

TRIBUNAL ECLESIAÍSTICO DE PORTO (PORTUGAL)

**NULIDAD DE MATRIMONIO (INCAPACIDAD DE ASUMIR,
EXCLUSIÓN DE PROPIEDADES ESENCIALES,
ERROR DE CUALIDAD)**

Ante el M. I. Sr. D. José Joaquim Almeida Lopes

Sentencia de 23 de diciembre de 1995 *

SUMARIO:

I. Relación de los hechos. II. Fundamentación o motivación: A) *In facto*: 1. La cuestión de hecho de la incapacidad de asumir del demandado. 2. La cuestión de hecho de la exclusión de la unidad. 3. La cuestión de hecho de la exclusión de la indisolubilidad. 4. La cuestión de hecho del error de la actora provocado por el demandado. 5. La cuestión de hecho de la exclusión de la sacramentalidad. B) *In iure*. III. Parte dispositiva.

I. RELATÓRIO

Foi este processo matrimonial proposto pela autora M com base os seguintes capítulos de nulidade:

- a) Incapacidade do demandado contrair matrimónio por causas de natureza psíquica que lhe impossibilitavam assumir as obrigações essenciais do matrimónio (cân. 1095, 3.º, do CIC).
- b) Por exclusão, por parte do demandado, da unidade e indissolubilidade do casamento (cân. 1101, § 2, do CIC).

* La esposa pide la nulidad del matrimonio por cinco capítulos. La sentencia desestima cuatro, y considera que consta la nulidad por el quinto, la exclusión de la sacramentalidad por parte del esposo demandado. Por esa razón el *in iure* se limita al estudio del fundamento jurídico de esa exclusión en concreto. El esposo, que carece de fe desde la adolescencia, asiste a la ceremonia como a una farsa convencido de que iba a la iglesia, pero sin casarse por la Iglesia; de que se casaba canónicamente la esposa, pero no él, como si se tratase de un contrato unilateral.

- c) Por erro, por parte da autora, mas induzido pelo demandado, sobre as qualidades da sua pessoa (cân. 1097, 2, do CIC).

Em síntese, a autora aprasentou as seguintes conclusões:

- O casamento canónico com o demandado celebrou-se em 27 de Setembro de 1986 em II de C1, diócesis de Lamego.
- Desde Maio de 1992, as partes encontram-se divorciadas.
- O namoro das partes decorreu normalmente desde 1984.
- O demandado fora criado pela avó, dado que a sua mãe tinha problemas familiares com o seu pai, pois ele entregava-se a ligações extra-conjugais e ela andava em tratamento psiquiátrico.
- Durante o namoro, o demandado não falava à autora dos seus problemas familiares.
- Embora baptizado, o demandado nunca praticou a religião católica e é acremente contrário ao clero, que critica muito.
- O demandado nunca acreditou na unidade e indissolubilidade do casamento, embora fizesse juras de fidelidade, nas quais a autora acreditava.
- Após o casamento, o demandado modificou o seu comportamento em relação à autora, passando a desligar-se dela e a chegar a casa de madrugada.
- Este afastamento do demandado em relação à autora deu origem a discussões entre as partes, dedicando-se mais o demandado aos seus amigos que à autora, não havendo entre eles diálogo nem partilha de vidas.
- Em Outubro de 1987, o demandado, invocando não poder sujeitar-se às obrigações da vida de casado e querer voltar a ser livre, diz à autora que pretende separar-se dela.
- Por isso, a partir daí, a autora deixou o demandado fazer o que lhe apetecesse, sem o contrariar.
- Já sem pressão da autora, o demandado contou-lhe que em solteiro andou com várias mulheres ao mesmo tempo mas não se conseguia prender com qualquer delas, pois dizia que um homem podia gostar de várias mulheres ao mesmo tempo.
- O demandado mostrava-se com saudades da vida livre de solteiro, pelo que as partes não se adaptavam.
- Nos anos de 1987 e 1988, o demandado passou a mostrar-se mais importante, a beber demais e a ser influenciável em extremo.
- Então a autora reconheceu que o demandado não era aquele homem com quem casara.
- Daí que tenha pensado em dar um rumo novo à sua vida, a conselho da família. E foi nesta altura que o demandado deu mostras de querer mudar o seu estilo de vida e pediu à autora para recomeçarem tudo de novo.
- A partir daí, as coisas passaram a correr melhor e as partes decidiram ter um filho, mas a autora não conseguiu engravidar, apesar de os testes genéticos feitos terem concluído pela fertilidade de ambos.
- Por esta razão, o demandado ficou traumatizado e, pelo facto de ter uma personalidade inconstante e mórbida, começou a ter problemas profissionais.

- Daí que começasse a acusar a autora de tudo o que de menos bom acontecia, deixando-lhe de falar e chamando-lhe fanática religiosa. Por isso, começou um novo período mau para o casal.
- Em Setembro de 1990, o demandado voltou a dizer à autora que se queria separar dela, pois não conseguia estar casado. Mas a autora descobre que o demandado acompanhava então com uma colega de curso, com quem convivía há muito tempo e com quem passou a viver após a separação.
- Por tudo isto, a autora conclui que, quando casou com o demandado, este era portador de uma singular anomalia psíquica e uma inconstância muito grave, pois o seu temperamento tem características nítidas de esquizoidia, quando não mesmo de esquizofrenia devido a factores genéticos e educativos.

Aceite o libelo introdutório da lide, o presidente deste tribunal colegial procedeu à notificação ao demandado do decreto de citação (fol. 15).

O demandado contestou a lide, apresentando a fol. 20 as seguintes e resumidas conclusões:

- «Aceito a acção de nulidade e, quanto aos fundamentos invocados pela autora, respeito-os por ser essa a sua opinião. No entanto, porque nunca consultei nenhum psiquiatra ou psicólogo que mo confirmassem, e porque porventura tenho um sentimento demasiado elevado de auto-estima, não conheço (reconheço) na minha pessoa qualquer anomalia psíquica».
- «Quanto à questão de considerar outros fundamentos de nulidade, refiro o ponto *b)* do fundamento da autora, que se refere à não aceitação, por parte do demandado, da unidade e indissolubilidade do casamento».

Extraídas das conclusões das partes, o presidente deste tribunal colegial formulou a fol. 21 as seguintes dúvidas:

- «SE CONSTA DA NULIDADE DO MATRIMÓNIO ENTRE A AUTORA E O DEMANDADO PELOS CAPÍTULOS DE INCAPACIDADE DE ASSUMIR AS OBRIGAÇÕES ESSENCIAIS DO MATRIMÓNIO POR CAUSAS DE NATUREZA PSÍQUICA (CÂN. 1095, 3.º), POR PARTE DO DEMANDADO, DE EXCLUSÃO DAS PROPRIEDADES ESSENCIAIS DO MATRIMÓNIO, POR ACTO POSITIVO DA VONTADE (CÂN. 1101, 2), POR PARTE DO DEMANDADO, DE ERRO POR PARTE DA AUTORA MAS INDUZIDO PELO DEMANDADO, SOBRE AS QUALIDADES DA SUA PESSOA, QUE CONSCIENTEMENTE LHE OCULTOU, AS QUAIS, A SEREM CONHECIDAS ANTES DO CASAMENTO, O TERIAM INVIABILIZADO (CÂN. 1097, 2)».

Estabelecidos os termos da controvérsia, as partes propuseram provas, as quais foram produzidas nos seguintes termos:

- A fols. 38 a 45, constam as declarações da autora.
- A fol. 56, o demandado é julgado parte ausente do juízo por ter faltado duas vezes à sessão para a qual foi convocado.
- A fols. 65 a 67, depôs a testemunha T1; a fols. 71 a 74, a testemunha T2; a fols. 78 a 82, a testemunha T3; a fols. 86 a 91, a testemunha T4.

