

O «IUS CONUBII» ROMANO

Geralmente, a doutrina fala de «*ius conubii*» para designar o direito natural de todo o homem a contrair matrimónio¹. Contudo, trata-se de uma expressão clássica do Direito romano significando precisamente que nem todos os homens gozavam do direito ao matrimónio, considerado uma relação socialmente honrosa².

O MATRIMÓNIO ROMANO

No estudo que fizemos por ocasião da tese de doutoramento³, pudemos constatar que, para o Direito romano clássico, o *matrimónio era uma situação de facto com relevância jurídica*, resultante da conviência de um homem com uma mulher como *maritus e uxor*⁴. Isto é, numa situação

1 «*Ius conubii*. É uma expressão criada pelo Direito romano que serve para indicar o direito fundamental ou direito natural de todo o homem a contrair matrimónio» (J. Fornés, *Derecho Matrimonial Canónico*, 3ª ed., Madrid 1997, p. 49).

2 No Direito romano, o *ius conubii* tem um sentido diferente do que nós lhe damos na actualidade. O direito a contrair matrimónio era requisito positivo que se exigia a ambos os cônjuges, e consistia na capacidade que o ordenamento jurídico lhes reconhecia para constituírem entre si uma relação conjugal juridicamente válida, porque no ordenamento romano nem todos os homens tinham direito a contrair matrimónio com efeitos jurídicos: v.g., os escravos, os peregrinos, etc. Posteriormente sofreu uma evolução para o nosso conceito actual. (F. Aznar, *El Nuevo Derecho Matrimonial Canónico*, 2ª ed. revista e aumentada, Salamanca 1985, p. 111).

3 Condição social e matrimónio: o concubinato na Roma pagã e cristã, tese de doutoramento em Direito Canónico pela Universidade de Navarra (1969), sob a direcção do Prof. Álvaro d'Ors. Dela publicaram-se dois excertos: M. Falção, *Las prohibiciones matrimoniales de varacter social en el Imperio Romano*, EUNCA, Colección Canónica, Pamplona 1973, 79 pp.; e M. Falção, *Antitude da Igreja perante as uniões conjugais da Roma clássica*, in *Theologica*, Braga, 8 (1973), 3, pp. 373-398.

4 Esta é a conclusão a que chegam, embora com diferente formulação, os autores que em nossos dias melhor captaram a concepção clássica do matrimónio romano. Assim, P. Bonfante, *Corso di diritto romano, I: Diritto di famiglia*, reedição corrigida da 1ª edição (1925), Milano 1963, pp. 255-256; S. Perozzi, *Instituzioni di diritto romano*, 2ª edição revista e ampliada, Roma 1928, I, p. 338; B. Biondi, *Il diritto Romano*, 14ª edição revista, Napoli 1994, pp. 436-437; E. Voltera, *Instituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, p. 643; M. Kaser, *Roman private law*, trad. da 3ª revista, Pamplona 1997, 219.

configurada socialmente como *nuptiae*, os juristas faziam derivar dela um certo número de consequências jurídicas que se davam determinados requisitos exigidos pelo direito: seriam então *iustae nuptiae* ou *iustum matrimonium* (segundo o direito); no caso contrário, mesmo que socialmente continuasse a ser matrimónio, seriam *iniustae nuptiae* ou *iniustum matrimonium* (contrário ao direito).

Nem toda a convivência entre varão e mulher, mesmo prolongada a estável, constituía socialmente *nuptiae*. Era necessária uma vontade continuada e permanente de querer viver como *maritus e uxor*, isto é, em *comunhão total de vida*⁵: essa vontade era a *affectio maritalis*⁶, que se manifesta socialmente pelo *honor matrimonii*, ou participação da mulher na categoria e dignidade do marido⁷. Portanto, para a sociedade havia matri-

Parece suficiente transcrever a formulação de Kaser: o matrimónio romano «nao era de modo algum uma relação jurídica, mas um facto social, cujos efeitos jurídicos eram meramente um reflexo desse facto (de modo semelhante ao caso da *possessio*, que era um mero facto con efeitos jurídicos)».

5 Cf. Mosestinus, D 23, 2,1: «Nuptiae sunt con iunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio» [As núpcias são união de varão e mulher em consórcio de toda a vida, comunicação do direito divino e do humano].

