

do como encarnado de maneira parcial no mundo e na vida dos pobres, trazendo assim nova esperança a eles.

Para que esta mensagem de esperança possa ser assumida, para que possa desenvolver o seu potencial transformador, deve-se primeiro superar o *Medo Religioso* interiorizado pelos cristãos em virtude de uma história secular de ameaças.

Em vez de continuar a transmitir a mensagem de um Deus, ante o qual se deve ter medo, é essencial superar a imagem do Deus vingativo por uma imagem novo-testamentária de um Deus da vida, de um Deus "go'el", defensor de todos os que não têm mais defensor.

Entretanto, para que uma tal imagem de Deus possa ser realmente assumida, é preciso primeiro desmascarar as ameaças escatológicas, mostrando que nelas

não se revelam imagens do Deus verdadeiro, senão projeções arcaicas de ameaça do próprio homem.

A perspectiva de uma fé libertadora nunca pode ser o medo, mas sim, aquela confiança que é formulada em Cl 2,13-14: "*Deus vos chamou de novo à vida juntamente com Ele. Ele perdoou todos os nossos pecados e cancelou o decreto escrito contra nós, cujas prescrições nos condenavam...*".

É esta confiança vitoriosa, e não o medo e a ameaça, que estabelece a verdadeira base para a construção do Reino de Justiça e de Amor a que Jesus Cristo nos chamou.

Renold J. Blank é Doutor em Teologia Dogmática e Professor de Escatologia na Faculdade Nossa Senhora da Assunção.

Endereço:

Av. Nazaré, 993
CEP 04263-100
Ipiranga — São Paulo.

Os Vícios de Consentimento Matrimonial e o CC. 1095 do Novo Código

Côn. Dr. Martin Segú Girona

1. Em todo e qualquer Ordenamento Jurídico do mundo, o consentimento matrimonial constitui-se em fundamento dos tratados jurídicos sobre o matrimônio. Importância maior como é óbvio adquire na legislação canônica, por que do consentimento origina-se o Sacramento, entre dois batizados. O consentimento poderá ser hígido e portanto válido, como também ser "patológico". A patologia do consentimento no Direito Canônico é conhecida como: "vícios" de consentimento. Estes costumam ser classificados em duas categorias: os que impedem o nascimento do consentimento e os que o "maculam ou viciam". Na primeira categoria deparamos com a própria ausência do consentimento e na segunda, bem mais complexa, o consentimento existe mas sofrendo de patologia. Por isso

este consentimento padece de algum vício. Para um aprofundamento maior desta questão pode-se recorrer a GIACCHI¹.

2. Qualquer legislação civil ou eclesiástica determina claramente quais os vícios do consentimento que provocam a própria invalidade do matrimônio. Daí a importância do tema para as causas de nulidade matrimonial nas diversas legislações. Para nós o que nos interessa é a canônica, e em particular os "vícios" contidos no c. 1095.

3. Mister se faz, porém apresentar, sinteticamente, os diversos vícios para propiciar uma visão de conjunto para saber como o Novo Código aborda esta questão. Os "vícios" no Novo Código de Direito Canônico, são bem mais realistas e adequados à dimensão humana e interpessoal do matrimônio do que nas outras legislações. No Código

1. GIACCHI O. *Il consenso nel matrimonio canonico* (Milano 1983) cap. II, III e IV.

de 1983, o Legislador introduziu dois novos cânones, que não constavam no velho Código de 1917. Trata-se dos cânones 1095 e 1098. No primeiro considera as mais variadas patologias clínicas da área da psiquiatria e psicologia, consideradas genericamente no texto legal como incapacidades psíquicas e no segundo apresenta o dolo, como invalidante do consentimento e conseqüentemente do próprio matrimônio.

4. Note-se que os vícios de consentimento não são os únicos a invalidar o matrimônio, além destes o matrimônio pode ser inválido por ter sido contraído com algum impedimento dirimente dos cc. 1083-1094 ou também por erro de forma canônica dos cc. 1108ss.

5. Aqui deseja-se aprofundar apenas os vícios. Deve-se salientar que os vícios de consentimento podem-se originar ou do intelecto ou da própria vontade. Os que viciam a razão são os do cc. 1095-1096. Os que viciam a vontade estão contemplados nos cc. 1101-1103.

6. As figuras que viciam o consentimento por parte do intelecto são: a carência de uso suficiente de razão (c. 1095 n. 1); a grave falta de descrição de juízo (c. 1095

n. 2); a incapacidade de assumir os ônus essenciais do matrimônio por causas de natureza psíquica (c. 1095 n. 3); a ignorância ou do próprio matrimônio em si ou de seus elementos e propriedades essenciais (c. 1096); o erro tanto de pessoa como de qualidade direta e principalmente visada (c. 1097); o dolo usado como meio de extorquir um consentimento que se o contraente soubesse da verdade e da realidade dos fatos jamais consentiria (c. 1098).

7. Os que interferem na vontade do contraente são encontrados nos cc. 1101 a 1103. As figuras apresentadas são os vícios da exclusão total ou parcial. Note-se que a esta figura na Jurisprudência Rotal é mais conhecida como simulação, por ser um termo mais jurídico do que a exclusão. As figuras da condição contempladas no c. 1102 e a coação ou o medo especificadas no c. 1003.

8. Para o artigo interessa aprofundar os conteúdos dos vícios do intelecto provenientes da *incapacidade psíquica de contrair matrimônio do c. 1095*.

9. Neste cânón 1095, o Legislador incluiu três capítulos de nulidade matrimonial². Na prática, acolheu no texto legal as realida-

des provenientes das ciências modernas da área da psicologia e psiquiatria clínicas que incapacitam este determinado sujeito para executar atos especificamente humanos. Em última análise é o próprio direito natural que é acolhido e tutelado neste cânón, como não poderia deixar de ser. Por isso que os grandes autores e a própria Jurisprudência Rotal acolhiam estes títulos mesmo antes de constarem explicitamente no Ordenamento Jurídico.³

10. O texto original diz: "*Sunt incapaces matrimonii contrahendi: 1º qui sufficienti rationis usu carent.*"⁴

O texto em si é bem claro e não careceria de maiores explicações. Porque, nunca em tempo algum, em nossa legislação, foi considerado válido o matrimônio daquele

que não possui, no momento de contrair, o suficiente uso da razão.

