

O Pentateuco é chamado pelo povo de Israel, de “canônico”, no sentido de inspiração divina, para a Igreja o código de Direito “Canônico” é no sentido de “regras ou normas de vida”. Os livros canônicos – inspirados – para a Igreja são os escritos do Novo Testamento.

Se fosse possível não considerar o fundamento teológico do Pentateuco, as razões históricas, a vivência do povo de Israel, o fenômeno de sua prática religiosa, já, por si só, legitimaria a autoridade de Torá para o povo judeu e, portanto, respeitada por outros povos.

O mesmo se pode dizer da Igreja e seu atual Código de Direito Canônico. Esse fenômeno jurídico, que se desenvolve nos vinte séculos de sua história, é parte integrante de sua natureza e, portanto, confere legitimidade à sua autoridade e, por isso, pode afirmar que à Igreja “compete o dever e o direito originário de pregar o Evangelho a todos os povos, independente de qualquer poder humano, mesmo usando os seus próprios meios de comunicação social.

Compete à Igreja anunciar sempre, e por toda parte, os princípios morais, mesmo referentes à ordem social, e pronunciar-se a respeito de qualquer questão humana, enquanto o exigirem os direitos fundamentais da pessoa humana ou a salvação das almas “(C. 742 § 1 e 2)”.

Por que refletir na legitimidade do Pentateuco e no atual Código de Direito Canônico? Primeiro porque após séculos as leis judaicas e a promessa de Deus a Abraão, contidas no Pentateuco, são sagradas para o povo judeu e, até hoje, esse povo reivindica sua legitimidade diante de todas as nações, até diante da ONU. É a ONU que em 1.947 determina a criação do Estado de Israel, reconhecendo assim a legitimidade da Torá, “o povo de Israel tem direito à sua pátria”, essa afirmação é nada mais, nada menos, que o reconhecimento da legitimidade histórica, fundamentada no contexto teológico, do Pentateuco ou da Torá.

A mesma legitimidade, pelas mesmas razões e por outras inerentes à Igreja, reivindica a sua autoridade e o reconhecimento da legitimidade do Código de Direito Canônico diante de todos os povos e nações.

Côn. Dalto Caran é doutor em Teologia.

Leciona na Pontifícia Faculdade de Teologia Nossa Senhora da Assunção.

OS VÍCIOS DE CONSENTIMENTO MATRIMONIAL E O CÂNON 1095 DO NOVO CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO DE 1983

Côn. Dr. Martin Segú Girona

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, porque do consentimento origina-se o Sacramento do Matrimônio, 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: “vício” de consentimento. Os vícios do consentimento costumam ser classificados pelos vários autores em duas categorias, isto é, os que impedem o nascimento do consentimento e os que o “maculam ou viciam”¹.

Na primeira categoria, deparamos com a própria ausência do consentimento; na segunda, bem mais complexa, o consentimento existe, mas sofre de alguma patologia. Por isso mesmo que esse consentimento padece de algum vício. Para um aprofundamento maior dessa questão, pode-se recorrer ao próprio GIACCHI².

Todas as legislações do mundo, por mais diversas que sejam, determinam, claramente, em que consistem os vícios de consentimento e quais são. Essa matéria é tão grave e complexa que atinge a própria validade do matrimônio. Daí a importância e peso desse tema para as causas de nulidade matrimonial em geral, contempladas nas diversas legislações. Devemos salien-

¹ Cf. GIACCHI O, *Il Consenso nel matrimonio canonico* (Milano 1983³) cap. II, III e IV.

² *Idem*.

tar porém, que para nós, o que mais nos interessa é a canônica e, ainda mais específica e limitada aos “vícios” contidos no cânon 1095³.

Mister se faz, porém, apresentar sinteticamente os diversos vícios para propiciar ao leitor uma visão de conjunto e principalmente, para saber e conhecer como o Novo Código de rito latino aborda essa questão.

Os vícios de consentimento, no Novo Código de Direito Canônico, quando comparados com as outras legislações em vigor, chega-se à conclusão de que são mais realistas e melhor adequados à dimensão humana e inter-pessoal do matrimônio. No Código de 1983, o legislador introduziu dois novos cânones, que não constavam no velho Código de 1917.

Trata-se, especificamente, dos cânones 1095 e 1098⁴. No primeiro desses cânones englobam-se e consideram-se, pelo novo Legislador, as mais variadas patologias clínicas, abordadas tanto pela psiquiatria como pela psicologia clínica. Todos esses quadros clínicos prodômicos, são complexivamente atingidos com a qualificação genérica de incapacidade. Por isso que o texto legal dirá que são incapazes de contrair matrimônio...⁵.

No segundo cânon, nosso Ordenamento Jurídico apresenta a figura do dolo, que quando perpetrado por alguém, visando ao consentimento da outra parte, acaba por torná-lo inválido e conseqüentemente faz com que o casamento celebrado *coram Ecclesia*⁶, de fato não exista, e por isso mesmo pode

³ C. 1095 – São incapazes de contrair matrimônio: 1º - os que não têm suficiente uso de razão; 2º - os que têm grave falta de discrição de juízo a respeito dos direitos e obrigações essenciais do matrimônio, que se devem mutuamente dar e receber; 3º - os que não são capazes de assumir as obrigações essenciais do matrimônio, por causas de natureza psíquica.

⁴ C. 1098 - quem contrai matrimônio, enganado por dolo perpetrado para obter o consentimento matrimonial, a respeito de alguma qualidade da outra parte, e essa qualidade, por sua natureza, possa perturbar gravemente o consórcio da vida conjugal, contrai invalidamente.

⁵ C. 1095.

⁶ C. 1108.

ser declarado nulo o ato celebrado, quando se apresentam as provas em contrário, pois a presunção no caso é sempre pela validade e não pela nulidade, pois o matrimônio goza do favor do direito, enquanto não se prova o contrário⁷. Quem admite prova em contrário é o instituto da presunção.⁸

Note-se, porém, que os vícios de consentimentos não são os únicos a invalidar o matrimônio, além desses, o matrimônio pode ser inválido por ter sido contraído com um impedimento dirimente que, de per si, torna a pessoa inábil⁹; portanto, um matrimônio contraído com algum dos impedimentos dirimentes¹⁰, em nosso Ordenamento Jurídico, padecerá de invalidade. Há ainda outro defeito invalidante do matrimônio que é o erro de forma canônica¹¹.

