que nem todos pensam assim. Nessas condições julgo que se deveria instituir, no plano civil, liberdade de escolha no regime de vínculo. O casal dirá ao juiz se deseja um casamento dissolúvel ou indissolúvel, assim como diz qual o regime de bens que prefere, se comunhão ou separação. A adoção dessa providência colocaria em pauta, durante o noivado, perante os noivos e suas famílias, o problema da significação do casamento. Não violentaria a consciência de pessoa alguma, mas induziria a uma opção. Pois a vida é assim, é feita de opções e quanto mais conscientes, melhores.

O divorcista dirá que, instituindo-se um casamento passível de separação, ou seja, o casamento com possibilidade de divórcio, ninguém será obrigado a divorciar-se, o que será feito apenas por aquelas pessoas que o desejarem, ou que precisarem. Direi que esses, que pensam assim, devem optar pelo casamento com possibilidade de dissolução, mas devem permitir que os partidários do indissolubilismo realizem um casamento de vínculo indissolúvel. Casamento será ligação irremediável entre homem e mulher enquanto a vida durar, ou ligação entre homem e mulher enquanto der certo? Eis uma opção a ser feita pelos próprios casais que se formam, o que permitirá, no futuro,

avaliações muito interessantes do ponto de vista psicológico, sociológico, e até religioso”

E do ilustre Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul seria oportuno prosseguir a citação:

“Realidade que os números e as estatísticas não traduzem — Os algarismos que reproduzimos, de publicações oficiais, não autorizam a conclusão alarmante de muitos, relativa à dissolução da família no Brasil. Mas atrás e sob os números há outros dados que não se registram nos livros cartorários. As separações de fato são na realidade em número muito maior do que as solenizadas perante os juizes. Não conhecemos pesquisa a respeito, mas são milhares os casais que anualmente se separam, separação total de cama, mesa e teto. São, também, milhares os que vivem sob o mesmo teto, mas totalmente desfeita a *affectio societatis*. Muitos desses desavindos constituem novo lar, ligam-se a um companheiro ou companheira, ou simplesmente continuam a cultivar a poligamia difusa e episódica que antes entretinham sob a capa respeitável da monogamia aparente.”

XII — No ano de 1549, Padre Manoel da Nóbrega escrevia, da então colônia, ao Padre Simão Rodrigues, em Portugal:

[“Nesta terra há um grande pecado, que é terem os homens quase todos suas Negras por mancebas, e outras livres que pedem aos Negros por mulheres, segundo costume da terra, que é terem muitas mulheres. E estes deixam-nas quando lhes apraz, o que grande escândalo é para a nova Igreja que o Senhor quer fundar.”

Quatro séculos são passados. O povo brasileiro, desde 1823, reúne-se em assembléias constituintes e legislativas. Nelas sempre foram maiorias os representantes indissolubilistas. Em 1934, seu número era tão trande que incluiu, no texto da Constituição, a indissolubilidade do vínculo conjugal. Nos debates da Constituição de 1891, 1934, 1946 e 1967, altas e respeitáveis vozes clamaram pelo divórcio. E, tudo não obstante, os que dizem servir à segurança nacional, combatendo o divórcio, jamais tiveram iniciativa, em século e meio, de qualquer comissão de defesa da família. Rejeitar as emendas propostas à espera dos resultados práticos dessa comissão, que ainda se iria formar, seria causar a mesma decepção da recente reunião da Conferência Nacional dos Bispos Brasileiros, nesta Capital, de que todos esperavam surgisse uma sugestão, uma fórmula substitutiva dos projetos de emendas constitucionais em curso no Parlamento. A família existirá sempre, com ou sem a desejada comissão, tão tardiamente lembrada. Como diria mestre Virgílio de Sá Pereira. Legítima, se possível, Natural, se necessário.

XIII — O debate, que deveria situar-se na esfera civil, desbordou, sem culpa dos autores das Emendas Constitucionais, para o terreno religioso. Mas, ainda assim, não deserto a posição inicial, deixando, por isso mesmo, de examinar o problema da indissolubilidade matrimonial e a evolução do pensamento católico, a partir da rumorosa intervenção de Monsenhor Zoghy, no

Concílio Vaticano II. Também, como afirmado desde o primeiro instante, esta é uma questão de consciência, jamais uma confrontação partidária. Integrantes da ARENA e do MDB formam nas duas correntes, em que se dividem, como seria inevitável em assunto assim controvertido, Senadores e Deputados.

A Emenda Constitucional nº 5, não destrói um só lar. Apenas possibilita a regularização dos que se construíram sobre os destroços das longas e irremediáveis separações.

XIV — O Parecer, assim, apesar do esforço de seu nobre Relator, não merece aprovação, mesmo que nele não figurem, felizmente, as ameaças de excomunhão e de recusa de extrema-unção aos dissolubilistas, e que viraram manchetes dos jornais, no mês passado. O legislador civil, diante do fato social, não lhe pode voltar as costas, como se ele não existisse, ou esperar que se agrave, até que os necessitados cheguem ao desespero que arrastou multidões às praças italianas, para lhe dar a justa solução.

Meu voto, pois, é pela rejeição do Parecer, sem qualquer despreço a seu nobre Relator. Reservo-me para, no exame de cada qual das Propostas, proferir meu voto, quando, na forma regimental, foram submetidas ao exame desta douda Comissão.

Brasília, 16 de abril de 1975. — Nelson Carneiro.



SENADO FEDERAL
CENTRO GRÁFICO