Alguns romanistas entendem «consortium omnis vitae» no sentido de perpetuidade, como se a definição de Modestino implicasse ser a união matrimonial perpétua, para toda a vida. Contudo, como Albertario fez notar, defendoo carácter genuíno daquela formulação —embora ela ganhe novo sentido no direito de Justiniano—, para os clássicos, «consortium omnis vitae» indicaria «o consórcio de todas as coisas, alegres ou tristes, que tem a vida», em íntima conexão com expressões das fontes literárias contemporâneas, como por exemplo Tácito, que define os matrimónios como «consortia rerum secundarum adversarumque» [consórcios das coisas propícias e adversas] e diz que o marido toma a mulher como «prosperis dubiisque sociam» [companheira nas horas prósperas e nas difíceis]; e «communicatio iuris divini et humani», que nalgum tempo poderia ter-se verificado até juridicamente, representaria sempre, na realidade social, «aquela comunhão íntima de vida que é própria do matrimónio» (cf. E. Albertario, La definizione del matrimonio secondo Modestini, in Studi di diritto romano, I, Milano 1933, pp. 183-186). Em suma, o «consortium omnis vitae» clássico deve entender-se no sentido de universalidade, como comunhão total das circunstâncias da vida.

6 «Nuptias non concubitus, sed consensus facit» [Não é a coabitação, mas o consentimento, que faz que sejam núpcias] (Ulpianus, D50, 17, 30 = D35, 1, 15). Esta formulação de Ulpiano nem sempre tem sido bem interpretada pelos canonistas, que a têm empregado para representar a ideia de contrato; mas já Manenti deixou assente que, segundo os juristas romanos, o *consensus* que *facit nuptias* deve ser entendido, não no sentido de um acordo de vontades inicial (que de uma vez para sempre vinculasse os cônjuges, como sugere nos nossos dias a palavra *consensus*), mas continuado (daí precisamente o seu carácter e noime de *affectus*, *affectio*), e referido à comunhão total de vida (cf. C. Manenti, Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio, Siena 1889, pp. 42-43).

Em D35, 1, 15, diz-se: «Cui fuerit sub hac condicione legatum 'si in familia nupsisset', videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, aumvis nondum in cubiculum mariti venerit: nuptias enim non concubitus, sed consensus facit» [A quem tivesse sido legado sob esta condição, 'se casasse na família', considera-se cumprida a condição desde o momento em que ela foi tomada como uxor, mesmo antes de entrar no quarto do marido: pois não é coabitação, mas o consentimento, que faz que sejam núpcias]. Vê-se aqui que o *consensus* é eficaz desde o primeiro momento, o que não impede que a vontade seja continuada.

7 E. Volterra, Istituzioni di diritto privato romano, cit., p. 649.

mônio desde que se guardasse aparência honrosa, participando a mulher da condição social do marido⁸. No caso contrário, seria concubinatus⁹.

O CONUBIUM

Para que a união matrimonial tivesse uma relevância jurídica própria (*iustum matrimonium*), o direito exigia determinados requisitos, o primeiro dos quais era a existência do *conubium*: os cônjuges deviam ter, um em relação ao outro, a capacidade, reconhecida pelo ordenamento jurídico, de constituírem entre si uma união matrimonial¹⁰.

«Há *iustum matrimonium* quando existe *conubium* entre os que contraem as núpcias, e quer o varão quer a mulher são púberes, e ambos consentem, se são *sui iuris*, ou também os seus pais, se estão in *potestate*¹¹. lê-se no *Liber singularis regularum* atribuído a Ulpiano, embora muito provavelmente de elaboração pós-clássica, mas cuja doutrina em relação ao *conubium* reflecte a concepção do direito clássico¹².

Isto é, o *conubium* ao capacidade jurídica para constituir *iustum matrimonium* é um requisito positivo¹³ e distingue-se dos outros requisi-

Cf. Fr. Vat. 104: «Paulus respondit dignitatem mulierum ex honore matrimonii et augeri et minuire solere» [Paulo responde que a dignidade das mulheres costuma aumentar ou diminuir devido ao *honor matrimonii*].

8 A *deductio in domum (viri)* era também um facto social que manifestava a *affectio maritalis* e podia, portanto, ser tida como o início do matrimónio. Mas não era necessária, essencial (cf. R. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, Milano 1951, pp. 162 ss), e na sua falta-não tendo existido também nenhum modo de *conventio in manum* (*usus, confarreatio, coemptio*), em desuso ou em declínio na época clássica-, sempre ficava a consideração do *honor matrimonii* como demonstrativo da existência de *nuptiae*.