Aqui se deseja aprofundar, apenas alguns vícios decorrentes dos conteúdos do c.1095, que são de tal monta e graves que incapacitam o indivíduo ao externar seu consentimento, tornando-o inválido. Mas antes de adentrarmos nesses conteúdos propriamente ditos, é bom, salientar, a título de recordação, que os vícios de consentimento podem-se originar tanto do intelecto¹² como da própria vontade¹³, portanto os vícios têm dupla fonte.

Para facilitar a visão de conjunto, apresentaremos cada um deles nas suas diversas figuras. No tocante ao intelecto, os vícios de consentimento, inseridos no nosso Ordenamento Jurídico são: a carência de uso suficiente de razão¹⁴; a grave falta de discrição de juízo para assumir os ônus essenciais do matrimônio do dar e do receber¹⁵; a incapacidade de assumir as obrigações

⁷ C. 1060 – O matrimônio goza do favor do direito; portanto, em caso de dúvida, deve-se estar pela validade do matrimônio, enquanto não se prova o contrário.

⁸ Cc. 1584-1585.

⁹ C. 1073 – O impedimento dirimente torna a pessoa inábil para contrair validamente o matrimônio.

¹⁰ Cf. cc. 1083-1094.

¹¹ Cf. C1108 e ss.

¹² Cc. 1095-1098.

¹³ Cc. 1101-1103.

¹⁴ C. 1095 n.1.

¹⁵ C. 1095 n.2.

essenciais do matrimônio por causas de natureza psíquica¹⁶; a ignorância do próprio matrimônio em si, ou então, de seus elementos e propriedades essenciais¹⁷; o erro tanto de pessoa como de qualidade direta e principalmente visada¹⁸; o dolo usado como meio de extorquir um consentimento que se o contraente soubesse a verdade e a realidade dos fatos jamais consentiria¹⁹. Os vícios de consentimento que interferem na vontade do contraente, em nosso Ordenamento Jurídico são: a exclusão (simulação²⁰) total ou parcial²¹. As condições impostas a um consentimento podem viciá-lo e por isso mesmo não são admitidas pelo nosso Legislador²², pois o consentimento deve ser livre e espontâneo, isento de coações e medos²³.

Após essa visão de conjunto, para o artigo, interessa aprofundar os conteúdos dos vícios do intelecto provenientes das diversas incapacidades inseridas no próprio texto legal, em que o Legislador incluiu nos três capítulos toda a psico-patologia atual, oriunda das ciências específicas²⁴, porque nosso

¹⁶ C. 1095 n. 3.

¹⁷ C. 1096.

¹⁸ C. 1097.

¹⁹ C. 1098.

²⁰ Note-se que na jurisprudência Rotal é utilizado o termo simulação pelo simples fato de possuir uma conotação mais jurídica do que a exclusão.

²¹ C. 1101.

²² C. 1102.

²³ C. 1003.

²⁴ Com relação aos três capítulos de nulidade do c. 1095, podem-se conferir diversos graves autores, sendo que a literatura hoje é muito extensa apresentaremos apenas alguns entre muitos. 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 Apoilinaris 53 (1980) 48-71; POMPEDDA M. F. Ancora sulle nevrosi e personalità psicopatici in rapporto al consenso matrimoniale nel 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 del matrimonio por incapacidad (Salamanca 1983); MELIÀ MOLINA A. La incapacidad de asumir las obligaciones del

Ordenamento Jurídico, na prática, acolheu no texto legal as realidades provenientes das ciências modernas - da área da psicologia e psiquiatria clínicas - que incapacitam esse determinado sujeito para executar atos especificamente humanos. Em última análise, é o próprio direito natural que é acolhido e tutelado nesse cânon, como não poderia deixar de ser. Por isso que os grandes autores²⁵ e a própria Jurisprudência Rotal acolhiam esses títulos, mesmo antes de constarem explicitamente no Ordenamento Jurídico²⁶.

O texto original diz: “Sunt incapaces matrimonii contrahendi: 1º qui sufficienti rationis usu carent.”²⁷. O texto, em si, é bem claro e não careceria

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 canoni. 1095. 1096. in AA.VV., Il nuovo codice di diritto canonico. novità motivaziane e significato. (Roma 1983); CASTANO E. J. Quaestiones selectae circa capita nullitatis matrimonii hisce diebus agitata. Expositio et critica canonis 1095 novi codicis (Romae 1983) et Legislación matrimonial de la Iglesia (Editorial San Esteban 1994) pp.258-290; 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. - ZAGGLIA C. Il matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico. Annotazioni di diritto sostanziale e processuale (Series Studi Giuridici, 1) (Padova 1984). GUTIERREZ ANDRÉS D. Leges Ecclesiae post codicem iuris canonici editae vol. IX, nn. 5743; 5672; 5695; 5700; 5754; 5756; 5724; 5747; 5718; 5710; 5757; 5697; 5707; 5748.

²⁵ 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 consotidata dottrina canonistica 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”. In: Maturità psichica e matrimonio nei can. 1095 e 1096 e il nuovo codice di diritto canonico. Novità, motivazione e significato (Roma 1983) 387.

²⁶ Cf. GUTIERREZ ANDRÉS D. Leges Ecclesiae post codicem iuris canonici editae vol. IX, nn. 5743; 5672; 5695; 5700; 5754; 5756; 5724; 5747; 5718; 5710; 5757; 5697; 5707; 5748.

²⁷ Codex Iuris canonici (Libreria Editrice Vaticana 1983) 192.

de maiores explicações, pois, nunca em tempo algum, em nossa legislação, foi considerado válido o matrimônio daquele que não possui, no momento de contrai-lo, o suficiente uso da razão. O texto proposto nos esquemas prévios era muito complicado e complexo pelo simples fato de querer enumerar as causas de falta de uso de razão²⁸. O que não teria muito sentido, pois as ciências da saúde, como as demais ciências exatas, são evolutivas. Além do mais, corria-se 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.