Publicados os autos (fol. 102), a autora veio requerer a fol. 106 que se tomassem declarações ao demandado e que se inquirissem duas testemunhas. Por isso, a fols. 116 a 122 constam as declarações do demandado.

A instância o Rev.º Defensor do Vínculo (fol. 129) e ouvidas as partes (fols. 136 e 133), foram os termos da controvérsia ampliados ao capítulo de nulidade «EXCLUSÃO DO SACRAMENTALIDADE DO MATRIMÓNIO POR PARTE DO DEMANDADO».

Não se procedeu à instrução da causa pelo novo capítulo de nulidade pelo facto de se ter entendido que a anterior instrução bastava para o julgamento seguro desse capítulo.

Proferido o decreto de conclusão da causa, a autora apresentou as suas alegações a fols. 146 a 151, concluindo que o matrimónio é nulo por simulação do demandado (exclusão da sacramentalidade, unidade e indissolubilidade do matrimónio). Por sua vez, o Rev.º Defensor do Vínculo apresentou a fols. 150 a 168 as suas alegações, concluindo que consta a nulidade do matrimónio por exclusão da sacramentalidade por parte do demandado, bem como por exclusão da unidade, mas que não consta a nulidade pelos restantes capítulos.

O tribunal colegial reuniu-se em 25-11-1994 para deliberar, tendo decidido que consta da nulidade do matrimónio pelo capítulo de EXCLUSÃO DA SACRAMENTALIDADE POR PARTE DO DEMANDADO e que não consta da nulidade pelos restantes capítulos.

Cumpre agora redigir a sentença.

II. FUNDAMENTAÇÃO OU MOTIVAÇÃO

A) *IN FACTO*

1. *A questão de facto da incapacidade de assumir do demandado*

A primeira das dúvidas constantes da fórmula pergunta se o demandado era incapaz de contrair matrimónio por causas de natureza psíquica, de forma a estar impossibilitado de assumir as obrigações essenciais do casamento.

Nas suas declarações, a autora começa por reconhecer ser uma pessoa sonhadora, enquanto o demandado era mais racional e com planos a curto prazo (fol. 39). No entanto diz que a única razão para a separação definitiva estava no facto de, como o demandado dizia, não conseguir estar casado (fol. 40). Diz que o demandado não era capaz de reconhecer as suas culpas, como aconteceu a propósito de um acidente de viação por ele causado e do qual culpabilizou o outro automobilista (fol. 42) que manifestamente nada tinha feito para causar o acidente. Para provar a instabilidade psicológica do demandado, declarou a autora que ele quando alcançou uma posição e uma remuneração a seu gosto lhe disse que se queria separar e que daquela vez era definitivo (fol. 43). Em sua opinião, o demandado tem problemas e graves, pois sendo uma pessoa inteligente, não sabe o que quer, hoje dizendo uma coisa e amanhã outra. Atribui esta instabilidade à educação que recebeu, pois não soube o que era um lar e por isso não soube construir um lar (fol. 43). Conta que o demandado afirmava: «eu não sei o que quero, ora quero estar casado

ora não quero». Em sua opinião, isto denotava ser uma personalidade fraca e muito influenciável pelas pessoas que o rodeavam. Era, para si, um espírito instável e tímido, ficando paralizado perante emoções, não passando o seu ar de superioridade de defesa contra a sua timidez (fol. 44).

O demandado contestou estes factos. Confirmou que o casamento implica um conjunto de obrigações a que não conseguia submeter-se, pretendendo voltar a ser livre (fol. 118), pois tinha saudades do tempo de solteiro. Rebate ter tido problemas familiares quando era solteiro e rejeita o diagnóstico psicossomático feito pela autora, pois tem psicólogos, psiquiatras e médicos na família e nunca nenhum lhe fez tal diagnóstico. Mas reconhece que o seu comportamento tem a nota de inconsistente (fol. 122).

As testemunhas não abonam o diagnóstico de perturbações psíquicas do demandado. Com efeito, a testemunha T2 limita-se a dizer que a autora lhe disse que o demandado dizia não conseguir estar casado (fol. 73), pensando que havia apenas uma divergência de feitios. A testemunha T3, irmã da autora, achava o demandado uma pessoa normal, reservada e inteligente e que a sua irmã lhe tinha contado que o demandado afirmava não querer estar casado e querer certa liberdade de acção, pois não podia estar preso pelo casamento. Sentia-se constrangido por ter de regressar a casa depois do trabalho (fol. 80). A testemunha T4, irmã da autora, afirma que durante o namoro as partes tiveram uma relação normal e com momentos de adaptação de uma à outra (fol. 87), mas o demandado era uma pessoa calada, reservada e pouco conversadora, gostando pouco de conhecer novas pessoas (fol. 88). Quanto à vida de casado, pensa que o demandado teve períodos em que assumiu e outros em que não assumiu o seu estatuto de homem casado (fol. 89). Quanto à autora, era distante e algo insensível. Esta testemunha ouviu o demandado dizer que para ele o casamento era uma prisão, e que umas vezes lhe apetecia estar casado e outras não. Assim, em sua opinião, o demandado será sempre uma pessoa com altos e baixos (fol. 90).

E são estas as provas produzidas sobre esta dúvida. Serão bastantes para fundar uma certeza moral sobre este capítulo?

O tribunal dá como não provados os factos necessários para integrar qualquer causa de natureza psíquica que tivesse incapacitado o demandado de assumir as obrigações essenciais do matrimónio. O demandado não tem vocação para ser uma pessoa casada nos termos propostos pela Igreja Católica, mas isso não basta para invalidar o seu casamento. Com mais um bocadinho de sacrifício e de coragem teria salvado o seu casamento, sem chegar ao divórcio.

Por estas razões, não consta a nulidade do matrimónio por *incapacitas assumendi*.

2. A questão de facto da exclusão da unidade

Foi o matrimónio acusado pelo facto de o demandado ter excluído, por um acto positivo da vontade, a unidade do casamento.

Sucedem que a autora, logo nas suas declarações, veio a reconhecer que no comportamento do demandado não estava em causa a rejeição, com condição pre-

valecente da unidade (fol. 39), mas o facto de ele não querer casar pela Igreja Católica por não ser católico. No entanto reconhece que, na pendência do matrimónio, o demandado lhe foi infiel. Com efeito, diz que por duas ou três vezes viu o demandado com uma colega do MBA, que conheceu no curso que andara a tirar, mas que está certa que ele não convivia com ela desde o tempo do namoro, isto é, antes do casamento. Acrescentou que o demandado passou a viver com essa colega depois de dele se ter separado (fol. 43).

O demandado confirmou nunca ter considerado o casamento com a característica de unidade e que, durante o namoro, conversou esse assunto com a autora, a qual não partilhava desse ponto de vista (fol. 118). Mas o demandado foi mais claro sobre o que pensa. Disse que reafirmava a unidade do matrimónio como hipótese possível, independentemente de se tratar de um casamento católico ou civil, unidade essa possível inclusivé no seu casamento com a autora. Mas nunca pôs o problema da unidade pelo facto de o seu abandono da religião ter determinado que se colocasse com total indiferença perante as regras do matrimónio católico. E a seguir é ainda mais claro: «de minha parte, aquando do meu consentimento, tinha a intenção de estabelecer com a autora uma comunhão exclusiva e definitiva» (fol. 119). À parte algumas contradicções, o cerne destas declarações está no facto de o demandado, quando casou não ter intenção de, durante o casamento, ter duas mulheres.