11. O texto proposto nos esquemas prévios era muito complicado e complexo pelo simples fato de querer enumerar as causas de falta de uso de razão.⁵ O que não teria muito sentido, pois as ciências da saúde, como as demais ciências exatas, são evolutivas. Além do mais corria o sério risco de ser esquecida alguma patologia, por não estar suficientemente testada ou comprovada, mas tão nefasta e prejudicial ao seu portador, tanto quanto as outras.

12. O texto promulgado, optou por uma redação sóbria. Esta poderia até ser apontada como um exemplo de texto legislativo. Para o texto legal parece claro e pacífico que os indivíduos portado-

2. Com relação aos três capítulos de nulidade do c. 1095 pode-se conferir: ARZA A. *Incapacidad para asumir las obligaciones del matrimonio* in *Diritto Ecclesiastico* 4 (1980) 492-509; STANKIEWICZ A. *La incapacità psichica nel matrimonio*, in *Ephemerides Iuris Canonici* 36 (1980) 234-261; *l'incapacità psichica nel matrimonio* in *apollinaris* 53 (1980) 48-71; POMPEDDA M. F. *Ancora sulle nevrosi e personalità psicopati in rapporto al consenso matrimoniale nem diritto canonico* (Roma); SERRANO J. M. *Nuevos capitulos de nulidad del matrimonio en la jurisprudencia rotal* (Palma de Mallorca 1981); D'ANDREA L. *l'incapacità ad assumere gli oneri del matrimonio nella giurisprudenza rotale* in AA. VV. *Studi sul matrimonio canonico* (Roma

1982); ORALLO PANIZO S. *Nulidades de matrimonio por incapacidad* (Salamanca 1983); MELLI MOLINA A. *La incapacidad de asumir las obligaciones del matrimonio en la jurisprudencia de la Rota Romana*, in AA.VV. *Estudios dedicados a Juan Peset Aleixandre* (Valencia 1982); BONNET A. P. *L'incapacità personale ad attuare le proprietà essenziali*, in *Il Diritto Ecclesiastico* (1982) 313-324; POMPEDDA F. M. *Anomalie psichiche e matrimonio: nuove prospettive nella giurisprudenza rotale* (pro manuscrito) (Rieti 1982); *Maturità psichica e matrimoniale nei cann. 1095, 1096*, in AA.VV., *Il nuovo codice di diritto canonico, novità, motivazione e significato* (Roma 1983); CASTAÑO F. J. *Quaestiones selectae circa capita nullitatis matrimonii hisce diebus agitata. Exposito et critica canonis 1095 novi codicis* (Romae 1983); IZQUIERDO GUITARTE V. *Cuestiones acerca de la incapacidad para asumir las obligaciones conyugales como causa de nulidad matrimonial*, in *Revista Jurídica de Catalunya* 2 (1983) 189-207; AZNAR GIL R.F. *El nuevo derecho matrimonial canonico* (Salamanca 1983); GROCHOLEWSKI - POMPEDDA M. F. - ZAGLIA C. *Il matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico. Annotazioni di diritto canonico. Annotazioni di diritto sostanziale e processuale* (Series Studi Giuridici, I) (Padova 1984).

3. Pompedda diz a este respeito: "*dobbiamo subito affermare che esso (il c. 1095) costituisce bensì una novità normativa ma ciò in senso esclusivamente formale, poiché le tre ipotesi di incapacità a contrarre nel medesimo contemplate fanno parte ormai di una consolidata dottrina e di una unanime giurisprudenza ecclesiastica. Dobbiamo anzi dire che le tre fattispecie di nullità discendono necessariamente dalla teoria generale del consenso matrimoniale, se non addirittura dai principi del diritto naturale*" (*Maturità psichica e matrimonio nei cann. 1095 e 1096 e il nuovo codice diritto canonico. Novità, motivazione e significato* (Roma 1983) 387).

4. *Codex iuris canonici* (Libreria Editrice Vaticana - M.DCCCC.LXXXIII 192).

5. O texto de 1980 dizia: "*sunt incapaces matrimonii contrahendi: qui mentis morbo aut gravi perturbatione animi ita afficuntur ut matrimonialem consensum, utpote sufficienti rationis usu carentes elicere nequeunt*" (can. 1048).

res de insuficiente uso da razão no momento de contrair, estão incapacitados de celebrar ou contrair matrimônio. O texto não entra no mérito etiológico. Afirma e constata uma realidade: a carência de suficiente uso, independentemente das causas que o provocam.

13. Portanto, o Legislador não entra no mérito da questão para saber, se as causas são internas ou externas, se endógenas ou exógenas, se temporárias ou crônicas. O que importa é que se este determinado indivíduo no momento de manifestar seu consentimento estava sem o suficiente uso de razão, portanto incapacitado de externar e executar um ato jurídico válido.

14. O cânon não exige "total ausência" do uso da razão, mas falta de "suficiente" uso. O texto quer se referir com esta fórmula à falta ou ausência de uso proporcionado exigido para qualquer negócio jurídico sério e "a fortiori" tratando-se do matrimônio, que é um estado de vida permanente.

15. O texto legal com esta fórmula deseja assegurar a suficiente capacidade natural de "entender e querer"; capacidade esta absolutamente necessária para que o ato de consentir seja verdadeiramente um ato humano. No matrimônio este ato jurídico envolve a totalidade da vida de dois seres. Compromete duas pessoas, até que a

morte os separe, numa relação interpessoal contínua e constante, visando a construção da íntima comunhão de vida e amor.⁶

16. Como já se disse, o cânon não deseja especificar as possíveis causas de ausência ou falta de suficiente uso de razão. Sabe que estas podem ser oriundas não apenas por patologias, estritamente ditas, mas também provenientes de etiologias outras, nem sempre tão complexas quanto as primeiras, mas igualmente nocivas. Portanto, o texto legal em si, acolhe qualquer causa capaz de impedir o suficiente uso de razão. Pouco importa se a causa é endógena ou exógena, inata ou adquirida. Entre as causas exógenas mais comuns, podem ser apontados os vários tóxicos e fármacos capazes não só de embotar mas alienar por completo que os usa. Os casos mais evidentes são os de embriaguez, os de uso de drogas, os de hipnose...