Por isso, nosso Legislador sabiamente, no texto promulgado, optou por uma redação sóbria, que muito bem poderia até ser apontada como um exemplo de texto legislativo. Para o texto legal, parece claro e pacífico que os indivíduos, portadores de insuficiente uso da razão no momento de contrair, estão incapacitados de celebrar, em outras palavras, de unir-se em matrimônio. O texto não entra no mérito etiológico, nem dos quadros referenciais da questão. Nosso Ordenamento Jurídico limita-se a afirmar e a constatar uma realidade, aqui e agora, isto é, esse determinado indivíduo é portador de uma carência de suficiente uso, independentemente das causas que o provocam e mesmo da sua temporalidade, se é passageira ou é habitual, isto porque tanto uma como a outra inabilitam esse determinado indivíduo por não ser compôs sui²⁹. 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 esse determinado indivíduo no momento de manifestar seu consentimento estivesse sem o suficiente uso de razão, estaria também, conseqüentemente, incapacitado de externar, melhor dizendo, de agir ou de executar um ato jurídico válido.

²⁸ O texto de 1980 dizia: "sunt incapaces matrimonii contrahendi: qui mentis morbo aut gravi perturbatione animi ita afficiuntur ut matrimonialem consensum, utpote sufficienti rationis usu carentes elicere nequeunt". C. 1048 do esquema de 1980.

²⁹ C. 99 – Todo aquele que não tem habitualmente o uso da razão, considera-se não cômico de si e é equiparado às crianças.

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

O texto legal com essa fórmula deseja assegurar a suficiente capacidade natural de "entender e querer", capacidade esta, absolutamente necessária para que o ato de consentir se constitua num ato, verdadeiramente, humano. No matrimônio, porém, esse ato jurídico é de importância tal que envolve a totalidade da vida de dois seres. Compromete duas pessoas, até que a morte os separe, numa relação inter-pessoal, contínua e constante, visando à construção da íntima comunhão de vida e amor³⁰. Como já se disse, mas é necessário salientar uma vez mais, que o nosso Legislador, neste cânon, não deseja especificar as possíveis causas de ausência ou carência de suficiente uso de razão. Sabe que as causas que provocam esse estado podem ser tanto passageiras e temporárias como crônicas ou permanentes, podem ser oriundas de patologias, estritamente ditas, como também provenientes de etiologias outras, nem sempre tão complexas quanto às 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, drogas e fármacos, capazes não só de embotar, mas alienar por completo quem os usa. Os casos mais evidentes e palpáveis são os de embriaguez, os de uso de drogas, os de hipnose e outros mais. Portanto, a única exigência requerida nesse cânon no seu número 1, no nosso Ordenamento Jurídico, é que esta figura esteja presente nesse(s) determinado(s) indivíduo(s) no momento exato de externar o consentimento, ou seja, no momento de contrair esteja(m) privado(s) do suficiente uso de razão.

Passemos agora a analisar e aprofundar os conteúdos do número 2 do mesmo cânon 1095. Antes de mais nada, devemos observar que o texto legal

³⁰ Cf. Constituição Pastoral "Gaudium et Spes" in Compêndio do Vaticano II — Vozes 1968² pp.196.

relaciona e inclui, entre os incapazes de contrair matrimônio, aqueles que no dizer da psicologia moderna, padecem de falta de discrição de juízo, no momento exato de consentir, não importando, uma vez mais, se essa deficiência é crônica ou temporária. O cânon, aqui, optou por contemplar o gênero, embora não exclua a espécie que corresponde à carência ou ausência de razão prática. Portanto, nessas figuras são apontados todos aqueles que por inúmeras razões são incapazes, no exato momento de contrair, de ponderar, refletir, avaliar, pesar e medir. Numa palavra, incapazes de alcançar as conseqüências oriundas desse determinado ato jurídico, ou no caso desse negócio sério chamado matrimônio.

Tanto a psicologia clínica como a psiquiatria, baseadas nos autores e nos vários tratados da psicologia do desenvolvimento, bem como os de psicopatologia, com seus vários quadros referenciais, apontam esta síndrome, sem hipótese alguma de serem reducionistas, com todo seu acervo de sintomas, com uma única palavra: imaturidade psíco-afetiva. Se a imaturidade prodômica for antecedente e exacerbada no ato de consentir, fará com que esse indivíduo se torne, jurídica e psicologicamente, incapaz de assumir e, conseqüentemente de cumprir, devido à própria grave falta de discrição de juízo concomitante, o que está prometendo. Por mais bem intencionado que esteja, no campo da ação, esse ou esses indivíduos, simplesmente, estarão impedidos de assumir; não porque não queiram, mas porque não podem. E isto por serem portadores de grave anomalia que os tornam incapazes de agir.

Nosso Ordenamento Jurídico, para expressar toda essa realidade, optou pela fórmula científica de “falta de discrição de juízo” por ser mais abrangente que a ausência de razão prática. Por isso que novos e variados títulos de nulidade encontram guarida sob esse capítulo³¹. O Direito deseja respeitar e acolher a evolução científica das ciências modernas do comportamento.

Parece que os pioneiros, neste tema, foram os tribunais americanos, que admitiram essas anomalias como título suficiente de nulidade matrimonial.

³¹ Cf. SERRANO RUIZ J.M. Nulidad del Matrimonio coram Serrano (Salamanca 1981).

Posteriormente, a própria Rota Romana. Quem, porém introduziu oficialmente o título foi a Comissão de Revisão do Código³². Este título aparece explicitamente no esquema de 1975, que dizia: “Sunt incapaces matrimonii contrahendi: qui laborant gravi defectu discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialia mutuo trahenda et acceptanda”³³. Esta fórmula foi do agrado da maioria, por isso não soçobrou e foi conservada no esquema de 1980. No entanto, cabe aqui uma questão, afinal de contas, em termos jurídicos e técnicos, o que de fato significa a “falta de discrição de juízo”? Identifica-se com o conteúdo das ciências modernas ou possui um significado específico?

Para poder responder a essas axiais questões, há a necessidade de tentar aprofundar o que a Doutrina e Jurisprudência entendem por essa expressão ou fórmula. A doutrina canônica diz que há necessidade de distinguir esta **figura** das outras afins, a fim de chegar a conhecer a essência **ou natureza** da discrição de juízo³⁴. As figuras afins são a ignorância e a inadvertência. Serão definidas com o propósito de detectar as diferenças entre elas. 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 realidade³⁵. 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 conseqüência das definições é que a “falta de discrição de juízo”, de per si, opõe-se à ignorância e à inadvertência. A figura da falta de discrição de juízo, como tal, comporta uma divisão tripartida: a “discretio iudicii in se”, o grave defeito e seu objeto.