As testemunhas não são decisivas sobre a questão da unidade. A testemunha T2 está convencida que o demandado, porque não adere aos valores religiosos, não estaria disposto a aceitar a unidade (fol. 72). Mas isso é uma opinião da testemunha. A testemunha T3 disse nunca ter ouvido o demandado pôr em causa a unidade do casamento, mas dado o conceito que ele tinha de casamento não via que aderisse frontalmente a essa unidade (fol. 80). Confirma as suspeitas da autora sobre a infidelidade do demandado com a tal colega de curso, e afirma que para ele era possível uma dupla via, a conjugal e a extraconjugal (fol. 81). A testemunha T4 também nunca ouviu o demandado pôr em causa a unidade do casamento, dado pensar que ele não aceitava esse valor. Ouviu a autora dizer-lhe que se ia separar do demandado pelo facto de este ter uma amante (fol. 89). Vai mais longe, e sustenta que o demandado terá assumido que, sendo casado, poderia estar com outras mulheres simultaneamente, pois perfilha poder ter a esposa e uma amante (fol. 90).

Apreciadas estas provas, verifica-se que ninguém ousa sustentar que o demandado, no momento do consentimento, tivesse o propósito de ser o homem de duas mulheres. Falta o acto positivo da vontade a excluir a unidade.

Deste modo, o tribunal colegial não dá como provado que o demandado, no acto de emissão do consentimento, tivesse excluído, por um acto positivo da vontade, a propriedade essencial do matrimónio que é a unidade.

3. *A questão de facto da exclusão da indissolubilidade*

Uma das dúvidas a que o tribunal colegial tem de responder é a de saber se o demandado, por um acto positivo da vontade, excluiu a propriedade essencial da indissolubilidade do casamento.

Nas suas declarações, a autora pouco ou nada diz sobre esta questão. Afirma que o demandado não rejeitou, como condição prevalente, a indissolubilidade do matrimónio (fol. 39), e que, quando alcançou uma posição e uma remuneração a seu gosto, disse à autora que se queria separar e que dessa vez era definitivo.

O demandado confirmou que nunca considerou o casamento com a característica de indissolubilidade com que a Igreja o define, mas à pergunta feita *ex officio* se alguma vez, antes do casamento, negou que o matrimónio fosse para toda a vida, respondeu que nunca disse tal coisa, até porque admitia a hipótese de o casamento ser para toda a vida e fora nesse sentido que tinha casado, pois não se casou com o sentido de se separar logo a seguir. Acrescenta que quando casou pensava que o casamento era para sempre (fol. 118). Reafirmou a indissolubilidade do matrimónio como hipótese possível, independentemente de se tratar de um casamento católico ou civil. Que teve a intenção de fazer um casamento definitivo (fol. 119). Finalmente, diz que a iniciativa do divórcio partiu da autora e que ele se prepara para casar civilmente com a tal colega do curso, a que se refere a autora (fol. 120).

A testemunha T1, irmão do demandado, disse que este não estava disposto a aceitar o princípio católico da indissolubilidade do matrimónio dada a ausência de convicções religiosas (fol. 66), mas quem saiu de casa foi a autora, tendo ele metido em casa outra mulher. Na opinião da testemunha T2, o demandado não estaria disposto a aceitar a indissolubilidade do casamento, pois não aderiria a esses valores. A testemunha T3 nunca ouviu o demandado falar na indissolubilidade do casamento, mas dado o conceito que ele tinha de casamento não via que ele aderisse a esse valor. A autora referiu-lhe que o demandado afirmava não querer estar casado (fol. 80). O mesmo depoimento é prestado pela testemunha T4, a fol. 88.

Destas provas não resulta qualquer certeza moral de ter o demandado, no acto do casamento, excluído, por meio de um acto positivo da vontade, a propriedade essencial da indissolubilidade. As declarações do demandado são, neste particular, decisivas, pois só ele sabe o que pensou sobre esse problema quando casou. As testemunhas, embora creíveis, limitam-se a dar opiniões e extrair conclusões suas.

Deste modo, não está provada a exclusão da indissolubilidade, pelo que não consta a nulidade do matrimónio por este capítulo.

4. *A questão de facto do erro da autora, induzido pelo demandado*

A autora acusou o matrimónio por erro de sua parte, mas induzido pelo demandado, sobre as qualidades da sua pessoa, que conscientemente lhe ocultou, as quais, a serem conhecidas antes do casamento, o teriam inviabilizado. E foi essa dúvida que ficou a constar da fórmula. Cumpre apreciá-la.

A autora disse que o demandado não premeditou toda a situação conjugal que levou à ruptura, pelo que não se sente induzida em erro.

O demandado reconheceu que, após o casamento, se tinha tornado diferente, pois enquanto namorava e nos primeiros tempos de casamento dedicava à autora mais atenção, mas a partir de certa altura começou a mostrar menos atenção por

ela (fol. 119). Também confirmou que depois não era o mesmo homem com quem a autora casara.

Sobre a problemática do erro nenhuma testemunha se pronunciou.

Resta extrair a conclusão, e fazer o juízo, de que não há provas que confirmem ter havido erro da autora sobre as qualidades da pessoa do demandado, pois nem se sabe a que qualidades a autora se referiu nem se essas qualidades foram directa e principalmente pretendidas. Por isso, não consta da nulidade do matrimónio por esse capítulo.

5. *A questão de facto da exclusão da sacramentalidade*

Este tribunal vai analisar esta questão numa dupla vertente: se o demandado tinha ou não fé no que a Igreja Católica ensina sobre o sacramento do matrimónio e se o demandado foi para a cerimónia religiosa albergando no seu espírito o propósito de não fazer um casamento religioso mas uma farsa ou um casamento à sua maneira.

Começemos pela questão da fé.

Esta problemática foi introduzida nos autos a partir das declarações do demandado, tendo, por isso, sido alargados os termos da controversia.

A fol. 121, o demandado declara que desde os quinze anos que abandonou completamente a religião católica e qualquer outro tipo de religião, e, por isso, nunca negou a sacramentalidade do matrimónio, até porque ignorava essa questão.

A autora declara que a questão do matrimónio religioso foi conversada durante o namoro com o demandado. Mas entre eles havia um pacto cada um aceitava as ideias do outro, ainda que fossem diferentes. E havia divergências entre as partes sobre o problema do casamento religioso, mas à autora interessava mais a pessoa do demandado que as suas ideias religiosas. Isto porque lhe parecia haver nele uma certa confusão sobre problemas relacionados com a Igreja e com a fe (fol. 40). O próprio pai da autora reagiu àquela namoro pelo facto de o demandado não ser católico (fol. 41).

O irmão do demandado, T1, também disse que o demandado não era crente e nele estavam ausentes convicções religiosas (fol. 66). A testemunha T2, que se declarou não católica, confirmou que o demandado não era uma pessoa com prática religiosa. A testemunha T3 disse que o demandado, apesar de ser baptizado e de ter feito a primeira comunhão, se desligou ainda relativamente novo, da religião católica, pois não via sentido no catolicismo (fol. 80) e, para si, o casamento tinha falhado pelo facto de as partes professarem valores diferentes, tendo perspectivas diferentes acerca do casamento católico (fol. 81). A testemunha T4 confirma que o demandado não era católico (fol. 87) apesar de ser baptizado, pois quando ia a casa dos pais da autora e na ocasião da missa dominical, ele ficava em casa ou ia dar uma volta, enquanto a autora ia à igreja (fol. 88). Os pais da autora bem sabiam que o demandado não era católico (fol. 89).

Fazendo o exame crítico destas provas, chega-se à conclusão de que o demandado, no dia do casamento e antes dele, assim como depois, não tinha fé nas verdades reveladas por Jesus Cristo, não participava do múnus sacerdotal, profético e

real de modo pleno, não estava unido a Cristo pelos vínculos da profissão de fé, dos sacramentos e do governo eclesiástico. O demandado saiu voluntariamente da comunidade dos crentes.