Portanto, a única exigência requerida pelo número 1 do cânon para que esteja presente a figura é que o indivíduo no momento de contrair esteja privado do suficiente uso de razão.

17. No seu número 2 o cânon 1095 relaciona e inclui entre os incapazes de contrair matrimônio aqueles que no dizer da psicologia moderna padecem de falta de discricção de juízo, no momento

de contrair, não importando se é crônica ou temporária. O cânon, por outro lado, prefere contemplar o gênero, embora não exclua a espécie que corresponde à carência ou ausência de razão prática. Portanto, nestas figuras são apontados todos aqueles que por "n" razões são incapazes, no momento de consentir, de ponderar, refletir, pesar e medir. Numa palavra, incapazes de alcançar as consequências oriundas deste determinado ato jurídico.

18. A psicologia clínica aponta esta síndrome com todo seu acervo de sintomas com uma única palavra: imaturidade psico-afetiva. Se a imaturidade for antecedente e concomitante no ato de consentir, fará com que este indivíduo seja incapaz, psicologicamente falando, de assumir e de cumprir, o que está prometendo. Por mais bem intencionado que esteja, no campo da ação simplesmente estará impedido de assumir. Não porque não queira mas porque não pode. E isto por ser portador de grave anomalia que o torna incapaz de agir.

19. Nosso Ordenamento Jurídico optou pela fórmula científica de "falta de discricção de juízo" por ser mais abrangente que a ausência de razão prática. Por isso que novos e variados títulos de nulidade encontram guarida sob este capítulo. O Direito deseja respeitar e acolher a evolução científica das ciências modernas do comportamento.

20. Parece que os pioneiros, neste tema, foram os tribunais americanos a admitirem estas anomalias como título suficiente de nulidade matrimonial. Posteriormente, a própria Rota Romana. De início timidamente e com sérias oposições por parte de alguns eminentes Padres. Quem porém introduziu oficialmente o título foi a Comissão de Revisão do Código.

21. Este título aparece, oficialmente, pela vez primeira no esquema de 1975, no seu c. 296, que dizia: "*Sunt incapaces matrimonii contrahendi: qui laborant gravi defectu discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialia mutuo trahenda et acceptanda*". Esta fórmula foi do agrado da maioria, por isso não sossobrou e foi conservada no esquema de 1980.

22. Juridicamente falando, o que significa esta "falta de discricção de juízo"? Identifica-se com o conteúdo das ciências modernas ou possui um significado específico? Para poder responder a estas axiais questões há necessidade de tentar aprofundar o que a Doutrina e Jurisprudência entendem por esta expressão ou fórmula.

23. A Doutrina Canônica diz que há necessidade de distinguir esta figura das outras afins para poder-se chegar a conhecer a essência ou natureza da discricção de juízo. As figuras afins são a ignorância e a inadvertência. Serão definidas, a fim de poder-se detectar as diferenças entre estas figuras.

6. *Constituição Pastoral "Gaudium et Spes"* (in *Compendio do Vaticano II* - Vozes 1968 p. 196).

A ignorância consiste na privação habitual do conhecimento de uma realidade. Quem trata da ignorância no nosso Código é o c. 1096. A inadvertência é a privação atual do conhecimento de uma certa realidade. Note-se que a ignorância, necessariamente, inclui a inadvertência. No entanto, esta pode existir sem aquela. O defeito de discrição de juízo é uma figura diferente das duas anteriores porque pode existir conjuntamente, com o conhecimento de determinada realidade. Portanto, a primeira consequência das definições é que a "falta de discrição de juízo" de per se, opõe-se à ignorância e à inadvertência.

24. A figura da falta de discrição de juízo como tal, comporta uma divisão tripartita:

- a) a "discretio iudicci in se";
- b) o grave defeito que supõe;
- c) o objeto.

ANALISAREMOS, EM POUCAS PALAVRAS, CADA UM DESTES ITENS

a) A discrição de juízo em si. Ao tratar desta figura deve-se entrar no âmbito da chamada faculdade estimativa. Esta se exprime através de um ato de razão. A natureza específica, deste ato consiste no juízo prático. Portanto, ao abordar esta questão necessariamente, se invade o campo da ação

ou "de rebus agendis". Alguns autores confundem a discrição de juízo com a faculdade deliberativa e por isso identificam-na com a própria 'inquisitio' ou 'investigatio'. Outros entre os quais o eminente Professor Castaño⁷ acham que a 'discretio' além da função de inquirir consiste, especificamente, em 'estimar', 'ponderar', 'julgar', atentamente as possibilidades e alternativas que se apresentam. Possibilidades essas que são detectáveis, analisáveis, mensuráveis e ponderáveis. Numa palavra, possibilidades muito concretas, porque se referem a este determinado matrimônio, situado no aqui e agora. Relacionado com esta determinada pessoa concreta.

A primeira conclusão a ser tirada do que até aqui expusemos é que a discrição de juízo consiste numa maturidade psicológica não comum. Esta maturidade deve estar em correlação proporcionada ao negócio muito empenhativo e decisivo para a vida de uma pessoa como é o matrimônio.⁸

b) Quando há falta de discrição de juízo nas causas matrimoniais deve ser grave. A grave falta que incapacita os indivíduos de contrair matrimônio. O texto legal não especifica o grau de gravidade requerida para viciar um consentimento. Sequer aponta os

critérios que poderiam servir de parâmetros. Exegeticamente falando, significa que caberá à Doutrina e à Jurisprudência especificar a gravidade.⁹

c) Com relação ao objeto do grave defeito da discrição de juízo, o cânon limita-se a dizer que é constituído de direitos e deveres matrimoniais essenciais do dar e do receber. Por consequência, o objeto do defeito está incluído, como um dos múltiplos aspectos no próprio objeto do consentimento matrimonial tal como aparece no c. 1057.