³² CASTANO E. J. Legislación matrimonial de la Iglesia (Editorial San Esteban 1994) pp. 258-290.

³³ Esquema 1975 c. 296.

³⁴ CASTAÑO. idem.

³⁵ CASTAÑO. idem.

Analisaremos, em poucas palavras cada um desses itens. A discricção de juízo em si³⁶. Castaño diz, claramente que ao tratar dessa figura, deve-se entrar no âmbito da chamada faculdade estimativa. Esta se exprime através de um ato da razão. A natureza específica desse ato consiste no juízo prático. Portanto, ao abordar essa questão, necessariamente se invade o campo da ação ou de rebus agendi. Alguns autores, diz Castaño³⁷, confundem a discricção de juízo com a faculdade deliberativa e por isso identificam-na com a própria 'inquisitio' ou investigatio'. Outros 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 esse determinado matrimônio, situado no aqui e agora, pois não existem dois matrimônios iguais, embora as partes que o contraíam possam ser portadoras de grave falta de discricção de juízo antecedente e concomitante. Esses princípios jurídicos devem ser relacionados com os fatos e circunstâncias que aconteceram nesse determinado casamento.

A primeira conclusão a ser tirada do que até aqui expusemos é que a discricção de juízo consiste numa maturidade psicológica não comum. Esta maturidade deve estar em correlação proporcionada ao negócio de forma muito emprenhada e decisiva para a vida de uma pessoa - como é o matrimônio³⁸.

Quanto ao objeto da falta de discricção de juízo, dissemos que deve ser grave. Este fator, isto é, é a gravidade ou a exacerbação que incapacita os indivíduos de contrair matrimônio. Portanto, embora estejamos no campo da prodômica (dos graus), infelizmente, o texto legal não especifica o grau de

³⁶ CASTAÑO. *idem*.

³⁷ CASTANO E. J. *Quaestiones selectae circa capita nullitatis matrimonii hisce diebus agitata. Expositio et critica canonis 1095 novi codicis* (Romae 1983) 106 et Legislación matrimonial de la Iglesia (Editorial San Esteban 1994) pp.258-290.

³⁸ Cf. CASTAÑO. *idem*.

gravidade requerida para viciar um consentimento; nem sequer aponta os critérios que poderiam servir de parâmetros. Esse posicionamento do Legislador, em termos exegéticos, significa que caberá à Doutrina e à Jurisprudência³⁹ especificar a gravidade.

No tocante ao objeto do grave defeito da discricção de juízo, o cânon limita-se a dizer que é constituído de direitos e deveres matrimoniais essenciais do dar e do receber. Por conseqüência, o objeto do defeito está incluído, como um dos múltiplos aspectos no próprio objeto do consentimento matrimonial tal como aparece em nosso Ordenamento Jurídico⁴⁰.

Note-se que o grave defeito de discricção 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 conseqüência dessa impositação é que a grave falta de discricção de juízo deverá ser antecedente e/ou concomitante ao ato de consentir⁴¹. Portanto, deverá estar presente no momento de contrair matrimônio, independentemente da sua perpetuidade ou não. O Novo Legislador, ao acolher as figuras do c.1095, tem suas exigências. Na falta de discricção de juízo diz, explicitamente, que deverá versar sobre os direitos e deveres essenciais que os esposos hão de dar e de receber. Esses aspectos aparecem com maior ou menor clareza nas Sentenças ou Decisões Rotais, apenas para citar alguns exemplos, sem descurar as que já citamos anteriormente, c. Pompedda e c. Pinto⁴².

³⁹ Cf. GUTIERREZ ANDRÉS D. *Leges Ecclesiae post codicem iuris canonici editae* vol. IX, nn. 5743; 5672; 5695; 5700; 5754; 5756; 5724; 5747; 5718; 5710; 5757; 5697; 5707; 5748.

⁴⁰ C. 1057 § 1. O matrimônio é produzido pelo consentimento legitimamente manifestado entre pessoas juridicamente hábeis; esse consentimento não pode ser suprido por nenhum poder humano.

§ 2. O consentimento matrimonial é o ato de vontade pelo qual o homem e a mulher, por aliança irrevogável, se entregam e recebem mutuamente para constituir matrimônio.

⁴¹ Cf. *Communicationes* 9 (1977) 370 III.

⁴² Cf. *Revue de Droit Canonique* Mars-Juin 1987 p. 96ss.

Serrano⁴³ porém, evidencia essas figuras com toda nitidez e coragem, 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 co-participativamente, deverão construir a própria comunhão de vida e de amor, por meio do seu relacionamento inter e intra-pessoal - na dinâmica própria do binômio do dar e do receber.

Desta abordagem, diz Serrano,⁴⁴ 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. Esses 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 nesse matrimônio, concreto e determinado, os indivíduos não foram capazes de assumir os deveres conjugais essenciais por serem portadores de graves deficiências, carências, ou distúrbios de personalidade, que os incapacitam a assumir e cumprir o que estão prometendo diante da comunidade eclesial com o 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 esses 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.

O homem ocidental moderno, preocupado em se desvencilhar das conseqüências nefastas de um machismo exacerbado, que por muito tempo reduziu a mulher a um simples objeto, começou a cultivar 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. Esses valores são de tal modo cultuados que a sociedade ocidental moderna mais evoluída, 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.

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 n. 3 do cânon. Outros, no n. 2, por acharem que este é o lugar mais adequado. Ambos possuem argumentos convincentes e consistentes.

Para nós, seguindo a trilha de Serrano⁴⁵ e de Castaño,⁴⁶ a falta de maturidade pertence ao n. 2 do texto legal. Portanto, integra a ampla figura da falta de discricção 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 desse determinado ato. A conseqüência mais evidente dessa falta de valorização é que o conhecimento fica defasado, atingindo e comprometendo não só a volição como a própria deliberação desse sujeito. Todos esses fatores, sempre complexos e combinados, podem ocasionar e desencadear vícios de consentimento, de tal gravidade que podem torná-lo inválido.