Vejamos agora a questão da exclusão da sacramentalidade do matrimónio por um acto positivo da vontade por parte do demandado.

É ele quem melhor caracteriza a forma como excluiu a sacramentalidade. Com efeito, nas suas declarações começou por dizer que o namoro, começando por ser uma amizade descomprometida, com o decorrer do tempo passou a ter como perspectiva o matrimónio (fol. 117). Mas logo a seguir diz que, por sua vontade o matrimónio não era religioso e só se casou pela Igreja por ter compreendido perfeitamente os argumentos da autora, não se tendo ficado pelo casamento civil para não contrariar a vontade da noiva. E vai mais longe: «o meu casamento católico foi uma farsa porque eu não me senti a casar pela Igreja. Na minha ideia eu não me casei pela Igreja, mas no entanto eu casei pela Igreja e nesse sentido é que eu digo que fiz uma farsa, não estou a dizer que é o casamento que é uma farsa. Ajudou a esta minha atitude o ter ouvido da parte da noiva (e a família mais próxima da noiva estava a par disso) dizer que era possível casamento pela Igreja só da parte de um dos dois, concretamente da parte da noiva, no nosso caso» (fol. 118). E a fol. 119 diz que aceitou casar religiosamente com a autora porque sempre pensou que quem casava catolicamente era ela e não ele, pelo que não tinha sequer de pôr esse problema. Mas a fol. 121 dá uma resposta contraditória a uma pergunta feita *ex officio*: «desde os quinze anos abandonai completamente a religião católica e qualquer outro tipo de religião. Por isso, nunca neguei a sacramentalidade do matrimónio, até porque simplesmente ignorava essa questão». Então em que ficamos: o demandado negou ou não a sacramentalidade, excluiu ou não a sacramentalidade? Apesar desta aparente contradição, que tem mais a ver com a recolha da prova do que com a matéria produzida, este tribunal colegial fica com a certeza moral de que para o demandado quem casava pela Igreja era a autora e não ele. Limitou-se a representar um papel, como se vai ver pela restante prova.

A fol. 39 a autora confirma que o demandado não queria casar pela Igreja pelo facto de não ser católico e tal casamento não ter para ele qualquer significado. Depois recorda uma conversa a três, na qual o demandado deixou claro que para ele o casamento católico não tinha qualquer validade (fol. 40).

O irmão do demandado diz a fol. 66 pensar que o irmão casou catolicamente unicamente para dar um gosto à autora. A testemunha T2 é ainda mais clara, pois diz a fol. 72 que dias antes do casamento ouviu o demandado dizer que «iria à Igreja mas sem se casar pela Igreja». Para a testemunha T3, o casamento do demandado pela Igreja não passou de um gesto social para dar satisfação ao propósito da autora. Mas sem convicção. Tratar-se-ia de um contrato unilateral (fol. 80). A testemunha T4 também assegura este entendimento do demandado: «minha irmã, antes do casamento, falou-me que era possível um casamento assim. Seria, na opinião da minha irmã, um casamento misto, portanto que só teria validade como sacramento para ela o para ele não teria vínculo como casamento religioso. Pareceu-me, pois, que se tratou apenas de um gesto social, o seu casamento católico, para dar satisfação ao propósito da autora, mas sem convicção» (fol. 88).

Que mais provas são necessárias para dar como assente que o demandado, por um acto positivo da vontade, excluiu a sacramentalidade? Nenhunas. Está esta questão de facto claramente resolvida.

B) *IN IURE*

Relativamente aos capítulos de nulidade por incapacidade de assumir por causas de natureza psíquica, de erro da autora acerca das qualidades da pessoa do demandado e de exclusão da unidade e da sacramentalidade do matrimónio por acto positivo do demandado, nenhuma lei há que aplicar pelo simples facto de não estarem provados os factos necessários para fazer a subsunção dos mesmos aos cânones correspondentes do Código de Direito canónico. Somente se deve interpretar e aplicar o Direito canónico para resolver problemas reais e não casos académicos.

Vejamos o capítulo verdadeiramente provado em matéria factual a fim de alcançarmos a solução dada pelo Direito canónico.

Nos termos do cânone 1101, 2, do Código de Direito canónico de 1983, «MAS SE UMA OU AMBAS AS PARTES, POR UM ACTO POSITIVO DA VONTADE, EXCLUÍREM O PRÓPRIO MATRIMÓNIO OU ALGUM ELEMENTO ESSENCIAL DO MATRIMÓNIO OU ALGUMA PROPRIEDADE ESSENCIAL, CONTRAEM-NO INVALIDAMENTE».

Para simplificar a análise jurídica vamos afastar, desde já, a exclusão de alguma propriedade essencial do matrimónio. Isto porque, nos termos do cânone 1056 do CIC, as propriedades essenciais do matrimónio são a unidade e a indissolubilidade. Ora já vimos que não se provam factos que integrem esse capítulo de nulidade, pois o demandado nem excluiu a unidade nem a indissolubilidade.

Resta averiguarmos se o demandado, quer por ter casado pela Igreja sem ter fé, quer por ter excluído a sacramentalidade do matrimónio por um acto positivo da vontade, terá excluído o próprio matrimónio ou apenas um seu elemento essencial.

A Igreja Católica ensina que o pacto matrimonial entre baptizados foi elevado por Cristo Nosso Senhor à dignidade de sacramento, pelo que entre baptizados não pode haver contrato matrimonial válido que não seja, pelo mesmo facto, SACRAMENTO (cânone 1055 do CIC de 1983).

O cânone 840 dá-nos a definição de SACRAMENTO nos seguintes termos:

«OS SACRAMENTOS DO NOVO TESTAMENTO, INSTITUÍDOS POR NOSSO SENHOR JESUS CRISTO E CONFIADOS À IGREJA, UMA VEZ QUE SÃO ACÇÕES DE CRISTO E DA IGREJA, CONSTITUEM SINAIS E MEIOS COM QUE SE EXPRESSA E FORTALECE A FÉ, SE PRESTA CULTO A DEUS E SE OPERA A SANTIFICAÇÃO DOS HOMENS E, PORTANTO, CONTRIBUEM SUMAMENTE PARA FOMENTAR, CONFIRMAR E MANIFESTAR A COMUNHÃO ECLESIAL; POR ISSO, OS MINISTROS SAGRADOS E OS DEMAIS FIÉIS DEVEM CELEBRÁ-LOS COM SUMA VENERAÇÃO E A DEVIDA DILIGÊNCIA».

Desta definição importa reter que o sacramento do matrimónio, como qualquer outro sacramento, constitui um sinal e meio com que se exprime a *fé*, pelo que os contraentes —que são os administradores desse sacramento do matrimónio— devem celebrá-lo com suma veneração e a devida diligência.

Mas se um contraente não tem fé no que a Igreja Católica ensina sobre o sacramento do matrimónio, como pode ele fazer sinais pelos quais exprima essa fé? Se um contraente não tem fé, como pode ele celebrar o matrimónio católico com suma veneração e devida diligência?

Estas interrogações chamam à colação a questão de saber se a fé na celebração do sacramento do matrimónio é um pressuposto para a sua validade ou uma mera questão de licitude, sabido que nos termos do cânone 10 do CIC «apenas se consideram irritantes (...) as leis em que se estabelece expressamente que o acto é nulo». Corresponde este princípio de Direito canónico ao princípio de Direito secular consagrado pela dogmática francesa com a seguinte expressão: *pas des nulités sans texte*.

