

## NATUREZA DO MATRIMÔNIO ENQUANTO MATRIMÔNIO-“FOEDUS” E MATRIMÔNIO-“SACRAMENTO”:

Tentativa de exegese jurídico-canônica  
do Cân. 1055 do Novo Código

*Côn. Dr. Martin Segú Girona*

1 — O matrimônio na sua dimensão jurídica pode ser considerado: como “actus quo” ou “in fieri” e como “actus ad quem” ou “in facto esse”. O matrimônio “actus quo” corresponde à origem ou ao nascimento da sociedade matrimonial. Por isso classificado como matrimônio “in fieri”. O matrimônio “in facto esse” é mais conhecido como “matrimonium vinculum”, equivalendo à “societas”. Tanto o matrimônio “vinculum” como o matrimônio “societas” originam-se do matrimônio “in fieri”.

A Doutrina e a própria Jurisprudência qualificam-no de matrimônio “in facto esse”. Este tipo de matrimônio, juridicamente falando, é estável e permanente, por isso que os autores referem-se a ele como um “quid permanens”.<sup>1</sup>

2 — A maioria dos autores, hoje, não usam mais esta terminologia por considerá-la, demasiadamente, aristolênica e “escolástica”. Na concepção de alguns discriminatória, ao tentar-se apresentar como única e hegemônica. Por isso foi deixada de lado tanto no

1. Cfr. CASTAÑO. *Dispense sul diritto matrimoniale sostantivo nel Nuovo Codice di Diritto Canonico*. (Roma 1989) 9ss.

Código de 1917 como no de 1983. Mesmo assim, pode ser encontrada, com certa facilidade, em não poucos autores e comentários.

3 — Note-se, porém, que os escolásticos clássicos jamais aplicaram o "in facto esse", ao matrimônio. Constituíram-se da filosofia escolástica aplicada na metafísica à potência e ao ato. Parece ter sido São Belarmino quem primeiro aplicou esta fórmula ao matrimônio. Se não explícita ao menos de modo equivalente, quando diz: "matrimonium ut fit" — "matrimonium dum permanet". Santo Tomás usou-a, mas relacionada a outras matérias, ao dizer "califieri" e "calectum esse".<sup>2</sup>

#### O CONCÍLIO VATICANO II E O MATRIMÔNIO

4 — O Concílio Vaticano II na sua concepção personalista tentou desvincular-se dos antigos conceitos, considerados por muitos superados. Nem sempre conseguiu. Ao tentar voltar às fontes bíblicas usou o "foedus". Preferiu, proposital e intencionalmente, o tradicional conceito jurídico do "contractus" referindo-se ao Matrimônio, como instituição divina. É na Constituição Pastoral "Gaudium et Spes" que o matrimônio é qualificado de "foedus". Este termo usado com parcimônia pelos Padres Concilia-

res aparece três vezes no texto conciliar. Duas vezes no nº 48 e uma vez no nº 50.

5 — O que não fica claro, exegeticamente falando, é se a GS usa o termo "foedus": — para o matrimônio "in fieri", ou para o matrimônio "in facto esse", ou para a totalidade do matrimônio.<sup>3</sup> Conseqüentemente, no Novo Código o termo "foedus", não pode ser unívoco. Por isso mesmo nem sempre seu significado é o mesmo. Depende do contexto e a quem se refere. Constata-se facilmente nos diversos cânones do Código. O "foedus" do c. 1055 § 1 refere-se ao matrimônio "in fieri". O dos cânones 1057 § 2 e 1063 § 4, ao matrimônio "in facto esse". Eis o estado da questão ao se tentar uma definição ou mesmo aprofundamento da natureza ao matrimônio, no Novo Código de Direito Canônico.