A grande dificuldade, porém, está em poder determinar o grau e gravidade que provocarão tais conseqüências. Daí que o exame acurado do

⁴³ Cf. SERRANO RUIZ J.M. Nulidad del Matrimonio coram Serrano (Salamanca 1981) 115 ss.

⁴⁴ Cf. SERRANO RUIZ. *idem*.

⁴⁵ Cf. SERRANO Coram Serrano Nulidad del Matrimonio (Salamanca 1961) p. 115.

⁴⁶ Cf. CASTAÑO Legislación matrimonial de la Iglesia (Editorial San Esteban 1994) pp.258-290.

comportamento e de todas as circunstâncias do proceder humano no aqui e agora, e cada caso é um caso, são de capital importância, pois está-se lidando com a validade ou não de um Sacramento, na caso específico deste Matrimônio, com pessoas bem reais e concretas que são portadoras ou não de grave imaturidade no momento exato de consentir.

Note-se que não se está lidando com a área das boas intenções, mas da ação real e concreta na sua especificidade. Portanto, “in casu” não se está no campo do querer, mas sim do poder. Por isso que no caso específico do matrimônio, não se trata de querer contrair, mas sim de poder casar. Isto significa que esse indivíduo que pretende se casar deverá estar ornado de um mínimo de condições necessárias para poder assumir ou não seus ônus essenciais.

Por isso que nosso Legislador, nesse texto legal trata da incapacidade ou não desse indivíduo bem situado no tempo e no espaço. Portanto, não se trata de um indivíduo ideal, mas real.

A Jurisprudência Rotal, mesmo antes do Vaticano II, começara a aceitar a evolução científica das ciências do comportamento humano. Reconhecia que a discricção 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, pois essa realidade, isto é, essa figura é essencialmente prodômica. Daí a nova lei exigir que a falta de discricção de juízo seja grave. É justamente esta gravidade que pode ser medida e ponderada, que inviabiliza e vicia o consentimento matrimonial, tornando determinado indivíduo capaz ou incapaz.

O Eminentíssimo Cardeal Prefeito, da Signatura Apostólica, Mons. Pompedda⁴⁷, ao explicitar termo grave, no tocante às causas de nulidade matrimonial, chama a atenção para que sejam evitados os extremos: do laxismo, que considera

⁴⁷ Cf. POMPEDDA M.F. *Il Codice del Vaticano II — Matrimonio Canonico* (Edizioni Dehoniane Bologna 1985) 143.

qualquer deficiência psíquica, mesmo leve, como falta de discricção 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 nesse campo para determinar o grau de carência, são os peritos nas áreas de psiquiatria e psicologia clínica.

O Eminentíssimo Cardeal Pompedda tenta operacionalizar o “pondus” ou a “gravitas” a gravidade, quando diz: ‘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 quali siano i diritti-doveri, 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 discorrere, 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 é espresso nei 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 é ordinato⁴⁸.’

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”⁴⁹. Essa figura que se deseja aprofundar e para isto, necessário

⁴⁸ POMPEDDA op.cit. p. 143.

⁴⁹ Cf. Revue de Droit. op.cit. p.95.

se faz recorrer às ciências do comportamento humano, em especial à psicologia clínica e à psiquiatria.

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 qualifica-a, de modo geral, como uma síndrome pertencente aos distúrbios da personalidade. Essas realidades podem ser classificadas e apresentadas em seus quadros referenciais complexos, cuja exacerbação é catalogada como uma autêntica anomalia psíquica ou mesmo patologia, dependendo das circunstâncias, da variância, e principalmente do grau em que se manifesta e realiza.

Por isso, ao tratar do defeito da discricção de juízo e aplicá-lo concretamente ao matrimônio, 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 percipere sufficientemente, la portata e il valore del patto matrimoniale."⁵⁰

A aplicabilidade do conceito deve estar situada no campo jurídico, por isso o Cardeal Pompèdda sublinha que o significado de discricção de juízo é bem mais amplo que o termo maturidade. A discricção de juízo abrange todos os estados psíquicos deficitários, distintos das doenças ou patologias mentais propriamente ditas. Esta explicitação está em pleno acordo com o que ensina a psicologia que trata a discricção de juízo, como gênero e a imaturidade como espécie. Pompèdda ainda salienta que a opção pelo termo não foi uma mera questão semântica, mas de conteúdo substancial implícito. Reconhece, porém, que na prática tanto a discricção de juízo como a maturidade, são usadas como sinônimos⁵¹.

Pompèdda, na sua análise de conteúdos, operacionaliza os dois termos - maduro e maturidade, como integrantes do c.1095 n. 2, ou seja, da falta de

discricção de juízo. Nas ciências psicológicas, apesar das múltiplas teorias e escalas, parece que, ao menos, uma grande maioria na psicologia do desenvolvimento, apesar das múltiplas teorias e estágios, aceitam, sem grandes dificuldades, a síntese nessa matéria específica, apresentada por Eric Fromm⁵² que, a meu ver, 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.

Portanto, pode-se perceber que no próprio conceito de maturidade estão implicados o binômio do dar e receber. O indivíduo tem de sair de seu próprio ego para doar-se e ao mesmo tempo tem de reconhecer seus próprios limites para aceitar o outro, que o enriquece e aperfeiçoa, sem destruí-lo. Esse 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 condutora da íntima comunhão de vida e amor⁵³. Portanto, quem não for capaz de se amar não poderá amar o outro, quem não for capaz de aceitar a si mesmo, não poderá aceitar o próximo; quem não for capaz de doar-se não poderá dar e apenas desejará receber, tornando-se um egoísta ou um glutão psíquico que gira sempre ao redor de si próprio, incapaz de compartilhar, de dividir ou de distribuir.

Com esse posicionamento, penetra-se no âmago da questão existencial-relacional, que é acolhida na própria doutrina e no texto legal. Por isso 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, deixará de ser dinâmico para se transformar em algo estático e acabado, o que seria um grave erro, pois seria a petrificação da

⁵⁰ BERSINI La Pastorale dei matrimoni falliti e le cause di nullità (Roma 1975) 84-85.

⁵¹ Cf. POMPEDDA o.c. 136

⁵² Como este conceito é por dedução não serão citadas as várias obras de Eric Fromm.