Para o Prof. Julio Manzaneres, da Universidade Pontifícia de Salamanca, os elementos da definição de sacramento, constantes do cânone 840 do CIC, são *finis* do sacramento e não pressupostos da sua validade. E relaciona essa norma canónica com o cânone 836 do CIC, nos termos do qual o culto cristão, no qual se exerce o sacerdócio comum dos fiéis, É OBRA QUE PROCEDE DA FÉ E NELA SE BASEIA.

Daí que o mestre canonista sustente a tese de que «as acções litúrgicas, nas quais se exerce o sacerdócio comum dos fiéis, são sinais de fé e, como tais, expressam-na e alimentam-na; por isso, a sua celebração pressupõe a fé e exige uma acção pastoral que a cultive e fortaleça», pois «os sacramentos, enquanto sinais sagrados, quer dizer, enquanto mediação histórica e visível do encontro com Deus na fé, são sinais de fé. E isto num triplo sentido: *a)* enquanto expressam a fé da Igreja; *b)* enquanto exigem do sujeito a resposta da fé; *c)* enquanto que o mesmo gesto sacramental vai acompanhado do dom da fé. Mais ainda, na mesma intenção do sujeito que pede o sacramento não pode faltar uma referência ao mundo da fé, por elementar e ténue que seja» (cf. *Nuevo Derecho Parroquial*, BAC 501, 2.^a ed., pp. 117, 118 e 122).

Por isso, o Santo Padre João Paulo II escreveu que «quando (...) apesar dos esforços feitos, os contraentes dão mostras de rechaçar de maneira explícita e formal o que a Igreja propõe quando celebra o matrimónio dos baptizados, o pastor de almas não pode admiti-los à celebração» (cf. Exortação Apostólica *Familiaris Consortio*, de 22-11-81, n. 68).

No que toca ao direito matrimonial canónico, as opiniões não são unânimes sobre a influência da falta de fé, de um ou de ambos os contraentes, na validade do casamento católico. Como é evidente, para que um matrimónio católico possa ser declarado nulo por um tribunal eclesiástico é *conditio sine qua non* que esteja previsto na lei canónica um certo e determinado capítulo de nulidade pelo qual o matrimónio seja declarado nulo. Neste sentido, *vide* cânones 10, 1058, 1060, 1075 e 841 do CIC.

Antes do actual CIC de 1983, a Sagrada Rota Romana mantinha uma jurisprudência constante e uniforme segundo a qual, se os esposos cristãos prestam um consentimento verdadeiro, o seu matrimónio é sacramento independentemente da sua fé e da sua intenção quanto à sacramentalidade. Neste sentido, *vide* sentenças c. Staffa, de 5-8-49; c. Doheny, de 18-2-59; c. Doheny, de 17-4-61; c. Pompedda, de 9-5-70; e c. Fiore, de 17-7-73, publicadas, respectivamente, em SRRD, vol. 41, pp. 468-469; vol. 51, p. 60; vol. 53, p. 185; vol. 62, p. 476; e vol. 65, p. 593.

Esta posição tradicional da canonística tem sido posta em causa após a publicação do CIC de 1983 com base em dois argumentos:

- a) Tendo os contraentes o direito à liberdade de consciência nos termos do cânone 748-2 do CIC, não pode a Igreja Católica coagi-los a aceitar um sacramento que não querem, devendo abster-se de impor esse sacramento do matrimónio.
- b) Como aos contraentes que não têm fé, apesar de serem baptizados, lhes falta a intenção de «fazer o que faz a Igreja» (como dizia o Concílio de Trento), não podem receber validamente o sacramento do matrimónio.

Importa, antes de mais, dizer o que é a falta de fé. Para Mons. García Faílde, a falta de fé é a negação de uma verdade objectiva e a aceitação do erro oposto, é um erro sobre um elemento essencial do matrimónio, como seja sobre a indissolubilidade ou a sacramentalidade (cf. *La nulidad matrimonial*, boy, Bosch, Barcelona 1994, p. 450). A falta de fé admite, pelo menos, dois graus, a saber:

- a) Há baptizados que se dizem não praticantes da religião católica e até não crentes, mas na verdade continuam a ter certos vestígios de religiosidade e de fé.
- b) Há baptizados que já não têm quaisquer vestígios de fé e repudiam frontalmente a Igreja Católica e tudo o que esta ensina, como é o caso dos sacramentos e em particular o sacramento do matrimónio.

Somente em relação aos contraentes que, no momento do casamento, não têm quaisquer vestígios de fé se levanta o problema da validade do seu matrimónio.

E então será válido um casamento de um baptizado não crente a quem falta qualquer vestígio de fé?

Para García Faílde podem dar-se várias hipóteses: 1) se a falta de fé consistir num erro simples, não gera nulidade do casamento, pois o contraente sem fé, neste caso, ainda tem a intenção de fazer o que faz a Igreja; 2) se a falta de fé for um erro que origine um acto positivo da vontade de excluir a sacramentalidade do matrimónio, conduz à falta da requerida intenção de fazer o que faz a Igreja Católica e leva à nulidade do casamento; 3) se a falta de fé significar um erro que desvie a vontade do objecto próprio do verdadeiro consentimento matrimonial (como é o matrimónio-sacramento) para o objecto viciado pelo erro (como é o matrimónio não sacramento), produz um defeito do consentimento matrimonial, o qual leva a um capítulo autónomo do erro invalidante (*o. c.*, p. 451).

Deixemos de lado a hipótese de erro simples e a de erro invalidante. A primeira nunca conduz à nulidade e a segunda não foi acusada no caso *sub iudice*, apesar de, nos termos do cânone 1099 do CIC, o erro sobre a dignidade sacramental do matrimónio, se determinar a vontade de um dos contraentes, viciar o consentimento matrimonial.

O que está em causa neste processo é a questão de saber se a falta de fé que se consubstancia num repúdio, numa negação, num rechaço, numa rebeldia frontal contra tudo o que a Igreja Católica ensina sobre o sacramento do matrimónio equivale à exclusão da sacramentalidade do matrimónio por um acto posi-

tivo da vontade que, como se sabe, gera nulidade nos termos do cânone 1101, 2, do CIC.

Sustenta-se que o contraente que não tem quaisquer vestígios de fé no que a Igreja Católica ensina sobre o matrimónio não têm a intenção de «fazer o que faz a Igreja».

A este argumento respondeu Cormac Burke no seu estudo intitulado 'La Sacramentalidad del Matrimonio: Reflexiones Canónicas', publicado na revista *Ius Canonicum*, da EUNSA, n. 67, 1994, p. 167 e seguintes. Para este canonista, o princípio teológico definido no Concílio de Trento, segundo o qual, para a administração válida de um sacramento, o ministro deve ter a «intenção da fazer o que faz a Igreja», ou não se aplica ao sacramento do matrimónio, dada a natureza singular deste sacramento, ou se aplica de um modo totalmente único, pois a Igreja, enquanto tal, não faz *nada* na administração deste sacramento. Quem administra o matrimónio são os contraentes e não o sacerdote que assiste. Por isso, C. Burke, seguindo as palavras do Santo Padre acima citadas, faz uma adaptação desse princípio e coloca assim a questão: os contraentes propõem-se o que propõe a Igreja? Propõem-se casar em Cristo? Ora, se eles estão baptizados e querem casar-se é porque querem casar-se em Cristo. É uma intenção sacramental suficiente. Por isso, «a mínima intenção específica exigida é a de querer casarse. A intenção de receber o sacramento não é necessária. O que é preciso não é uma actual intenção sacramental, nem sequer uma intenção religiosa, mas unicamente uma intenção matrimonial», pois «a recepção do sacramento não depende da intenção sacramental dos côjuges mas da sua condição ontológica de cristãos». E, quanto à fé, sustenta que a sua presença, conscientemente professada, não constitui uma condição teológica para a sacramentalidade do matrimónio. A fé é necessária, sem dúvida, para que a união conjugal seja verdadeiramente santa e santificadora e a ausência de fé impede certamente a recepção frutífera do sacramento (*o. c.*, p. 175). De um ponto de vista teológico não existe base para justificar a tese de que a fé é um requisito para a válida recepção do sacramento do matrimónio, pelo que não se pode proibir o sacramento do matrimónio a quem não tem fé, mas a quem rejeite de maneira explícita e formal o que a Igreja propõe.