#### DEFINIÇÃO DE MATRIMÔNIO NO NOVO CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO

6 — Antes de qualquer definição deve-se ter presente o que até aqui foi dito a respeito do matrimônio "actus quo" ou "in fieri" e o matrimônio "vinculum" ou "in facto esse". A análise exegética deve ser feita sobre os conteúdos do cânón 1055 § 1, onde aparece a

possibilidade de se chegar tanto às definições do matrimônio "in fieri" e "in facto esse". É o texto original, quem se incumbe de definir. O matrimônio "in fieri" é definido como "actus quo". Duas são as definições uma complementando a outra. A primeira: "Matrimoniale foedus quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt". A segunda: "foedus matrimoniale" mediante o qual (ou do qual) nasce o consórcio conjugal. Por outro lado o matrimônio "vinculum". Por isso constitui-se em "consortium coniugale resultans (quod nascitur ex matrimoniali foedere)".

7 — Constata-se com esta primeira análise que o peso maior no tratado jurídico do matrimônio, é dado para o matrimônio "actus quo" ou "in fieri". Basta abrir o Código. Percebe-se que os grandes capítulos pertencem ao matrimônio "in fieri": os tratados dos impedimentos, do consentimento e da forma canônica. Portanto quase a totalidade. Os poucos cânones restantes relacionam-se com os efeitos do matrimônio, a separação do casal, ou o próprio matrimônio-vínculo.<sup>4</sup> Esta é a razão de tratar, neste artigo, diretamente ao matrimônio "actus quo" e apenas indiretamente, do matrimônio "vinculum".

8 — A primeira dificuldade que se encontra ao querer aprofundar a

natureza jurídica do matrimônio está correlacionada com os termos "foedus e contractus". Algumas questões vem logo à mente, como: Por que o Código não seguiu a Terminologia Conciliar, quando deveria ser fruto do Concílio? Por que optou pelo termo "contractus", em lugar de "foedus"? Ao tentar responder a estas questões constata-se que a razão foi mais histórica-tradicional do que doutrinal. Desde o século VII o termo "contractus" é aplicado, pacificamente, por todos ao matrimônio. Sem grandes discussões ou polêmicas, por parte dos autores. A parte evolutiva e a consolidação do termo fora desde o século VII ao XI. No século XII o uso do termo "contractus" para o matrimônio, torna-se quase sua definição. O que não está claro, nesta época, é se no Direito Romano o matrimônio era considerado um "contractus". Parece que a idéia pode ser encontrada nos juriconsultos romanos.<sup>5</sup>

9 — No século passado, e principalmente, no tempo em que antecedeu o Concílio Vaticano II, a qualidade contratual do matrimônio fora objeto de constantes e acaloradas discussões, durante a própria elaboração do esquema XIII. Tal controvérsia explodiria mais tarde em plena Aula Conciliar. Contra o matrimônio contrato

2. Cfr. CASTAÑO o.c. 10ss ARZA A. *Nuevo concepto de matrimonio* (Bilbao, 1975) BONNET P. *L'essenza del matrimonio canonico. Contributo allo studio dell'amore coniugale 1: il momento costitutivo del matrimonio* (Padova 1976).

3. Cfr. *Comunicaciones* 9 (1977) 120.

4. Cfr. cc. 1134-1155.

5. Cfr. GAUTHIER *Dispense di diritto Romano* (Roma 1989) 20.

havia duas correntes: a dos juristas e a dos teólogos. Os principais argumentos dos juristas, contra o termo "contractus": no Direito Romano e mais tarde nas Legislações Civis, o termo "contrato" refere-se a um negócio privado de natureza patrimonial. Por isso não deveria ser usado para o matrimônio. O matrimônio não admite que os contraentes coloquem livremente "ad libitum", suas próprias cláusulas. Todo contrato de per sí é sempre anulável. Enquanto o matrimônio é indissolúvel. Portanto o "foedus" é mais adequado para o Matrimônio.

10 — Os teólogos por sua vez confirmavam e corroboravam este posicionamento dos juristas. O termo **contrato** não pode ser aplicado ao matrimônio por significar um "jurisdicismo" exacerbado. O Matrimônio-Sacramento, em quanto tal, é bem mais abrangente e rico de conteúdo. Ultrapassa de longe à mera realidade contida no vocabulário-contrato. Por outro lado, a Igreja é una e os católicos orientais nem sequer podem imaginar que o matrimônio seja um contrato. Esta instituição contratual é de origem romana. Para os orientais o matrimônio é um "foedus", no sentido bíblico de Aliança. Portanto, os orientais neste ponto estão mais em conformidade com a gênese da instituição divina qualificando-a de "foedus".