25. Note-se que o grave defeito de discrição de juízo classifica-se entre os vícios do consentimento. Portanto, trata-se, em última análise de uma incapacidade natural de ordem psíquica e não de um impedimento. A consequência desta imposição é que a grave falta de discrição de juízo deverá ser antecedente e concomitante ao ato de consentir. Portanto, deverá estar presente no momento de contrair matrimônio, independentemente, da sua perpetuidade ou não.

26. O Novo Legislador ao acolher as figuras do c. 1095 tem suas exigências. Na falta de discrição de juízo diz, explicitamente, que deverá versar sobre os direitos e deveres essenciais que os esposos têm de se dar e de receber. Estes aspectos aparecem com maior ou

menor clareza, nas Sentenças ou Decisões Rotais como por exemplo c. Pompedda e c. Pinto.¹⁰ Quem os põe em evidência maior, com toda nitidez e coragem é c. Serrano¹¹, ao afirmar que, hoje, no âmbito do consentimento matrimonial deve ser incluído o posicionamento que possibilite às partes de serem os próprios agentes dos direitos e deveres. Os dois, em igualdade de condições e cooperativamente, deverão construir a própria comunhão de vida e de amor. Através do seu relacionamento inter e intra-pessoal. Na dinâmica própria do binômio do dar e do receber.

27. Desta abordagem segue-se que, paulatinamente e de modo quase imperceptível, foram-se introduzindo novos títulos de nulidade matrimonial, em consonância com a própria evolução social e do pensamento do homem moderno. Estes novos capítulos de nulidade em uníssono com o desenvolvimento das ciências humanas podem expressar de modo muito claro a incapacidade para assumir e desempenhar os ônus essenciais do matrimônio. Significando que neste matrimônio concreto e determinado os indivíduos não foram capazes de assumir os deveres conjugais essenciais por serem portadores de graves deficiências, ca-

7. Cf. CASTAÑO, *Quaestiones selectae circa capita nullitatis matrimonii hisce diebus agitata. Expositio et critica canonis 1095 novi codicis.* (Romae 1983) 106.11).

8. Cf. CASTAÑO o.c. idem.

9. Cf. Communicationes 9 (1977) 370.111).

10. Cf. *Revue de Droit Canonique* Mars-Juin 1987 p. 96.

11. Cf. SERRANO *Coram Serrano Nulidad del Matrimonio* (Salamanca 1981) 115).

rências, ou distúrbios de personalidade que os incapacitam a assumir e cumprir o que estão prometendo diante da comunidade eclesial como projeto de vida. São incapazes de se doar e por isso mesmo de receber o outro. Por isso que nesta visão e perspectiva do processo dinâmico e contínuo da interação e integração entre estes dois que se escolheram para a vida toda, podem ser apontados alguns dos elementos essenciais do matrimônio, que fazem parte da cultura do homem moderno. Por isso não é raro aparecer como fundamento de nulidade a falta de amor, de maturidade e de comunhão de vida, entre outros.

28. O homem ocidental moderno, preocupado em se desvenenhar das conseqüências nefastas de um machismo desacerbado que por muito tempo reduziu a mulher a um simples objeto, começou a cultuar certos valores e considerá-los como fundamentais no convívio de qualquer comunidade humana. No campo específico do matrimônio o respeito à dignidade do outro como pessoa, o amor, a maturidade, o companheirismo, o diálogo, entre outros, numa visão e ótica personalistas, são cultuados como requisitos vitais para o desenvolvimento e crescimento da comunidade conjugal. Estes valores são de tal modo cultuados que a sociedade ocidental moderna mais evolutiva, não tem dúvidas em considerá-los como requisitos essenciais para o

negócio jurídico sério chamado matrimônio. São de tal modo básicos que se constituem molas mestras da íntima comunhão de vida e seu adequado desenvolvimento.

29. Daí a necessidade de abordar ao menos sinteticamente uma das figuras mais polêmicas, hoje, quando se transforma em título de nulidade matrimonial. Trata-se da imaturidade. Alguns colocam-na entre as patologias psíquicas, portanto no nº 3 do cânon. Outros no nº 2 por acharem que este é o lugar mais adequado. Ambos possuem argumentos convincentes e consistentes. Para nós a falta de maturidade pertence ao nº 2 do texto legal. Portanto integra a ampla figura da falta de discrição de juízo. Por isso a maturidade é classificada no seu quadro referencial na área da valorização prática. Pois, se um determinado indivíduo não possui o grau suficiente de valorização prática, a própria carência fará com que não seja capaz de avaliar corretamente as implicações deste determinado ato.

30. A conseqüência, mais evidente desta falta de valorização é que o conhecimento fica defasado, atingindo e comprometendo não só a volição como a própria deliberação, deste sujeito. Todos estes fatores, sempre complexos e combinados, podem ocasionar e desencadear vícios de consentimento, de tal gravidade que podem torná-lo inválido.

31. A grande dificuldade está em determinar o grau e gravidade que provocarão tais conseqüências. Daí que o exame acurado do comportamento e de todas as circunstâncias de proceder são de capital importância, pois está-se lidando com a validade ou não de um Sacramento, no caso específico do Matrimônio. Note-se que não se está na área das intenções mas da ação. Portanto, não se trata de querer mas sim de poder. No caso específico do matrimônio, não se trata de querer mas sim de poder casar. Isto significa que este indivíduo deve estar ornado de um mínimo de condições necessárias para assumir seus ônus essenciais. Por isso que o cânon trata da incapacidade ou não deste determinado indivíduo bem situado no tempo e no espaço. Não se trata de um indivíduo ideal, mas real.

32. A Jurisprudência Rotal, mesmo antes do Vaticano II, começara a aceitar a evolução científica das ciências do comportamento humano. Reconhecia que a discrição de juízo era uma das capacidades do ser humano. Com o Concílio Vaticano II, esta realidade torna-se um fato irreversível. A dificuldade não está no aceitar e reconhecer, mas determinar qual o grau de gravidade que incapacita. A nova lei exige, que a falta

de discrição de juízo seja grave. É a gravidade que inviabiliza o consenso matrimonial.