9 Cf. P. Bonafante, *Corso di diritto romano*, cit., p. 315.

Se um dos cônjuges, ou os dois, fossem escravos, também a sociedade não reconhecia así *matrimonium*, nem sequer *concubinatus*, mas apenas *contubernium*. Também só entre varão e donzela púberes se reconhecia aparência conjugal honrosa. Em relação às uniões incestuosas, enquanto e umas se negava toda a aparência honrosa própria do matrimónio, outras vezes ela era reconhecida (por exemplo, por não repugnar tanto à consciência social),

10 Cf. E. Volterra, *La nozione giuridica del «conubium»*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, Milano 1953, II, p. 357.

11 «*Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubius sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utriusque consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestatesunt*» (*Epitome Ulpiani* 5, 2).

12 Cf. E. Volterra, *La nozione giuridica del «conubium»*, cit., pp. 359 ss.

13 «*Conubium est uxoris iure ducendae facultas*» [*Conubium* é a facultade de casar-se segundo o direito] (*Epitome Ulpiani* 5, 3).

Por *requisito* não se entende forçosamente algo acidental, mas uma exigência requerida para determinado fim ou efeito. A doutrina canónica, partindo da capacidade *natural* para o

tos necessários para se dar um matrimónio juridicamente relevante: alé da existência do *conubium* entre os cônjuges, é necessária a capacidade física para o acto conjugal e o consentimento das partes interessadas.

Por razões de piedade familiar, não se reconhecía o *conubium* entre pessoas unidas por vínculos de parentesco; tais uniões estavam além disso proibidas pelo direito, e eram consideradas incestuosas e nefandas¹⁴. O grau de parentesco consideado podia ser mais ou menos amplo.

Porém, foi sobretudo por razões de orden política e social que se configurou o *conubium* na época clássica de Roma¹⁵. Em toda a sociedade humana exige-se certa homogeneidade para que a união entre dois seres de sexo diferente possa ser matrimónio; isto, por uma característica própria desta união, que implica uma comunhão total de vida. Assim, não existe matrimónio entre homem e animal, nem entre duas pessoas que a sociedade estime de condição demasiado desigual para ser possível aquela total comunhão de vida.

Pois bem, na Roma clássica, como aliás em todo o mundo antigo, não vigorava o princípio da igualdade originária de todos os homens, antes, pelo contrário, reconhecía-se a existência de profundas desigualdades entre os homens. Por exemplo, os cidadãos de uma *pólis* não podiam comungar em tudo com os de outra —como o exigia o matrimónio, comunhão de todas as circunstâncias da vida¹⁶—, e mesmo entre os cidadãos de mesma *pólis* as diferenças sociais eram tão profundas que se reflectiam no direito. A sociedade estava dividida em classes, a cuja per-

contrato matrimonial de quem esteja em grau de entender o que é o matrimónio e de querer o vínculo, mais que de requisitos do matrimónio, fala de impedimentos inerentes às pessoas dos contraentes.

14 «Inter parentes et liberos infinite cuiuscumque gradus sint conubium non est. Inter cognatos autem ex transverso gradu olim quidem usque ad quartum gradum matrimonia contrahi non poterant: nunc autem etiam ex tertio gradu licet uxorem ducere, sed tantum fratris filiam, non etiam sororis filiam aut amitam vel materteram, quamvis eodem gradu sint. Eam, quae noverca vel privigna vel nurus del socrus nostra fuit, uxorem ducere non possumus. /Si quis eam quam non licet uxorem duxerit, incestum matrimonium contrahit: ideoque liberi in potestate eius non fiunt, sed quasi vulgo concepti spurii sunt.» Entre pais e filhos de qualquer grau que sejam, não existe *conubium*. Entre consanguíneos de grau colateral, antigamente até ao quarto grau não podiam contrair matrimónio; mas agora também em terceiro grau está permitido tomar *uxor*, mas apenas a filha do irmão, e não a filha da irmã, nem a tia paterna ou materna, embora sejam do mesmo grau. Aquela que foi nossa madrastra, enteada, nora ou sogra, não podemos tomar como *uxor*. /Se alguém tomar como *uxor* aquela com quem não está permitido, contrai um matrimónio incestuoso; e, por conseguinte, os filhos não ficam *in potestate*, mas são espúreos como os concebidos pela gente vulgar]. (*EpitomeUlpiani* 5, 6-7).