11 — Por isso a Constituição "Gaudium et Spes" recusou-se terminantemente, a empregar o termo "contractus". Optou, pelo "foedus", como já se viu. Foi a Comissão para a Revisão do Código quem retomou o termo "contractus", mesmo aceitando o vocábulo "foedus". Eis o porquê "contractus" ainda está nos cânones 1055 § 2 e 1097 § 2. O primeiro trata dos fins do matrimônio e o outro do erro de qualidade de pessoa.

12 — A própria Comissão, encarregou-se de explicar o conteúdo e significado do termo "contractus" aplicado ao matrimônio. O "contractus" deve ser entendido: "ut institutum naturae quod evehitur ad dignitatem sacramenti. Iam vero matrimonium **ut institutum naturae est contractus.**"<sup>6</sup>

13 — Este posicionamento da Comissão, mais tarde seria assumido pelo próprio Legislador. A Comissão apresentou seus argumentos aos juristas e aos teólogos. Aos juristas: tudo aquilo que afirmam os juristas, contra a denominação do matrimônio como "contractus" seria verdade se o "contractus", como termo e realidade, fosse um "quid univocum". Mas o matrimônio é uma realidade análoga. Realidade que participa de muitos analogados, mesmo que a participação seja "diversimode".

Por isso se trata de analogia de proporcionalidade intrínseca. A Comissão apresentou esquematicamente o "contractus". Reconhecia que o contrato de per sí é patrimonial e negócio privado enquanto o matrimonial é um negócio público. E concluía dizendo: a realidade "contractus" pode ter inúmeros analogados. Requer-se, porém que em cada um deles estejam presentes os elementos essenciais peculiares de um contrato.

14 — A Comissão assim se pronunciou, ao tentar responder às objeções oriundas das pesquisas teológicas: Em primeiro lugar deve-se dizer que jamais em tempo algum se pretendeu enclausurar toda a realidade da natureza do matrimônio no termo "contractus". O termo "contractus" desde o século XII fora usado para qualificar o **aspecto jurídico** do matrimônio. É neste sentido que a Comissão deseja usá-lo, também no Novo Código. Portanto, a visão não pode ser reducionista, pois empobrecer-se-ia a própria realidade matrimonial que foi e continua sendo maior que um mero contrato. O Matrimônio na Igreja é uma realidade Sacramental. Em segundo lugar, os católicos orientais possuem uma Tradição tão rica quanto a dos ocidentais. De fato, para os católicos orientais o matrimônio é considerado como "foedus", para os latinos, "contractus". Não se vê bem o porquê se deva abandonar a Tradição latina. Tão exuberante

e rica quanto a deles, apenas para contentá-los. Além do mais a qualificação "foedus" no sentido de aliança, não é desconhecida dos latinos. Haja vista que o próprio anel conjugal recebe o nome de aliança ("foedus"). Em terceiro lugar, o "foedus" de fato é uma realidade de conteúdo bíblico, bem mais rica do que contrato. O "foedus" do Antigo Testamento ou a "Aliança" é a própria **realidade jurídica elevada à ordem sobrenatural**. O "foedus" outra coisa não é no seu significado exegético de Gen. 15,9-17 e de Jer. 34,18 que uma "species contractus". Nestes textos o "foedus" reveste-se de uma série de formalidades jurídicas próprias dos povos que circundavam Israel. Por último, se se considerar a própria ordem internacional o "foedus" já era conhecido no tempo dos romanos. Ainda hoje, é usado no Direito Internacional. Os romanos possuíam duas espécies de "foedus". O "foedus aequum": aliança de ajuda e de defesa mútuas entre Roma e um outro povo. O "foedus iniquum": aliança imposta por Roma sobre um outro povo implicando a perda da sua personalidade internacional.