33. Pompedda¹² ao explicitar o grave nas causas de nulidade matrimonial, chama a atenção, para que sejam evitados os extremos: do laxismo que considera qualquer deficiência psíquica, mesmo leve, como falta de discrição de juízo e do rigorismo que apenas a ausência total possa ser considerada título de nulidade. Ambos igualmente perniciosos tanto para a Justiça como para a própria Verdade. Quem muito pode ajudar neste campo para determinar o grau de carência são os peritos nas áreas de psiquiatria e psicologia.

34. Pompedda tenta operacionalizar a gravidade: *"Non si può tuttavia non dare un contenuto preciso, di significato strettamente giuridico a tale termine di gravità; e trattandosi di un atto specifico, cioè del consenso matrimoniale, potremo dire che sarà grave quel difetto di discrezione di giudizio il quale renda inadeguato il consenso stesso prestato nel singolo caso all'oggetto di esso, cioè ai diritti-doveri essenziali al matrimonio. Va dunque rapportata la discrezione ai diritti-doveri essenziali del matrimonio: il che comporta ulteriori problemi, primo dei quali quello di determinare siano i diritti-doveri,*

12. Cfr. POMPEDDA M. F. in *Il Codice del Vaticano II - Matrimonio Canonico* (Edizioni Dehoniane Bologna 1985) 143.

e più a monte che cosa debba intendersi per essenza del matrimonio, da cui essi traggono specificazione. Esulano evidentemente questi problemi dal tema del nostro discorso, riguardando direttamente e formalmente la nozione di consenso matrimoniale. Tuttavia non possiamo almeno indicativamente non ricordare che l'essenzialità di detti diritti-doveri discende dall'essere inclusi nell'oggetto del patto matrimoniale, quale è espresso nel can. 1055 § 1, non più ristretto nel diritto-dovere agli atti propriamente coniugali, ma allargato in una visione personalistica del matrimonio al "bene dei coniugi cui l'istituto matrimoniale per sua natura è ordinato".¹³

35. Fica claro que caberá à Jurisprudência tipificar o grau de gravidade requerido e sua aplicabilidade. Os quadros referenciais são genericamente classificados. Nem poderia ser de outra maneira, pois em cada uma das classificações anômalas existem suas espécies. A tipificação Rotal apresenta entre as anomalias uma situação bem complexa conhecida e denominada de "imaturidade".¹⁴ Esta que se deseja aprofundar e para isto necessário se faz recorrer às ciências do comportamento humano, em especial à psicologia e psiquiatria.

36. É pacífico para os psicólogos e psiquiatras que a imaturidade embora não seja, propriamente, uma doença no sentido estrito do termo, costuma ter uma etiologia bastante complexa que a maioria dos autores denomina-a, genericamente, como distúrbios da personalidade. Estas realidades são todas catalogadas como anomalias psíquicas, a variância é apenas de grau. Por isso Bersini diz: "Nel difetto di discrezione di giudizio o della facoltà estimativa proporzionata al matrimonio sono comprese tutte le mancanze di maturità psicologiche e morale che impediscono al contraente di percepire sufficientemente, la portata e il valore del patto matrimoniale."¹⁵

37. A aplicabilidade do conceito deve estar situada no campo jurídico, por isso Pompedda sublinha que o significado de descrição de juízo é bem mais amplo que o termo maturidade. A descrição de juízo abrange todos os estados psíquicos deficitários, distintos das doenças ou patologias mentais propriamente ditas. Esta explicação está em pleno acordo com o que ensina a psicologia que trata a descrição de juízo como gênero e a imaturidade como espécie. Pompedda ainda salienta que a opção pelo termo não foi uma mera questão léxica mas de conteúdo

substancial implícito. Reconhece, porém, que na prática tanto a descrição de juízo como a maturidade são usados como sinônimos.¹⁶

38. Pompedda na sua análise de conteúdos operacionaliza os dois termos *maduro* e *maturidade*, como integrantes do c. 1095 nº 2, ou seja da falta de descrição de juízo. Nas ciências psicológicas, apesar das múltiplas teorias e escolas, parece que todos estão em acordo em aceitar o posicionamento de Eric Fromm¹⁷ que definiu como maduro aquele que é capaz de se aceitar a si mesmo como é e não como gostaria de ser; capaz de aceitar o outro como é e ao mesmo tempo capaz de ter um relacionamento heterossexual estável.

39. Portanto, pode-se perceber que no próprio conceito de maturidade estão implicados o binômio do dar e receber. O indivíduo tem que sair de seu próprio ego para doar-se e ao mesmo tempo tem que reconhecer seus próprios limites para aceitar o outro que o enriquece e aperfeiçoa, sem destruí-lo. Este processo requer por sua própria natureza estabilidade, geradora de convergência e integração. Requer um contínuo aceitar-se para aceitar e doar-se para receber. Esta é a dinâmica psicológica da maturidade e em termos cristãos a mola mestra e conduto-

ra da íntima comunhão de vida e amor. Portanto, que não for capaz de se amar não poderá amar, quem não for capaz de se aceitar não poderá aceitar; quem não for capaz de se doar não poderá dar.

40. Com este posicionamento penetra-se no âmago da questão existencial-relacional acolhida na própria doutrina e no texto legal. Por isso que certas definições dadas por alguns eminentes autores deveriam sofrer uma análise crítica fenomenológica antes de serem aceitas e assimiladas, devido às graves conseqüências no campo prático, no tocante aos capítulos de nulidade matrimonial. Se maturidade for encarada como um estado terminal de perfeição, deixará de ser processo. Tornar-se-á estática e não corresponderá ao desenvolvimento evolutivo característico do ser humano.