⁵³ Cf. GS n. 47-48.

própria vida e o descrédito da capacidade de mudança e de crescimento, em outras palavras, de desenvolvimento no sentido técnico do termo do ser humano que está em contínua mudança e crescimento. Numa palavra, a figura tornar-se-ia estática e jamais poderia corresponder ao desenvolvimento evolutivo característico do ser humano.

Por isso mesmo, nessa perspectiva, 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, dinâmico e evolutivo, o ato de aceitar as obrigações equivale a assumi-las e realizá-las. É essa a dinâmica apresentada na Constituição Pastoral *Gaudium et Spes*, quando trata do amor e especificamente da vocação matrimonial⁵⁴. Dessa forma, quem não pode aceitar os ônus matrimoniais essenciais não poderá contrair, validamente, matrimônio, por mais que queira e deseje. Há, portanto, diz Castaño⁵⁵, uma correlação temporal entre as duas incapacidades.

Outro problema grave que o jurista enfrenta “in casu” é a incapacidade do indivíduo para cumprir os ônus essenciais que se comprometeu a assumir, perante toda a comunidade eclesial. As obrigações, objeto deste estudo, devem ser substanciais 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, ou quem deve se levantar para trocar o filho recém-nascido que chora, e assim por diante. Trata-se, aqui, de direitos-deveres, sem os quais a comunidade conjugal, por maiores esforços que faça, estiola, por falta de alimento, como por exemplo: diálogo, companheirismo, respeito mútuo, partilha, cumplicidade, amor...

Por isso, Vidal Guitarte, muito oportunamente friza: “... dejando bien claro ya desde ahora, que la incapacidad objeto de estas reflexiones, no con-

siste en una simples ineptitud para lo accidental y epidérmico de la vida matrimonial, aptitudes domesticas, coloquiales etc. sino para el cumplimiento de obligaciones y derechos esenciales de aquí 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 mínima realización en el plano sexual que comporta un intercambio normal del mismo que implique posibilidades oblativas de la persona en cuanto tal⁵⁶”.

Com tudo o que até aqui foi exposto, chega-se à conclusão de que o “consortium totius vitae et amoris⁵⁷”, 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 o Cardeal Pompedda afirma: “È 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 deliberare⁵⁸”.

⁵⁶ VIDAL GUITARTE IZQUIERDO Cuestiones acerca de la nulidad del matrimonio por incapacidad p. 194.

⁵⁷ C. 1055 § 1.

⁵⁸ POMPEDDA o.c. 140-141.

⁵⁴ Cf. G.S nn. 49-50.

⁵⁵ Cf. CASTAÑO. *Quaestiones Selectae circa... o.c.* 106.

Segue-se daí, que o vício do consentimento oriundo da falta de discriminação de juízo deve estar sempre presente no momento de contrair, independentemente, de ser ou não perpétuo⁵⁹.

Completando o estudo dos conteúdos do c. 1095, resta abordar o inciso do seu número 3., que trata da incapacidade de assumir as obrigações essenciais do matrimônio, por causas de natureza psíquica. Este novo título de nulidade matrimonial origina-se de certas anomalias que se referiam à esfera sexual do matrimônio, qualificadas de “insania in re uxória”. Nessa incapacidade não se trata, como nas anteriores dos no. 1 e 2 do cânon, de defeito de consentimento, mas o defeito está no próprio objeto do matrimônio. Portanto, sua força invalidante está radicada no próprio direito natural, que foi acolhido, como não poderia deixar de ser, tanto pelo Direito Romano como pelo Eclesiástico. Já nas Decretais de Bonifácio VIII, na sua Regra 6ª, encontra-se o “ad impossibilia nemo tenetur”⁶⁰.

Essa incapacidade, em seus primórdios era bastante reducionista, pois a Jurisprudência Rotal, considerava apenas como título de nulidade as amências ou demências sexuais, que se reduziam às anomalias ou aos desvios sexuais que tornavam impossível uma convivência pacífica no âmbito da sexualidade. Eram considerados como possíveis títulos de nulidade a homossexualidade, tanto masculina como feminina, a ninfomania, a satiríase, o masoquismo, o sadismo e as demais patologias correlatas aos distúrbios da sexualidade humana. Todos esses desvios eram, genericamente, englobados na expressão latina de “insania in re uxoria”. A Jurisprudência e as várias Decisões Rotais analisavam e descrevem todas essas anomalias, ora contemplando-as sob o título da exclusão parcial do bem da fidelidade, ora sob o prisma de impotência psíquica e/ou moral⁶¹.

Após o Concílio Vaticano II, uma corrente da própria Jurisprudência Rotal começou a fundamentar essa 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 vida⁶². A partir daí, a Jurisprudência sofreu notáveis evoluções, pois a tendência, na aplicabilidade da Doutrina do Vaticano II, era a de ampliar essas incapacidades, abrangendo não apenas as anomalias sexuais, mas também, todas aquelas de caráter psíquico-afetivo que tornavam impossível o consórcio da vida conjugal. Para aprofundar este ponto, podem ser consultadas, além das anteriormente indicadas, as mais recentes.⁶³

A nova lei, ao aceitar a própria evolução científica, foi bem mais abrangente, pois substituiu a fórmula “anomalias psico-sexuais” por “causas de natureza psíquica”. Estas compreendem uma gama maior de distúrbios, não apenas os da área da sexualidade humana, mas os que se referem à própria personalidade humana com toda a gama de psicoses, neuroses e sócio-patias, com etiologia psíquica, ou mesmo psico-somática. Numa palavra, hoje o n. 3 do c. 1095, abrange toda a complexa realidade das síndromes e dos quadros referenciais contidos nos tratados de psico-patologia⁶⁴.

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 abrangente de: “causas de natureza psíquica”. O texto atual não se limita apenas às causas provenientes dos desvios da sexualidade humana que impossibilitam uma convivência heterossexual estável harmoniosa, pacífica e realizadora, mas vão além, ao contemplar a vasta e complexa área das psico-patologias, que podem afetar o ser humano temporária ou mesmo definitivamente.

⁵⁹ Cf. c. Pinto in *Periodica* 61 (1972) 439.