15 — Como conclusão pode-se dizer que o Código de 1983 continua a chamar o matrimônio de "contractus". Ao menos por duas vezes nos cânones 1055 § 2 e 1097 § 2. Note-se, porém, que o Código quando qualifica o matrimônio de "contractus", refere-se,

6. *Communicationes* 9 (1977) 120.

apenas e somente: ao seu aspecto jurídico; ao matrimônio "in fieri" e ao matrimônio na sua realidade **natural**. O matrimônio "vinculum", jamais é qualificado de "contractus". Este é qualificado e conhecido como instituição. A **instituição** em si, é uma realidade especificamente jurídica e por isso mesmo, um "quid iudicium permanens". Como é óbvio, trata-se apenas do matrimônio-jurídico.<sup>7</sup>

**16** — Como o Novo Código emprega o contrato. Este conceito deverá ser aprofundado para que possa ser explicitado. Por isso mister se faz apresentar, o que a doutrina pensa a respeito do termo e como este conceito jurídico é aplicado ao matrimônio canônico. A doutrina clássica define o contrato como "duorum pluriumve in idem placitum consensus". É da própria definição que se destacam, por dedução, os seus elementos essenciais. Estes deverão estar presentes em todo e qualquer contrato. Portanto qualquer contrato deve possuir um conjunto mínimo de notas características tais como: capacidade nos contraentes; matéria adequada, que corresponde ao próprio objeto do contrato; consentimento das partes e as obrigações dos contraentes. As obrigações decorrentes do contrato são mais conseqüências do que propriamente elementos essenciais.

**17** — Estas cláusulas deverão ser brevemente especificadas nos seus conteúdos jurídicos para poderem mais tarde serem aplicadas à realidade jurídica do matrimônio. A primeira é a **capacidade nos contraentes**. Esta é a condição "sine qua non" para quem deseja realizar um contrato; este requisito poderá ser inato ou não. Por isso se constitui num elemento essencialmente subjetivo. Esta capacidade no contratante pode ser classificada em: capacidade natural e/ou jurídica. A capacidade natural, ainda, poderá ser física e/ou psíquica. Em alguns tipos de contrato exige-se para a sua validade a capacidade física, como por exemplo no matrimônio o sujeito só será capaz de contrato, se for fisicamente potente. Em outros, prescinde-se da capacidade física e exige-se a psíquica, isto é, para a validade deste contrato requer-se que o indivíduo seja tido e havido, como capaz de entender e de querer. Em outras palavras, verifica-se se o sujeito em questão possui o uso suficiente de razão. O termo "capacitas", possui um sentido técnico-jurídico próprio. No sentido estrito é usado para se referir apenas às duas capacidades naturais, descritas acima. Mas nem sempre esta precisão científica é constatada no Novo Código.

**18** — Por outro lado, a capacidade jurídica, tecnicamente falando, identifica-se com a "habilitas". A "habilitas" identifica-se com os "iure habiles" dos cc. 1057 § 1 e 1058. A capacidade jurídica significa estar livre e isento de proibições impostas pelo próprio Ordenamento. Hábeis são aqueles "qui iure non prohibetur". Em tese todos os hábeis podem fazer um contrato. A exceção está no "nisi", isto é, a não ser que o Direito diga o contrário. Portanto, hábil é quem goza de capacidade jurídica, em conformidade com o c. 1058. Na prática, hábil significa, estar livre de impedimento, para o agir. No Ordenamento Jurídico quem impede a ação são as "leges inhabilitantes" dos cânones 1073 e 10.

**19** — Se se considerar o rigor científico, seria de total conveniência reservar o uso da "habilitas/inhabilitas" exclusivamente para os impedimentos. Porque os impedimentos apenas sublinham enfaticamente, nos Ordenamentos Jurídicos Modernos, a habilidade ou inabilidade jurídicas deste determinado sujeito para tal ato. A expressão "capacitas/incapacitas", no rigor técnico-jurídico, deveria ser usada apenas para se referir aos "vícios" ou não, de consentimento, essência de qualquer contrato. Note-se por se tratar de capacidade ou incapacidade natural, é a própria natureza quem discrimina ou seleciona o poder de ação do sujeito. Portanto, a capacidade, no

significado técnico, necessariamente será antecedente à habilidade jurídica.