Do exposto resulta que há que distinguir aqueles que, tendo tido fé, a perderam totalmente, daqueles que, para além de terem perdido a fé totalmente, se tornaram inimigos daquilo que a Igreja ensina, repudiando, rechaçando e rebelando-se contra esses ensinamentos. A simples perda da fé não leva à nulidade do casamento católico, ao contrário daquilo que sustentou J. M. Díaz Moreno, citado na nota 66 do livro *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, dos Profs. Mariano López Alarcón e Rafael Navarro-Valls, 4.^a ed., 1990, p. 190.

Na Comissão que preparou o CIC de 1983 discutiu-se a questão de saber se podia haver sacramento do matrimónio quando um ou ambos os cônjuges, apesar de baptizados, tivessem perdido a fé. Essa questão não foi resolvida pela Comissão com o fundamento de que não era tarefa sua nem decidir essa questão nem modificar a legislação canónica, pois tratava-se de uma questão teológica (cf. García Faílde, *o. c.*, p. 41). Daí que este canonista tenha escrito que «hoje por hoje não se

requer para a validade de sacramento em geral e do sacramento matrimonial em particular a fé, nem do ministro nem do receptor» (p. 41).

Resumindo e concluindo: a perda total da fé ou a falta de qualquer vestígio da fé no momento de contrair matrimónio não está incluída em qualquer dos capítulos de nulidade do matrimónio descritos no CIC; a falta absoluta de fé não se equipara à exclusão da sacramentalidade por um acto positivo da vontade; a falta absoluta de fé pode, quando muito, ser apenas um indício de que se excluiu a sacramentalidade.

Façamos aplicação desta doutrina canónica ao caso *sub judice*.

Está provado por confissão do demandado que ele, desde os 15 anos, abandonou completamente a religião católica e qualquer outro tipo de religião. O seu irmão confirmou que ele não era crente e nele estavam ausentes convicções religiosas. Mas estes factos não bastam para declarar nulo o matrimónio, pelo simples facto de o CIC não prever esse capítulo de nulidade a o demandado não estar em rebelião com a fé.

Passemos ao segundo problema de Direito canónico posto pela fórmula das dúvidas: a questão da exclusão da sacramentalidade, por parte do demandado, por meio de um acto positivo da vontade.

A primeira questão que agora importa tratar é a de saber o que é a sacramentalidade do matrimónio, pois é insuficiente dizer simplesmente que o matrimónio é um sacramento.

Ensinava Lorenzo Miguélez Domínguez que a sacramentalidade, ou seja, que o matrimónio entre cristãos é sacramento, é também propriedade deste matrimónio, mas não essencial, pois vem de fora, da vontade de Cristo, que a concedeu (cf. CIC de 1917, da BAC, 4.^a ed., p. 374). O matrimónio não é um sacramento permanente nem imprime carácter, não se identificando com o vínculo jurídico permanente ou matrimónio *in facto esse*, mas com o contrato ou matrimónio *in fieri*, que é passageiro. Esta dignidade de sacramento foi concedida por Jesus Cristo apenas ao matrimónio entre dois baptizados, pois antes Dele o matrimónio era um contrato puramente natural e depois Dele passou a ser um contrato ao mesmo tempo natural e sobrenatural. Porém, contrato e sacramento não são duas realidades distintas mas uma mesma realidade, pois o mesmo contrato é sacramento e o mesmo sacramento é contrato. Deste modo, se não houver contrato válido não há sacramento e se não houver sacramento válido não há contrato. Nem a vontade dos contraentes nem alguma autoridade humana pode dissociar uma coisa da outra. Como todo o sacramento, o matrimónio tem uma matéria e uma forma. Como ensinou Miguélez, «com toda a probabilidade pode afirmarse que os sinais externos mediante os quais se entrega o direito são a matéria do sacramento do matrimónio; e os sinais externos, aceitando a entrega, são a forma. Sacramento, pois, e contrato matrimonial aperfeiçoam-se simultaneamente, já que são uma mesma realidade com os mesmos elementos essenciais» (cf. *Comentarios al CIC de 1917*, II, BAC 225, p. 434). Na esteira deste entendimento, García Faílde pôde escrever que a sacramentalidade não é algo que se acrescenta ao matrimónio, mas constitui uma mesma realidade com a essência do matrimónio entre baptizados (*o. c.*, p. 445). Para Cormac Burke, a sacramentalidade não é um tipo de superestrutura sobrenatural que se

acrescente à realidade natural do matrimónio. É um erro considerá-la como uma «propriedade» essencial ou um «elemento» constitutivo do matrimónio cristão, pois a sacramentalidade coincide com o próprio matrimónio e é simplesmente o matrimónio contemplado do ponto de vista sobrenatural (*o. c.*, p. 176). Mas se o sacramento resulta da instituição divina, não pode depender da vontade dos contraentes, como escreveu Alberto Bernárdez Cantón in *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, p. 191 da 7.^a ed.

Deste modo se responde agora à questão posta *supra* sobre a objecção de alguns à imposição de um sacramento a quem, por ter direito à liberdade de consciência, não quer receber o sacramento. Com efeito, se os cristãos se casam sacramentalmente é porque estão «em Cristo» através do baptismo. Nos termos do cânone 849 do CIC de 1983, *pelo baptismo os homens são configurados com Cristo POR UM CARÁCTER INDELEÍVEL*. Isto é, o baptismo imprime carácter, e por muito que queira um baptizado, já não pode mais deixar de o ser, pois a sua vontade não é onipotente nem é um poder absoluto, estando limitada pela necessária referência à ordem real das coisas.

E a liberdade do baptizado não é violada pela imposição do sacramento, pois a Igreja Católica não obriga os crentes a receber o sacramento do matrimónio. Só casa pela Igreja quem quer e todos sabem que, sendo baptizados e casando pela Igreja Católica, automaticamente recebem o sacramento. Por isso, o sacramento de matrimónio não é uma imposição da Igreja mas um dom, uma graça, da Igreja Católica a todos os que sejam baptizados. Como escreveu Cormac Burke, «a sacramentalidade, com efeito, é um dom. Deus pode conferir os seus dons a quem não tem conhecimento sobre eles». «O que Deus não impõe contra a vontade da pessoa é o matrimónio. Mas se a pessoa quer um verdadeiro matrimónio, então recebe-o necessariamente na sua realidade sacramental» (*cf. o. c.*, p. 183).

Esta doutrina canónica ajuda a compreender por que razão o cânone 1055 do CIC reza que «ENTRE BAPTIZADOS NÃO PODE HAVER CONTRATO MATRIMONIAL VALIDO QUE NÃO SEJA, PELO MESMO FACTO, SACRAMENTO».

Ora terá o demandado V excluído esta sacramentalidade do seu matrimónio?

A canonística vem desde há muito entendendo que a exclusão da sacramentalidade do matrimónio, por um acto positivo da vontade, constitui o capítulo de nulidade conhecido por *simulação* e descrito no cânone 1101-2 do CIC. Vejamos os pressupostos dessa invalidade matrimonial.