⁶⁰ Cf. NAVARRETE U. *Incapacitas assumendi 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. Cf. c. Sabattani de 21-6-1957 (RRD Vol. XLIX 503 n. 5); c. Lefebvre de 19-12-1959 (RRD Vol. LI 620 o. 4); c. Anné de 25-1969 (RRD Vol. LXI 47-54); c. Pinto de 20-11-1968 (RRD. Vol. LXI 1024-1031).

⁶² 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.

⁶³ Cf. GUTIERREZ ANDRÉS D. *Leges Ecclesiae post codicem iuris canonici editae vol. IX*, nn. 5743; 5672; 5695; 5700; 5754; 5756; 5724; 5747; 5718; 5710; 5757; 5697; 5707; 5748.

⁶⁴ Cf. *Communications* 9 (1977) 370—371.

Pode-se porém, sintética e brevemente, acompanhar o processo evolutivo desse texto legal, analisando os diversos esquemas que apareciam como fruto dos trabalhos da Comissão de Revisão do Novo Código. Assim por exemplo, no esquema de 1975, falava-se de “grave anomalia psíquico-sexual”. No de 1960 de “grave anomalia psíquica”⁶⁵. No texto promulgado, como já foi dito e convém salientar, optou-se por uma fórmula bem mais genérica, isto é, todas as fórmulas anteriores foram substituídas por esta expressão, sintética, rica, complexa e abrangente: “causas de natureza psíquica”⁶⁶. Portanto, esta fórmula é bem mais ampla do que as anteriores, pois se estende a toda etiologia patológica. Em outras palavras, trata-se da semiologia dos quadros comprovadamente patológicos num sentido mais amplo, englobando todo e qualquer desvio ou distúrbio que, de per si, são sempre graves, pouco importando o campo a que pertençam.

Por isso, caberá à patologia clínica fornecer os quadros referenciais com seus respectivos diagnósticos e prognósticos, a fim de detectar e saber se o indivíduo, no momento de consentir, era portador de tal distúrbio, que o incapacitou de assumir as obrigações essenciais do matrimônio. Nesse sentido, no n. 3 do cânon 1095, os laudos periciais não apenas são exigidos, como se constituem quase que imprescindíveis, a não ser que o quadro seja tão claro e evidente que qualquer leigo o detecte, embora não saiba catalogá-lo cientificamente. No entanto, os laudos periciais requeridos por nosso Legislador são para tutelar, tanto os direitos individuais como os sociais, e para evitar que se cometam injustiças nas definições e nos pronunciamentos judiciais. Por isso, os laudos constituem-se em grande auxílio para a reta administração da justiça

⁶⁵ Cf. STANKIEWICZ L'incapacità psichica nel matrimonio canonico: terminologia, criteri in Apollinaris 53 (1980) 69.

⁶⁶ 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 psychicam” — 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.

eclesiástica, em particular para as causas de nulidade matrimonial, embora caberá sempre ao magistrado definir a questão e não ao perito.

Assim, nesse campo, as funções do perito em comportamento humano ou em psiquiatria serão as de detectar a(s) síndrome(s), especificar que método usou para indicar a(s) etiologia(s) específica(s) de natureza psíquica, dizer, baseado nos sintomas e nos comportamentos e atitudes do indivíduo, se no momento de consentir esta determinada patologia estava latente ou manifesta. Em outras palavras, o diagnóstico deve dizer explicitamente se a patologia detectada poderia ser antecedente e/ou concomitante à manifestação do consentimento.

A função precípua do perito em psico-patologia é a de diagnosticar pericial e cientificamente, e apenas pericial e cientificamente, se essa patologia contida nos tratados de medicina legal canônica, de psiquiatria ou de psicologia clínica, influenciou de maneira tal a esse tal indivíduo, que idade o incapacitou de assumir as obrigações essenciais do matrimônio. Note-se porém, que quem dirime a questão é apenas e somente o juiz, embora este possa se deixar convencer e chegar à certeza moral necessária pelos ensinamentos científicos e eruditos do perito.

Nesse escopo, nosso Ordenamento Jurídico, neste campo específico da Medicina Legal, no sentido descrito acima, para se evitar toda e qualquer injustiça, requer laudos periciais, pois se constitui numa grave injustiça qualificar alguém como doente quando é hígido e normal. Este é uma espécie de campo minado ou mar das tormentas em que se tem de agir com muita calma, sabedoria e prudência.

A finalidade precípua dessa exigência do nosso sábio e humano Legislador é a de tutelar a Sacramentalidade do Matrimônio Cristão, e ao mesmo tempo proteger a fama e a honra dos envolvidos.

Nosso Legislador também determina e delimita as funções dos peritos, de modo particular os constituídos *ex officio*, portanto distintos em ciência e consciência do seu trabalho. Sabem que sua função precípua é a de clarear as questões propostas, pois seu laudo será revestido de grande peso e valor

na hora do pronunciamento do juiz. Como, porém já foi dito e, aqui convém repetir a função do perito nos nossos processos canônicos não é a de julgar, mas sim a de avaliar, ponderar e principalmente detectar não apenas a etiologia concreta gerada por essa determinada causa de natureza psíquica, mas sua gravidade e prognóstico.

Portanto, a função do perito em patologia clínica psico-afetiva é a de colocar toda sua ciência e habilidade em prol da Justiça, esclarecendo os fatos na Verdade, provando que tal anomalia, desvio, distúrbio ou mesmo síndrome, seria de tal gravidade que incapacitaria esse determinado indivíduo para o negócio jurídico sério chamado matrimônio.

O perito em patologia psico-afetiva, quando solicitado, tem por obrigação de dizer e provar se a determinada patologia psíquica estava ou não presente no momento de consentir. No caso em que a entrevista ou os autos analisados fizerem emergir outras, deverão ser especificadas tanto no diagnóstico como no prognóstico, e principalmente apresentar o grau. Quando se refere ao matrimônio, se o diagnóstico for grave, implicará como consequência um vício de consentimento, inabilitando por falta de condições de quem o emitiu.

Por outro lado, deve-se dizer que não é fácil compreender como possam aparecer essas anomalias e/ou patologias psíquicas, uma vez que na maioria das vezes, as faculdades superiores permanecem hígdas e em pleno funcionamento, mas nem sempre associadas. Por isso, alguns defendem que o n. 3 do c. 1095, propriamente, não se constituiria em novo título de nulidade, mas estaria de per si já contido no n. 2, que trata, como se sabe, da grave falta de discricção de juízo.