**20** — O segundo requisito para um contrato é a própria **matéria**, também conhecido como **objeto do contrato**. Esta condição é a "objetiva" de qualquer contrato. Por isso mesmo deverá ser ponderável, mensurável e ornada de características mínimas, porém necessárias. A especificidade do objeto poderá ser encontrada tanto no gênero como na espécie. Na Doutrina Geral dos contratos, é considerada matéria adequada, se tornada de certos requisitos: 1) a matéria em si deverá ser física ou moralmente possível; 2) deverá existir "in re" ou ao menos "in spe fundata"; 3) deverá pertencer aos contraentes; 4) deverá ser de algum modo estimável, e em todos os casos honesta e lícita.

**21** — No caso específico do matrimônio, matéria adequada é toda a complexidade do consórcio "totius vitae". O "consortium totius vitae" está descrito no Código de 1983 no c. 1057 § 2, correspondendo aos cc. 1055 § 1 e 1056 do de 1917.

**22** — O elemento mais importante de todo e qualquer contrato é o **consentimento das partes**, pois, constitui-se na sua causa eficiente. Conhecida também na doutrina escolástica, como causa fontal ou formal. Na filosofia do Direito é a "axis" ou o "cardo". Numa palavra, o consentimento das partes é a

7. Cfr. NAVARRETE. U. *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II. Momentum iuridicum amoris coniugalis* (Romae 1963).

alma do contrato. Por isso, necessariamente, tem que ao menos ser bilateral. O consentimento é da essência do contrato, por isso é inserido na própria definição, quando, explicitamente, se diz o "duorum vel plurium". Nisto o contrato distingue-se da simples "voluntas" que é sempre unilateral. Por isso que a Doutrina Jurídica circundou de exigências o próprio consentimento, implicando na sua validade ou não. Um consentimento válido deverá estar ornado das seguintes qualidades: veracidade — significa que o consentimento deverá ser "verdadeiro", isto é, não pode ser fingido ou simulado. O verdadeiro, aqui, possui significado próprio. A manifestação externa deve corresponder, totalmente, ao ato interno da vontade. A segunda qualidade do consentimento é a liberdade de quem consente. Por isso o Direito exige que o consentimento seja "deliberado e livre", pois, trata-se de um "actus humanus" e não apenas de um "actus hominis". A terceira concerne à manifestação ou revelação deste ato verdadeiro, deliberado e livre, por isso que para a sua validade deverá ser externamente manifestado. No caso do matrimônio a manifestação do consentimento, por exigência explícita do Legislador, deve ser em conformidade com a "forma canônica". A última destas notas qualificadas do consentimento é a reciprocidade. Portanto o consentimento jamais poderá ser unilateral, mas sempre

mútuo. O mútuo significa que a troca de consentimentos deverá ser feita ao menos entre duas pessoas.

**23** — Uma questão delicada colocada pela doutrina com relação a esta última característica é a do "silêncio" de uma das partes, quando se requer a manifestação do consentimento para o contrato. A doutrina jurídica detém-se para aprofundar e analisar o célebre e conhecido ditado do "quem cala consente". ("ille qui tacet, acceptat seu consentire videtur"). Será que o silêncio possui algum significado peculiar em matéria de contrato? A resposta deverá ser dada com as devidas distinções. Em primeiro lugar tem que se saber se o contrato é favorável ou não para o silente. Se favorável, presume-se que quem "tacet" aceita p. ex. um contrato de doação; por outro lado, é lícito pressupor também que aceita o contrato e seus termos aquele que se cala, quando poderia fácil e livremente, opor-se e não o faz. Fora destes casos quem cala não necessariamente consente. A **consciência** lógica, de todo e qualquer contrato é gerar **obrigações** que de per sí são vinculantes. A obrigação, surgida por contrato, não é apenas moral, mas verdadeiramente **jurídica**. Portanto, a obrigação é de estrita justiça comutativa. A obrigação não pertence nem à justiça legal e nem à distributiva.