41. Não se pode perder de vista que quando um indivíduo consente no matrimônio, seu consentimento é para este matrimônio concreto e determinado, realizado no aqui e agora. Consente para este negócio jurídico sério caracterizado entre outras coisas pelos direitos do dar e do receber, com seus respectivos deveres. Neste contexto o aceitar as obrigações equivale a assumi-las. Portanto, quem não pode aceitar os ônus matri-

13. POMPEDDA o.c. p. 143.

14. Cfr. *Revue de Droit...* o.c. p. 95.

15. BERSINI, *La Pastorale dei matrimoni falliti e le cause di nullità* (Roma 1975) 84-85).

16. Cfr. POMPEDDA o.c. 138.

17. Como este conceito é por dedução não serão citadas as várias obras de Eric Fromm.

moniais essenciais não poderá contrair, validamente, matrimônio. Há, portanto, diz Castaño¹⁸, uma correlação temporal entre as duas incapacidades.

42. Outro problema grave que o jurista enfrenta "in casu" é a incapacidade do indivíduo para cumprir os ônus essenciais que comprometeu-se a assumir, perante toda a comunidade eclesial. As obrigações objeto deste estudo devem ser substâncias e não meros acidentes. Não se trata de mera distribuição de papéis, como por exemplo a quem compete assumir as tarefas domésticas ou sustentar a casa. Trata-se direitos-deveres sem os quais a comunidade conjugal por maiores esforços que se faça estiola, por falta de alimento, como por exemplo: diálogo, companheirismo, respeito mútuo, partilha... Por isso Vidal Guitarte, muito oportunamente frisa: "... dejando bien claro ya desde ahora, que la incapacidad objeto de estas reflexiones, no consiste en una simples matrimonial, aptitudes domesticas, coloquiales etc. Sino para el cumplimiento de obligaciones y derechos esenciales de aqui que se centran en aquel tipo de incapacidad para constituir una verdadera relación entre el hombre y la mujer con entrega normal de afectividad de una mi-

nima realización en el plano sexual que comporta un intercambio normal del mismo que implique posibilidades oblativas de la persona en cuanto tal."¹⁹

43. Com tudo o que até aqui foi exposto chega-se à conclusão que o "consortium totius vitae et amoris" (c. 1055) que nasce do consentimento matrimonial, não é apenas, um conjunto de direitos e deveres mas na sua essência inclui outros elementos que ultrapassam de longe o mero valor jurídico. Significando que o objeto do consentimento matrimonial é bem mais amplo que a simples relação direito-dever, ainda que esta seja essencial. Por isso Pompèdda afirma: "É evidente che la realtà "matrimonio" ha delle implicazioni dottrinali, filosofiche, economiche, legali, sociali, morali, spirituali e religiose di altissimo significato umano e cristiano: non è però necessario che i nubenti abbiano raggiunto — e si ricordi quanto sopra si notava sul concetto di "maturità" — una piena conoscenza e un'assoluta valutazione di tutto ciò. L'incapacità di cui si parla soltanto allora si verificherà quando uno o entrambi i nubenti siano affetti di grave difetto di discrezione di giudizio, cioè da grave carenza critico-valorativa circa l'oggetto del consenso. Quindi non

una qualsiasi leggerezza o fragilità psichica può indurre tale incapacità. ...Discrezione di giudizio tuttavia — e non può essere altrimenti particolarmente ove si tratta di consenso matrimoniale che è, ripetiamolo, atto di volontà — non significa soltanto un discernimento intellettuale, anche se critico, cioè valutativo; comporta invece anche la libertà interna nel deliberare."²⁰ Segue-se daí que o vício do consentimento da falta de discrição de juízo deve estar sempre presente no momento de contrair, independentemente de ser ou não perpétuo.²¹

44. Completando o estudo dos conteúdos do c. 1095, resta abordar o inciso do seu número 3. Trata da incapacidade de assumir os ônus essenciais do matrimônio por causa de natureza psíquica.

45. Este novo título de nulidade matrimonial origina-se de certas anomalias que se referiam à esfera sexual do matrimônio. Nesta incapacidade não se trata, como nas anteriores dos nn. 1 e 2 do cânon, de defeito de consentimento, mas do objeto do matrimônio. Portanto, sua força invalidante está radicada no próprio direito natural. Este foi acolhido, como não poderia

deixar de ser, tanto pelo Direito Romano como pelo Eclesiástico. Já nas Decretais de Bonifácio VIII, na sua Regra VI encontra-se o "ad impossibilia nemo tenetur"²².

46. Esta incapacidade era reducionista nos primórdios, pois a Jurisprudência Rotal, considerava, apenas, como título de nulidade as amências ou demências sexuais. Portanto, as anomalias ou desvios sexuais como: a homossexualidade, a ninfomania, a satiríase, o masoquismo, o sadismo etc. Todos estes distúrbios eram classificados, genericamente, na expressão latina de "insania in re uxoria". Esta figura era contemplada e descrita ora como exclusão da fidelidade, ora como impotência psíquica e/ou moral.²³

47. Após o Concílio Vaticano II uma corrente da própria Jurisprudência Rotal começou a fundamentar esta incapacidade, na falta de objeto para o matrimônio, posto que seu portador não era capaz de compartilhar a vida sexual digna e humana. Por isso estava impossibilitado de consórcio e de autêntica comunhão de vida.²⁴

48. A Jurisprudência evoluiu. A tendência era ampliar estas inca-

18. Cfr. CASTAÑO. *Quaestiones Selectae circa capita nullitatis matrimonii hisce diebus agitata. Expositio et critica canonis 1095 Novi Codicis.* (Romae-1983) 106).

19. VIDAL GUITARTE, *Cuestiones acerca de la nulidad del matrimonio por incapacidad*, p. 194.

20. POMPEDDA o.c. 140-141.

21. Cfr. c. Pinto in *Periodica* 61 (1972) 439.

22. Cfr. NAVARRETE U. *Incapacitas onera uti autonomum nullitatis matrimonii caput* in *Periodica* 61 (1972) 47-80 et AA.VV. *Perturbazioni psichiche nel consenso matrimoniale nel diritto canonico.* (Roma-1986) 113-136).