Em primeiro lugar, é preciso que haja «exclusão» ou «simulação». Estes conceitos só se podem entender à luz do cânone 1101-1 do CIC, nos termos do qual «O CONSENTIMENTO INTERNO DA VONTADE PRESUME-SE CONFORME COM AS PALAVRAS E OS SINAIS EMPREGADOS AO CELEBRAR O MATRIMÓNIO». Deste modo, se se provar que entre o consentimento interno e as palavras ou sinais empregados não há conformidade mas contradição, estamos perante um caso de simulação ou exclusão. Como escreveu o Prof. Federico Aznar, a *simulação* ou *ficção* acontece quando alguém, por qualquer causa, externamente e de modo sério, profere palavras ou sinais que por si significam a vontade de realizar um negócio jurídico determinado, mas internamente não só carece de esta vontade mas tem uma vontade contrária à declaração externa positiva, tanto pretendendo positivamente uma mera aparência externa do negó-

cio materialmente celebrado — simulação total— como positivamente excluindo um elemento essencial de acto ou negócio jurídico realizado —simulação parcial—. Aplicando esta noção ao matrimónio, há *simulação total* quando se exclui o próprio matrimónio, isto é, quando um ou ambos os contraentes declaram que é de sua livre vontade contrair casamento, mas de facto não querem casamento algum. Há *simulação parcial* quando os contraentes querem o matrimónio, mas excluem algum dos elementos essenciais do matrimónio, isto é, um ou ambos os contraentes, ao celebrarem o matrimónio, não querem o matrimónio como a lei da Igreja Católica o define mas um matrimónio à sua maneira (cf. *El Nuevo Derecho Matrimonial Canónico*, 2.^a ed., Salamanca, pp. 360 e 361). Portanto, para haver simulação ou exclusão tem de haver uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada, sendo certo que para o Direito matrimonial canónico vale mais a vontade real que a declarada.

Mas quem simula, simula por algum meio, e a lei canónica exige que essa simulação seja feita por um *acto positivo da vontade*, para que o casamento seja inválido. Por isso, não basta a mera carência de vontade, nem um desejo vago, mas é necessário um acto positivo da vontade pelo qual se elimine do consentimento algo que é exigido pela natureza do mesmo consentimento, sendo desnecessário que revista a forma de pacto entre os contraentes ou de condição posta por um e aceita pelo outro (cf. Prof. Aznar, p. 362). É necessário um acto, pois não há exclusão onde não houve acto de excluir ou decisão (cf. Prof. Pedro Juan Viladrich, *CIC Anotado*, EUNSA, anotação ao cân. 1101). Esta decisão ou acto positivo pode ser explícito ou implícito, sendo implícito quando resulte do modo de comportar-se de quem exclui ou do conjunto das circunstâncias da sua vida (cf. Prof. José M. Fernández Castaño, *Legislación Matrimonial de la Iglesia*, Salamanca 1994, p. 330). Basta uma exclusão hipotética (cf. García Fañde, p. 446), mas não pode ser uma mera disposição ou intensão habitual ou geral.

No que respeita à exclusão da sacramentalidade, discute-se se a vontade de excluir tem de ser prevalecente à vontade de contrair o matrimónio, ou se basta a exclusão independentemente do grau de prevalência. No domínio do CIC de 1917, Miguélez entendia que para julgar acerca da validade do matrimónio havia que averiguar em cada caso qual era a intenção prevalecente, se a de contrair casamento se a de excluir a sacramentalidade, e só quando a vontade prevalecente tivesse sido a de excluir a sacramentalidade o matrimónio era nulo (cf. *Comentarios*, cit., p. 623). No domínio do novo CIC mantêm a tese da necessidade da prevalência da vontade de excluir para a declaração de nulidade (Federico Aznar, p. 372; Alberto Bernárdez Cantón, p. 191; e Cormac Burke, p. 178). Esta tese fundamenta-se no facto de a escolha do matrimónio desprovido de sacramentalidade ser uma escolha impossível, pois as duas escolhas —matrimónio e exclusão da sacramentalidade— não podem estar juntas: uma união entre cristãos que seja um matrimónio verdadeiro e ao mesmo tempo um matrimónio privado da sacramentalidade. Trata-se de duas escolhas incompatíveis, pelo que é preciso que o tribunal eclesástico averigue e determine qual foi a escolha prevalecente, se o matrimónio ou a exclusão da sacramentalidade. Se a eleição ou escolha prevalecente foi o matrimónio, a exclusão da sacramentalidade fica sem

feito. Se a eleição ou escolha prevalecente foi a exclusão da sacramentalidade, a vontade de contrair fica sem efeito.

Contra esta tese da escolha ou eleição prevalente, diz-se que não é preciso entrar nesse problema, por bastar o acto positivo da vontade excluindo a sacramentalidade, para que se entenda excluído o matrimónio (cf. Mariano López Alarcón, *o. c.*, p. 190). Para García Faílde custa a compreender e aceitar o princípio da existência simultânea de duas intenções e só caso a caso se pode dizer qual foi a intenção prevalecente, muito embora no actual contexto histórico não se possa, sem mais, presumir que todo o contraente que não tem fé tem, ao casar-se, a intenção prevalecente de contrair matrimónio e não a intenção prevalente de excluir a sacramentalidade (*o. c.*, p. 43).

A Sagrada Rota Romana decidiu que no actual contexto histórico é sumamente controvertida a tese de que pode ou deve presumir-se a intenção geral prevalecente de contrair matrimónio naqueles contraentes que, desprezando a doutrina eclesiástica por eles conhecida, mantêm os seus erros na hora do casamento sobre a sacramentalidade do matrimónio (cf. c. Pinto, sentença de 6-11-72, SRRD, vol. 64, p. 675).

Também este Tribunal Eclesiástico entende que não há que indagar qual foi a vontade prevalecente do demandado, se a de contrair matrimónio com a autora se a de excluir a sacramentalidade. E isto por várias razões, para além das já indicadas. Em primeiro lugar, a lei canónica não põe esse requisito ao acto de exclusão da sacramentalidade, nem expressa nem tacitamente, para que o mesmo invalide o matrimónio, sendo certo que, nos termos do cânone 17, as leis eclesiásticas devem entender-se segundo o significado próprio das palavras considerado no texto a no contexto. Em segundo lugar, a prova da vontade prevalecente é muito difícil, senão mesmo impossível, quando a verdade é que a simulação ou o acto de exclusão já são capítulos muito difíceis de provar. Provar a vontade prevalecente é provar um facto psicológico, e muitas vezes, senão todas, só por presunção se pode chegar a essa prova. Finalmente, se houver um mínimo de exclusão da sacramentalidade já a vontade não é perfeita por estar viciada por erro.

Mas aquele contraente que exclui a sacramentalidade exclui o próprio matrimónio (simulação total) ou exclui um elemento essencial do matrimónio (simulação parcial)?

No domínio do CIC de 1917 entendia-se que a exclusão da sacramentalidade era uma forma de simulação total, pois quem exclui o sacramento exclui o contrato matrimonial por não haver contrato matrimonial entre baptizados que não seja pelo mesmo facto sacramento (cf. Miguélez, *Comentarios*, cit., p. 434).

Sucedem que o CIC de 1983, no que respeita ao capítulo da simulação, substituiu a expressão antiga «excluem... todo o direito ao acto conjugal» (cân. 1086-2 do CIC 17), pela expressão «excluirem... algum elemento essencial» (cân. 1101-2 do CIC 83), pelo que é legítimo perguntar se a exclusão da sacramentalidade, não sendo exclusão de uma propriedade essencial do matrimónio, pelo menos não é exclusão de um seu elemento essencial.