**24** — Se todos estes conceitos forem aplicados ao matrimônio

pode-se chegar facilmente a algumas conclusões, tais como: em primeiro lugar, o matrimônio é um contrato, "sui generis" e analógico: isto porque o contrato matrimonial na Igreja, é público. Em segundo lugar, porque alguns de seus elementos essenciais são dados pela própria natureza. No contrato matrimonial os sujeitos apenas podem ser dois. Não podem ser do mesmo sexo. Necessariamente terão que ser para a sua validade um homem e uma mulher. A matéria adequada, seus fins e propriedades essenciais estão determinados e definidos pela própria natureza e inscritos no coração de todo e qualquer homem. Isto é fácil de compreender pelo fato desta realidade humana ter Deus como seu Autor. Cristo elevou esta instituição divina a Sacramento e confiou à Igreja sua administração. Portanto a Igreja não é Autora do Matrimônio mas apenas Ministra.

**25** — Foi dito que o matrimônio é um contrato "sui generis", por isso esta questão deve ser aprofundada para saber se o **matrimônio é um contrato "real" ou "consensual"**. A Doutrina Jurídica, não apenas conceitua e define estes dois tipos de contrato, mas dependendo da escola a ser seguida haverá posicionamentos até certo ponto dialéticos com respeito à própria sacramentalidade do Matrimônio. O contrato é **real** quando existe (proficitur) "per traditionem rei"; é **consensual**

quando se perfaz (perficitur) "per solum consensum". Tanto um conceito como outro, historicamente falando, encontrou guarida entre os autores, dependendo do tipo de visão que cultuavam do matrimônio, se a biológica ou a personalista. Daí ambas as teorias terem seus respectivos seguidores. Existiram, historicamente, duas escolas, entre outras, que se celebrizaram pelas suas posições com relação à essência do contrato: a de Bologna e a de Paris.

**26** — A **Escola de Bolonha**: representada pelo eminente Graziano, defendia a teoria do contrato real, na sua aplicação ao matrimônio. Pare ele a essência do matrimônio está na sua consumação ou na cópula, através da qual se concretiza a "traditio rei". Com este posicionamento o consentimento da vontade passa a ser uma "conditio sine qua non". E chegava à conclusão que o matrimônio, se inicia com o consentimento mas "perficitur per copulam".

**27** — A **Escola de Paris**: tendo como líderes os teólogos: Hugo de S. Victor, Pedro Lombardo, S. Tomás, S. Boaventura etc., defendiam que no matrimônio o contrato é **consensual**. A essência do matrimônio encontra-se no consentimento das partes. Daí como consequência lógica que o consentimento é a causa eficiente e formal do matrimônio. A conjunção carnal ou a entrega de corpos é apenas um "quid accidentale". Re-

conhecem porém que através da cópula o matrimônio alcança a sua perfeição última, porém accidental. Foi a teoria da Escola Paris que, fundamentalmente, prevaleceu na Igreja. Esta teoria é encontrada, também, no Direito Romano pós-clássico quando declara: "nuptias non concubitus sed consensus facit".<sup>8</sup>

**28** — A teoria da Escola de Paris foi aceita na Igreja por: Alexandre III em 1159-1181. Antes de ser Papa, o Mestre Rolando, fora professor de Bolonha e opositor de Graziano, defensor da tese do contrato consensual para o Matrimônio. Mais tarde o Concílio de Florença, ratificou a doutrina, sob o pontificado de Eugênio IV. Foi, porém, a partir do Concílio de Trento que esta doutrina tornou-se comum na comunidade dos fiéis. Por isso foi acolhida no Código de 1983 no c. 1057 § 1. No entanto, a doutrina de Graziano teve também seus seguidores e deixou suas marcas. No nosso Ordenamento Jurídico encontram-se os vestígios da teoria de Graziano nos cc. cc. 1141-1142.

**29** — Para nós cristãos, o matrimônio só tem sentido se considerado como realidade sacramental. É assim que o Direito Canônico considera esta instituição. O Direito, no entanto, salienta: que o