23. Cfr. c. Sabattani de 21.6.1957 (RRD Vol. XLIX 503 n. 5); c. Lefebvre de 19.12.1959 (RRD Vol. LI 620 n. 4); c. Anné de 25.2.1969 (RRD Vol. LXI 47-54); c. Pinto de 20.11.1968 (RRD vol. LXI 1024-1031).

pacidades abrangendo não apenas as anomalias sexuais, mas também, todas aquelas de caráter psíquico que tornavam impossível o consórcio da vida conjugal. Para aprofundar este ponto podem ser consultadas várias Decisões Rotais desta época.²⁵ A nova lei ao aceitar a própria evolução científica foi bem mais abrangente, pois substituiu a fórmula 'anomalias psicosexuais' por 'causas de natureza psíquica'. Estas compreendem uma gama maior de distúrbios, não apenas da sexualidade mas da própria personalidade. Ambos bem estudados, classificados e operacionalizados pelos tratados de Patologia Clínica.²⁶

49. Pode-se constatar que o n. 3 do c. 1095 teve um 'iter' longo e trabalhoso antes de chegar à sua redação final. Todos os qualificativos dos esquemas anteriores foram substituídos pela fórmula "*por causas de natureza psíquica*". O texto atual não se limita a estas causas dos campos dos desvios da sexualidade mas vai além, como já foi dito.²⁷ Brevemente, pode-se acompanhar o processo evolutivo deste texto legal. No esquema de 1975 falava-se de "*grave anomalia psíquico-sexual*". No de 1980 de "*grave anomalia psíquica*". No texto promulgado optou-se por uma fórmula bem mais genérica, isto é,

"*por causas de natureza psíquica*". Portanto, esta fórmula é bem mais ampla do que as anteriores, pois estende-se a toda a etiologia oriunda dos tratados de patologia clínica. Em outras palavras trata-se da semiologia dos quadros comprovadamente patológicos num sentido mais amplo, englobando, como já foi dito, tanto os desvios da sexualidade como os da personalidade.²⁸

50. Por isso que caberá à Patologia Clínica dar o quadro referencial: diagnóstico e prognóstico deste determinado indivíduo no momento de consentir. Os laudos periciais exigidos são para tutelar tanto os direitos individuais como os sociais. Constituem-se em grande auxílio para a reta administração da justiça eclesiástica, em particular para as causas de nulidade matrimonial. As funções do perito em comportamento humano serão: detectar a etiologia específica de natureza psíquica, no momento de consentir. Se de fato esta era antecedente e concomitante à manifestação do consentimento. Diagnosticar pericialmente e apenas pericialmente, se esta patologia contida nos tratados de medicina legal canônica, de psiquiatria ou de psicologia clínica, influenciou de maneira tal que incapacitou este determinado indivíduo de assumir os ônus essenciais do matrimônio.

51. Neste campo da Medicina Legal, no sentido descrito acima, o Legislador requer laudos periciais para se evitar possíveis injustiças. A finalidade precípua, desta exigência é tutelar a fama e a honra dos envolvidos. Por outro o Legislador determina qual é a função do perito, como foi dito e não faz mal repetir, não é a de julgar, mas sim a de avaliar e a de caracterizar a etiologia concreta gerada por esta determinada causa de natureza psíquica. A função do perito é colocar toda sua ciência e habilidade em prol da Justiça, esclarecendo os fatos na Verdade, provando que tal anomalia era de tal gravidade que incapacitou este determinado indivíduo para o negócio jurídico sério chamado matrimônio. O perito tem obrigação de dizer e provar se a anomalia estava ou não presente no momento de consentir. Portanto, se era antecedente e concomitante ao ato do consentimento. Ao se verificar tal hipótese, a consequência grave será um consentimento viciado, devido à falta de condições de quem o emitiu.

52. Não é fácil compreender como possam aparecer estas anomalias psíquicas, uma vez que, na maioria das vezes, as faculdades superiores permanecem hígdas. Por isso que alguns defendem que o n. 3 do c. 1095, propriamente falando, não se constituiria em novo título de nulidade, mas estaria contido na grave falta de discrição de juízo. Os argumentos de ambas as posições são sólidos e consistentes. A primeira teoria é defendida pelo eminente Serrano²⁹. A segunda entre outros está o célebre Navarrete. Este defende os mais diversos tipos de nulidade.³⁰

53. A norma possui alguns tópicos que merecem um aprofundamento maior. Entre os quais a questão da impossibilidade de assumir as obrigações essenciais. Esta incapacidade deverá estar sempre presente no momento de consentir ou em outras palavras no nascedouro do matrimônio. Portanto, a primeira consequência grave é que a impossibilidade de assumir as obrigações

25. Cf. c. Anné de 17.1.1967 (RRD Vol. LIX 23-26); ibid de 15.2.1969, 183-185 nn. 16-18); c. Serrano de 5.4.1973 (RRD Vol. LXV 323-324) ibid de 9.7.1976 n. 4; ibid de 4.3.1977 n. 5.

26. Cf. Communicationes 9 (1977) 370-371.

27. Cfr. STANKIEWICZ *L'incapacità psichica nel matrimonio canonico: terminologia, criteri* in Apollinaris 53 (1980) 69.

28. Cf. STANKIEWICZ A. *L'incapacità psichica nel matrimonio: terminologia, criteri* in Apollinaris 53 (1980) 69. No mesmo sentido: manifesta-se AZNAR GIL R. F. quando diz: "*Esta interpretación amplia viene avalada por el hecho de que en la anterior formulación se decía gravem anomaliam psichicam-Schema 1980, can. 1048,3 - y en la formulación definitiva se cambió por la actual expresión que es mas amplia*". *El nuevo derecho matrimonial canonico* (Salamanca 1983) 272 nota 21

29. Cfr. SERRANO c. Serrano 5.4.1973 (RRD Vol. LXV 323-324 nn. 3-15).

30. Cfr. NAVARRETE, *Problemi sulla autonomia dei capi di nullità del matrimonio per difetto di consenso causato da perturbazioni della personalità* in Periodica 61 (1972) 130-132.