Ao contrário do que acontece com as propriedades essenciais do matrimónio, que estão tipificadas no cânone 1056 do CIC de 1983, este diploma do Direito

canónico latino não diz quais são os elementos essenciais do matrimónio, mas tudo aponta para que o legislador da Igreja se tenha querido referir aos elementos que resultam da definição de matrimónio, constante do cânone 1055-1. E assim o entende Pedro Juan Viladrich, para quem os elementos essenciais do matrimónio são o direito ao acto sexual, o direito à comunidade de vida, o direito-dever de não fazer nada contra a prole e o direito de receber e educar a prole (cf. *o. c.*, anotação ao cân. 1101). Para Castaño os elementos essenciais do matrimónio são a aliança, o bem dos esposos e a geração e educação da prole, o consentimento das partes, a mútua doação e aceitação, bem como outros elementos (*o. c.*, p. 329).

Como se vê, nenhum destes canonistas inclui a sacramentalidade entre os elementos essenciais do matrimónio. Sucede que recentemente um canonista famoso sustentou que de facto a sacramentalidade é um elemento essencial do matrimónio e a sua exclusão gera não simulação total mas parcial. Estamos a referir-nos a García Faílde que escreveu o seguinte: «entendo eu que a exclusão da sacramentalidade mediante um acto positivo da vontade é exclusão de um elemento essencial do matrimónio (que a sacramentalidade é um elemento essencial do matrimónio de dois baptizados pode deduzir-se do cân. 1055-1) e, portanto, é uma das hipóteses de nulidade matrimonial contempladas no cânone 1101-2» —cf. *o. c.*, p. 44—. A sustentação desta tese está no facto de se dever distinguir o acto de vontade de quem exclui o próprio matrimónio (simulação total) do acto de vontade de quem, querendo o matrimónio, exclui do mesmo a sacramentalidade, com frequência de boa fé. Deste modo, há que distinguir a ordem objectiva ou ontológica da ordem subjectiva psicológica ou intencional.

Continuam a sustentar a tese da simulação total por exclusão da sacramentalidade Aznar (pp. 363 e 372), Cantón (loc. cit.) e Mariano López Alarcón (p. 190). Era esta a jurisprudência tradicional da Sagrada Rota Romana nas sentenças c. Fiore, de 17-7-73; C. Pasquazi, de 28-7-60; e c. De Jorio, de 23-4-75, publicadas, respectivamente, em SRRD, vol. 65, p. 592; vol. 52, p. 429, e vol. 67, p. 353.

Não se vê razão para alterar a posição tradicional da Rota Romana: o cânone 1055-2 do CIC de 1983 diz que não há contrato matrimonial válido entre baptizados que não seja sacramento, pelo que contrato e sacramento são inseparáveis. Como escreveu recentemente Cormac Burke, «é impróprio tratar e decidir uma causa de nulidade por exclusão da sacramentalidade como caso de simulação parcial. Se se declara a nulidade, será porque a exclusão da sacramentalidade resultou em exclusão do próprio matrimónio. A hipótese, portanto, sempre se há-de converter na simulação total (cf. p. 188).

Em conclusão, este Tribunal Eclesiástico entende que a exclusão da sacramentalidade é uma forma de exclusão do próprio matrimónio, pois quem pretende casar-se sem sacramento não pretende um matrimónio sacramental e verdadeiro mas pretende um mero casamento natural ou civil. Logo, exclui o matrimónio canónico. Por isso, é caso de simulação total e não meramente parcial.

Mas, note-se, uma coisa é a exclusão da sacramentalidade e outra completamente diferente é a exclusão do rito religioso, o qual não é condição de validade do casamento. Como diz Cormac Burke, «o rito religioso que os católicos costumam seguir ao casar-se é o quadro normal da forma canónica que, de acordo com a dis-

ciplina vigente, se requer para a validade. Mas não é rito sacramental» (cf. p. 174). Ora, ainda que o «rito tenha perdido peso», como afirmou o Doutor Teixeira Fernandes no Congresso Diocesano da Família, que teve lugar no Porto, de 8 a 11 de Dezembro de 1994 (cf. *Voz Portucalense*, de 15-12-94), a exclusão do rito matrimonial, como exclusão do conjunto de palavras e de acções ou cerimónias com que se celebra o casamento, nada tem a ver com a exclusão da sacramentalidade.

Aplicando o direito canónico, assim definido, ao caso dos autos temos que:

- O demandado sabia que o casamento católico tinha um carácter sagrado, pois teve instrução religiosa católica quando era pequeno.
- Quando casou canonicamente, o demandado manifestou ao assistente que era de sua livre vontade casar sacramentalmente, mas de facto em consciência não quis esse tipo de casamento.
- O demandado, antes de casar pela Igreja, tomou a decisão positiva de excluir a sacramentalidade: ia à Igreja representar uma farsa, pois quem casava catolicamente era a autora e não ele. Ia celebrar um contrato unilateral, pois quem casava era a autora e não ele.
- O demandado simulou totalmente o próprio casamento por ter excluído a sacramentalidade.
- A exclusão não se restringiu à cerimónia religiosa (ao rito) mas á própria essência de matrimónio ou ao matrimónio mesmo.

As soluções a que se chegou no domínio do Direito canónico latino não são diferentes das soluções consagradas pelo direito canónico oriental, apesar da maior dimensão sacramental e espiritual deste direito, o qual chega a utilizar a expressão «*vínculo sacramental*» (cânone 853 do *Código de Cânones das Igrejas Orientais* de 1990 [CCEO]).

Com efeito, os termos do cânone 776-2 do CCEO, «POR INSTITUIÇÃO DE CRISTO, O MATRIMÓNIO VÁLIDO ENTRE BAPTIZADOS É POR ISSO MESMO SACRAMENTO, PELO QUE OS CONJUGES SÃO UNIDOS POR DEUS À IMAGEM DA UNIÃO INDEFECTÍVEL DE CRISTO COM A IGREJA E SÃO COMO QUE CONSAGRADOS E ROBUSTECIDOS PELA GRAÇA SACRAMENTAL». E de acordo com o cânone 824-2, tamén do CCEO, «MAS SE UM DOS CONTRAENTES, OU AMBOS, EXCLUI COM UM ACTO POSITIVO DA VONTADE O PRÓPRIO MATRIMÓNIO, OU UM ELEMENTO ESSENCIAL DO MATRIMÓNIO, OU UMA PROPRIEDADE ESSENCIAL, CELEBRA INVALIDAMENTE O MATRIMÓNIO».

III. PARTE DISPOSITIVA

Por todo o anteriormente exposto, este Tribunal Eclesiástico de Primera Instância do Porto, tendo adquirido certeza moral sobre o alegado e provado, decide responder à fórmula das dúvidas da seguinte forma:

- a) *Negativamente* ao capítulo do cânone 1095-3 do CIC, pelo que não consta a incapacidade do demandado contrair matrimónio por causas de natureza psíquica que o impossibilitassem de assumir as obrigações essenciais do matrimónio.

- b) *Negativamente* ao capítulo 1101-2 do CIC, pelo que não consta que o demandado tivesse excluído a unidade e a indissolubilidade do matrimónio por um acto positivo da vontade.
- c) *Negativamente* ao capítulo 1097-2 do CIC, pelo que não consta ter havido erro, por parte da autora, mas induzido pelo demandado, sobre as qualidades da sua pessoa.
- d) *Positivamente* ao capítulo 1101-2 do CIC, pelo que consta a nulidade do matrimónio por simulação total —exclusão da sacramentalidade por um acto positivo da vontade do demandado.

Nestes termos, decide-se declarar nulo o matrimónio celebrado entre a autora M e o demandado V, em 27 de Setembro de 1986 em I1 de C1, diócesis de Lamego.

Decide-se, ainda, que as custas da lide fiquem a cargo da autora, mas o demandado tem obrigação de a compensar na parte correspondente.

Cumpra-se com o disposto nos cânones 1614, 1615 e, oportunamente, 1682-1, todos do CIC.

Porto, 23 de Dezembro de 1994.