matrimônio como Sacramento pertence à área da Teologia. Mas o Direito, tem algo a dizer ao se defrontar com algumas questões relativas ao matrimônio sacramental. Estas serão abordadas, sinteticamente e "per modum conclusionum". O nosso Ordenamento Jurídico declara: que se expressa o c. 1055 § 1 que coleta a determinação do Concílio de Trento na sua Sessão XXIV c. 1 ao dizer: "Si quis dixerit, matrimonium non esse vere et proprie unum ex septem Legis evangelicae sacramentis, a Christo Domino institutum, sed ab hominibus in Ecclesia inventum, neque gratiam conferre: anathema sit".<sup>9</sup> Note-se, porém, que estes "dois batizados" não são necessariamente, católicos; é suficiente que esteja presente o "verdadeiro" batismo de Jesus e que o seu matrimônio como é óbvio seja **válido**. Em segundo lugar reconhece que se dois cônjuges não-batizados (com matrimônio válido) recebem o batismo, seu matrimônio torna-se sacramento **no momento** do batismo sem haver necessidade de nova cerimônia. O mesmo acontece com um matrimônio entre um batizado e um não batizado se este último receber o batismo. Em terceiro lugar o atual Direito tem tanto respeito para com o Sacramento do Matrimônio, que no seu c. 1134

usa a mesma expressão "veluti consecrantur", que fora utilizada ao se referir ao Sacramento da Ordem c. 1008 e à vida consagrada c. 607. O que causa estranheza, porém, que para o Sacramento do batismo, (Cfr. c. 849), que é o sacramento que verdadeiramente consagra, a fórmula é omitida. No entanto, é pelo batismo que advém a primeira, a radical e fundamental consagração cristã. Pois o Batismo faz-nos passar da morte para a vida, do não ser ao ser, isto é, torna-nos cristãos. Portanto o Matrimônio-Sacramento é altamente valorizado no nosso Ordenamento Jurídico, por estar pautado na doutrina do Concílio Vaticano II.<sup>10</sup>

**30** — A análise exegética do c. 1055 no seu parágrafo segundo apresenta algumas dificuldades. Trata-se da **questão do "eo ipso"** (Cfr. c. 1055 § 2). O princípio teológico do parágrafo primeiro do cânon é ótimo. Trata de uma verdade de fé definida pelo Concílio de Trento. A pedra de tropeço está no parágrafo 2º na consequência sobremaneira automática que o cânon extrai do princípio teológico. Mister se faz analisar o texto original para constatar o fato, a partir da própria redação: "Quare inter baptizados nequit matrimo-

nialis contractus validus consistere, quin sit **eo ipso** sacramentum". Para uma visão clara e distinta desta expressão mister se faz apresentar um pouco de história. O ponto de partida deve ser o próprio Concílio de Trento. Em Trento os teólogos discutiam sobre a necessidade da intenção e da fé para a recepção dos sacramentos. No caso concreto, para a recepção do matrimônio sacramental. Em geral estavam de acordo de que a "fides" era necessária para que o matrimônio fosse também sacramento. Não havia unanimidade com relação à "intentio", a grande maioria porém dizia que deveria estar presente.<sup>11</sup>

**31** — Parece que o primeiro autor a falar sobre a fórmula do § 2 do c. 1055 tenha sido Sanchez. Nos Documentos oficiais do Magistério Pontifício começa aparecer a partir do ano de 1852. A fórmula pode ser encontrada numa carta de Pio IX ao Rei da Sardenha. Mais tarde aparece na Encíclica do Papa Leão XIII "Arcanum Sapientiae". Os dois documentos tratavam de uma questão de **direito público**. O Papa serve-se desta fórmula para recordar aos governantes que o matrimônio cristão é de competência exclusiva do Papa pelo

8. Cf. c. 1957 § 1.  
9. (Dz. -Sch. 1801).

10. Cfr. FUMAGALLI CARULLI, O. *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico* (Milano 1974) et ID. *Il matrimonio dopo il Concilio. Capacità e consenso* (Milano 1978).

11. Cf. RAYMOND C. FINN, *Towards a Reinterpretation of Canon 1012: A Study of its Theological and Canonical Foundation* (Roma 1977).

simples fato de ser um dos Sacramentos. Os autores antes do Código de 1917 discutiam sobre este problema e, por isso, fora introduzido no c. +1012 § 2º do antigo Código, como uma conseqüência do parágrafo 1º. Antes, ao que parece, não existia em nenhum texto legal da Igreja. No tempo posterior ao Código do 17 ninguém ousava criticá-la. De alguns anos para cá os autores começaram a estudar este parágrafo com maior liberdade, apesar que a doutrina oficial da Igreja e a própria Jurisprudência que a acolhiam quase de modo absoluto como verdadeira.