24. Cfr. c. Anné de 17.1.1967 (RRD Vol. LIX 23-26); ibid. de 15.2.1969, 183-185 nn. 16-18); c. Serrano de 5.4.1973 (RRD Vol. LXV 323-324) ibid de 9.7.1976 n. 4; ibid de 4.3.1977 n. 5.

essenciais, incapacitará este indivíduo de contrair matrimônio. Esta é a razão porque o cânon inicia com as palavras: "São incapazes de contrair matrimônio".

54. Note-se que este é um ponto contravertido, devido ao objeto da impossibilidade de assumir os ônus essenciais. Não se pode esquecer que ônus é correlativo a dever-direito. Por isso que o objeto do consentimento matrimonial consiste no ato mediante o qual os esposos "com um pacto irrevogável" se dão e se aceitam mutuamente para constituir o matrimônio. (cfr. c. 1057 § 2). Com esta frase o Legislador deixou de lado a fórmula do antigo Código do "ius in corpus" do antigo c. 1081 § 2. O matrimônio hoje, é descrito como "consortium totius vitae"; isto supõe uma relação inter e intra-pessoal, que inclui a totalidade de duas vidas que se doam mutuamente para constituir e construir uma comunidade de amor, contida na expressão bíblica de uma "só carne".

Por isso que os ônus essenciais incluídos no objeto do matrimônio são, talvez, o aspecto mais importante sob o ponto de vista jurídico. Trata-se, portanto, de ônus que atingem a própria essência do "consortium" matrimonial.³¹

55. Castaño e Hervada³² atestam que não é possível alguém ser capaz de consentir, se ao mesmo tempo não for capaz de assumir as obrigações essenciais do matrimônio. Provam dizendo que quando alguém consente no matrimônio, consente para este matrimônio concreto e determinado, isto é consente para um negócio jurídico bem caracterizado entre outras pelos direitos e deveres que se devem dar e receber reciprocamente. Para eles aceitar os ônus é a mesma coisa que assumí-los. Portanto quem não puder assumí-los não poderá contrair. Por isso defendem a correlação temporal entre as duas incapacidades: a de contrair e a de assumir. Vidal Guitarte³³ representando outra corrente de pensamento de-

clara: "son cosas y capitulos bien diferentes, el de la incapacidad para prestar el consentimiento y la incapacidad para prestar el objeto de este".

56. Daí surge a questão contravertida de saber se é lícito distinguir as duas capacidades de assumir e de cumprir. Saber se o cumprimento das obrigações é apenas teórico ou supõe o aspecto da execução, mesmo que seja material, num indivíduo portador de patologia psíquica, que se provado, o incapacitaria para a ação. Os posicionamentos dos autores tem respostas diferentes, dependendo dos pontos de fundamentação. Há os que se baseiam na própria letra do cânon, e asseveram que a possibilidade de assumir deve estar presente no momento de contrair. Dizem que a razão de ser deste posicionamento é por se tratar de um dos vícios de consentimento. Por isso que no momento de consentir o indivíduo deve poder cumprir aquilo que está assumindo. Caso contrário seu assumir estaria desprovido de conteúdo.

57. A posição contrária, a nosso ver, parece mais condizente com a própria realidade existencial, pois no momento do consentimento o indivíduo tem a intenção de assumir e cumprir, mas no cotidiano não sabe se está capacitado para

tal, mesmo porque este indivíduo "in casu" é portador de um grave distúrbio ou da sexualidade ou da personalidade. Portanto, este ponto não é nada pacífico. Cada um posiciona-se em conformidade com sua ótica e embasamento filosófico-teológico. Portanto, implica no ponto de partida ideal e real. Constatata-se que na prática, ambas posições trarão sérias e graves consequências, principalmente para as causas matrimoniais.

58. Como é obvio, caberá aos Tribunais aplicar em cada caso concreto e cada caso é um caso, as normas contidas no texto legal, para poder-se dispor de critérios claros de Jurisprudência numa matéria que ao menos como texto legal é nova. Caberá à Jurisprudência determinar quais são os chamados ônus acidentais, evitando-se assim uma interpretação demasiadamente ampla do texto. Uma coisa é certa: os ônus não entram neste título de nulidade, nem podem dirimir o matrimônio.

31. Assim diz Vidal Guitarte, citado por Orallo: "Dejando bien claro, ya desde ahora, que la incapacidad objeto de estas reflexiones, no consiste en una simple ineptitud para lo accidental y epidérmico de la vida matrimonial: aptitudes domesticas, coloquiales etc... sino para el cumplimiento de obligaciones y derechos esenciales; de aqui que se centra en aquel tipo de incapacidad para consituir una verdadera relación entre el hombre y la mujer, con entrega normal de afectividad, de una mínima realización en el plano sexual que comporte un intercambio normal del mismo, que implique posibilidades oblativas de la persona en cuanto tal". VIDAL GUITARTE, *Cuestiones acerca...* p. 194 in ORALLO PANIZO S. *Nulidades de matrimonio por incapacidad* (Salamanca 1982), 264).

32. Cf. CASTAÑO, *Dispense sul diritto matrimoniale sostantivo nel Nuovo Codice di Diritto Canonico* (Angelicum 1986) 110 e HERVADA J. *El matrimonio y la familia*. IV Jornadas chilenas de derrecho natural, in *Revista Chilena de Derecho* 7 (1980)65).

33. VIDAL GUITARTE, *Cuestiones acerca de la incapacidad para asumir las obligaciones conyugales como causa de la nulidad matrimonial* in *Revista Juridica de Catalunya*, 2 (1983) 189-207. Em prol de sua tese cita FAILDE GARCIA J. *Algunas sentencias y decretos* (Salamanca 1981) 147 e *Nulidad del Matrimonio* in "Curso de derecho matrimonial y procesal canonico para profesionales del Foro", 5 (Salamanca 1982)122).

Côn. Dr. Martin Segú Girona é Presidente do Tribunal Eclesiástico Regional de São Paulo e Professor de Direito Canônico da Faculdade de Teologia N. S. da Assunção.

Endereço:

Av. Nazaré, 993
CEP 04263-100
Ipiranga — São Paulo.