Os argumentos de ambas as posições são sólidos e consistentes. A primeira teoria é defendida pelo eminente e preclaro Serrano⁶⁷. A segunda, entre outros está o célebre e erudito Navarrete⁶⁸, que defende o n. 3 do texto legal como sendo um capítulo genérico, compreendendo os mais diversos tipos de nulidade.

⁶⁷ Cf. SERRANO c. Serrano 5-4-1973 (RRD Vol. LXV 323-324 nn.3-15).

⁶⁸ Cf. 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.

A norma possui alguns tópicos que merecem um aprofundamento maior. Entre os quais a questão da impossibilidade de assumir as obrigações essenciais. Essa incapacidade deverá estar sempre presente no momento do próprio nascedouro do matrimônio. Portanto, a primeira consequência grave é que a impossibilidade de assumir as obrigações essenciais incapacitará esse indivíduo de contrair matrimônio. Esta é a razão porque o cânon inicia com as palavras: “São incapazes de contrair matrimônio”⁶⁹.

Note-se que esse é um ponto controvertido, devido ao objeto da impossibilidade de assumir os ônus essenciais. Não se pode esquecer de que obrigações são correlativas aos deveres e, portanto, implicam o próprio direito. Assim, 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 matrimônio⁷⁰. Com esta frase o Legislador deixou de lado a fórmula do antigo Código do “ius in corpus”⁷¹.

O matrimônio, hoje, é descrito como “consortium totius vitae”⁷², 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”⁷³.

Nesse sentido, os ônus essenciais, incluídos no objeto do matrimônio são, talvez, o aspecto mais importante sob o ponto de vista jurídico. Trata-se portanto, de obrigações que atingem a própria essência do “consortium” matrimonial⁷⁴.

⁶⁹ C. 1095.

⁷⁰ Cf. c. 1057 §2.

⁷¹ C.+1081 § 2.

⁷² C. 1055 § 1.

⁷³ Gn 2,24.

⁷⁴ 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 aquí que se centra en aquel tipo de incapacidad para constituir una verdadera relación entre el hombre y la mujer, con entrega normal de afectividad, de una mínima realización en

Castaño⁷⁵ e Hervada⁷⁶ 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 coisas pelos direitos e deveres que se devem dar e receber reciprocamente. Aceitar os ônus é a mesma coisa que assumi-los. Portanto, quem não puder assumir as obrigações essenciais não poderá contrair. Dessa forma, esses e outros autores e outros mais defendem a correlação temporal entre as duas incapacidades - a de contrair e a de assumir.

Por outro lado, Vidal Guitarte⁷⁷, representando outra corrente de pensamento declara: "son cosas y capitulos bien diferentes, el de la incapacidad para prestar el consentimiento y la incapacidad para prestar el objeto de este"⁷⁸.

Daí surge a questão controvertida de saber se é lícito distinguir as duas capacidades, que são as de assumir e as 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.

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.

⁷⁵ Cf. CASTAÑO Legislación matrimonial de la Iglesia (Editorial San Esteban 1994) pp.258-290.

⁷⁶ Cf. HERVADA J. El matrimonio y la familia. IV Jornadas chilenas de derecho natural, in Revista Chilena de Derecho 7 (1980) 65.

⁷⁷ VIDAL GUITARTE. Cuestiones acerca de la incapacidad para asumir las obligaciones conyugales como causa de la nulidad matrimonial in Revista Jurídica 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.

⁷⁸ Idem nota anterior.

Os posicionamentos dos autores, como se viu acima, têm respostas diferentes, a depender 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 desse posicionamento, é por se tratar de um dos vícios de consentimento. Por isso, no momento de consentir, o indivíduo deve poder cumprir aquilo que está assumindo. Caso contrário, seu assumir estaria desprovido de conteúdo. 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 da convivência do dia-a-dia, não sabe se está capacitado para tal, mesmo porque esse indivíduo - "in casu" - é portador de um grave distúrbio ou da sexualidade ou da personalidade. Portanto, esse ponto não é nada pacífico. Cada um se posiciona em conformidade com sua ótica e embasamento filosófico-teológico. Portanto, implica o ponto de partida, ou nas vertentes a primeira é a ideal e a segunda a real-existencial. Constatase, porém, que na prática, ambas posições trarão sérias e graves conseqüências, principalmente para as causas matrimoniais. A terceira questão é que a impossibilidade de assumir tem como objeto as obrigações essenciais do matrimônio. Não se pode esquecer de que o ônus é correlativo ao direito. Assim, o objeto do consentimento matrimonial consiste no ato mediante o qual os esposos "com um pacto irrevogável", dão-se e se aceitam mutuamente *para* constituir o matrimônio⁷⁹. Com esta frase o Legislador deixou de lado a fórmula do antigo Código do "ius in corpus"⁸⁰.

O matrimônio, hoje, é descrito como "consortium totius vitae"⁸¹, isto é, como uma relação inter-pessoal, que inclui a totalidade de duas vidas que se doam mutuamente para constituir uma "só carne". Nesse sentido, as obrigações essenciais estão incluídas no objeto do matrimônio; são talvez o aspecto

⁷⁹ C. 1057 § 2.

⁸⁰ C. 1081 § 2.

⁸¹ C. 1055 § 1.

mais importante, pelo menos sob o ponto de vista jurídico. Trata-se, portanto, dos ônus que atingem a própria essência do "consortium matrimoniale". Nesse ponto, tanto Castaño como Vidal Guitarte concordam⁸². Note-se, porém, que em contraposição caberá à Jurisprudência determinar quais são as obrigações accidentais no matrimônio, para não cair no laxismo e assim se possa evitar uma interpretação demasiadamente ampla do texto. Uma coisa é certa, os ônus accidentais não entram nesse título de nulidade nem podem dirimir o matrimônio, pois não passariam de meros papéis, distribuídos convencionalmente pela própria sociedade. Para a nulidade do matrimônio deve-se entrar no âmbito das essenciais e não dos accidentes.

Cón. Martin Segú Girona é doutor em Direito Canônico e Diretor do Instituto de Direito Canônico "Pe. Dr. Giuseppe Benito Pegoraro".

RESENHA

⁸² Ver nota 74.