32 — No ano de 1977 num Congresso na Universidade Gregoriana, algumas intervenções de alguns juristas, colocaram a questão em foco. Entre eles destacam-se Manzanares e Castaño.<sup>12</sup> Após o Congresso começaram a surgir os argumentos contra a fórmula do § 2º do c. 1055. Os autores citados referiam-se em suas intervenções à intenção do ministro e do próprio sujeito do matrimônio. Afirmavam que se requer dos contraentes ao menos, a intenção de fazer aquilo que faz a Igreja. O "facere id quod facit Ecclesia". A fé nos sujeitos, foi tema muito importante des-

de o Concílio de Trento para os teólogos. Requer-se para a recepção do Sacramento do Matrimônio o Estado de Graça. Ninguém coloca em dúvida que o matrimônio é um Sacramento dos vivos e por isso mesmo deve ser recebido em Estado de graça. O matrimônio é um Sacramento dos vivos. A questão primordial porém, está na liberdade de consciência, marca indelével da doutrina conciliar. O Concílio Vaticano II frisou a liberdade de consciência de qualquer ser humano, possui até um decreto específico sobre a dignidade humana, sem se falar das Constituições. A doutrina conciliar não parece compatível com a imposição do "eo ipso" que a fórmula do cânón deixa entender.

33 — No ano de 1975 foi enviado o primeiro esquema sobre os Sacramentos para as Universidades e os Bispos do mundo inteiro. Obtiveram como resposta algumas observações que pediam para abrandar a fórmula ou pelo menos de ser estudada a questão a fundo. Dizia-se: "Quaestio profundius investigetur, vel canon compleatur per clausulam, servatis iis quae ad validitatem sacramentorum requiruntur". A Comissão da revisão do Código respondeu assim: "Consul-

tores unanimes decernunt: Dum quaestio theologica dirimatur... canon minime est mutandus".<sup>13</sup> Portanto, a questão permanece em aberto e dependerá da teologia dirimir ou não esta questão.

#### CONCLUINDO:

1. Matrimônio como contrato: — refere-se à natureza "natural", não sacramental do matrimônio, e também ao seu aspecto jurídico: — refere-se ao matrimônio como "actus quo" ou ao matrimônio "in fieri".

2. O matrimônio como "foedus": Mesmo que "foedus" possa ser considerado como uma espécie de contrato, tem um significado bíblico característico. — No Código a palavra "foedus" não parece ter sempre o mesmo significado, pois no c. 1055 § 1º refere-se ao matri-

mônio "in fieri" em quanto nos cc. 1057 § 2º e 1063 § 4º ao matrimônio "in facto esse".

3. O matrimônio como "sacramentum": — é o matrimônio válido entre dois batizados. — Castaño diz: segundo a minha opinião não basta a materialidade ou o fato do batismo, mas é necessário que existam os requisitos necessários para se poder receber (ou administrar) um Sacramento. Portanto, somos contra a fórmula do § 2 do c. 1055, que se apresenta muito automática. Deveria ter sido abrandada.<sup>14</sup>

O Autor:

Presidente do Tribunal Eclesiástico Regional de São Paulo.  
Professor e membro da Diretoria da Faculdade de Teologia N. S. da Assunção — SP.

Endereço: Av. Nazaré, 993  
Capital — SP  
CEP 04263-100

12. JULIO MANZANARES, *Habitudo matrimonium baptizatorum inter et sacramentum: omne matrimonium duorum baptizatorum est necessario sacramentum?* (Acta Congressus Universitatis Gregoriana), in *Periodica* 67 (1978) 35-71. JOSÉ M. CASTAÑO, *De quibusdan difficultatibus contra formulam canonis 1012 § 2, scilicet "quin sit eo ipso sacramentum"* (Acta Congressus Universitatis Gregoriana) in *Periodica* 67 (1978) 269-281.

13. Cf. *Communicationes* 9 (1977) 122.

14. Cfr. CASTAÑO o.c. 279-281.