15 A época clássica do Direito romano, época de esplendor e de perfeição, coincide com o auge do poderio romano e situa-se convencionalmente entre o ano 130 a.C. e o ano 230 d.C. (Cf. A. D'Ors, *Derecho Privado Romano*, cit., 6).

16 Cf. Modestinus, cit, *supra* nota 5.

tença correspondia uma diferente personalidade e capacidade jurídica ou, no caso dos escravos, até a falta de toda a personalidade, pelo que com eles só era possível *contubernium*¹⁷.

Assim, o *conubium* era próprio dos cidadãos romanos, concedendo-se por vezes entre cidadãos romanos e cidadãos de outra cidade estrangeira¹⁸. Também por razões de ordem política, tinha-se retirado o *conubium* nalguns casos: aos soldados, estava proibido contrair matrimónio enquanto estivessem no activo —proibição abolida por Séptimo Severo (193-211)—; e ao magistrado que exerce o cargo numa província, o tomar como uxor aquela que é oriunda da prvincia ou tem o domicílio nela¹⁹.

A famosa constituição do imperador Caracala em 212, estendendo a cidadania romana a todos os súbditos do Império, originou uma difusão do *conubium*; mas este ainda teve de ir concedendo-se em relação aos *barbari*, sobretudo aos militares que se encontravam em serviço nas zonas de fronteira, para que, ao licenciarem-se, pudessem ter como *iustae uxores* as mulheres conquem viviam.

INFLUÊNCIA DA CONDIÇÃO SOCIAL NA EXISTÊNCIA DO CONUBIUM

Entre os próprios cidadãos romanos por razões de carácter social, nem sempre existia *conubium*²⁰.

A sociedade romana conheceu em tempos a distinção dos homens livres em *patrícios e plebeus*, com as consequências jurídicas que daí provinham²¹. Esta distinção de origem étnica já não subsiste na época clássica.

A distinção entre *ingénuos e libertos*²², prolongamento da distinção entre livres e escravos, subsiste na época clássica; mas, depois das leis matrimoniais de Augusto (30 a.C-14 d.C.), ao ser reconhecido o *conubium*

17 «Cum servis nullum est conubium» [Com escravos não existe nenhum conubium] (Epitome Ulpiani 5, 5). Cf. *supra* nota 9.

18 «Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis: cum Latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit» [Têm *conubium* cidadãos Romanos com cidadãos Romanos; também com Latinos e com estrangeiros, se tiver sido concedido] (Epitome Ulpiani, 5, 4).

19 Cf. S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, cit., I, p. 344-345.

20 Cf. J. Gaudemet, *Le mariage en Occident*, Paris 1987, pp. 36-38.

21 Os plebeus eram originariamente estrangeiros protegidos. Quando foram considerados cidadãos, foi-lhes reconhecido o *conubium* entre si, mas não com os patrícios; isto só lhes foi concedido pela *lex Canuleia*, do ano 445 a. C., embora por muito tempo essas uniões continuassem a ser mal vistas pelos patrícios (cf. S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, cit., I, p. 340).

22 *Ingenuus* era o cidadão romano nascido livre; *libertus* era aquele que, sendo escravo, se tornar alivre e cidadão romano (cf. A. D'Ors, *Derecho Privado Romano*, cit., 214).

entre ingenui —excepto os senadores e seus descendentes até ao terceiro grau— *e liberti*, tende a desaparecer.

Estas duas distinções eram mais de carácter político e, em relação á concepção jurídica do matrimonio na época clássica, pertencem ao passado; no Baixo Império, surgirá, também com efeitos jurídicos, a distinção entre *potentiores e tenuiores*, baseada na riqueza e no poderio.

Característica da época clássica, é a distinção das pessoas livres fundada na sua condição social —*honor ou dignitas*—, determinada pela função pública que se desempenha. «A *respeitabilidade* que confere a função pública determina *desigualdades* sociais importantes: ellas merecem passar para o direito. Reconhece-se a existência de duas classes, não mais: um *altior gradus*, privilegiado, e um *inferior gradus*, sujeito ao direito comum.

«Marcelo aplica esta concepção às classes matrimoniais: «Deve-se observar a regra de que os homens de *grau inferior* tomem como *uxores* aquelas que, por causa da dignidade, estão proibidas pelas leis aos homens de *grau mais elevado*; pelo contrário, os homens de grau superior não podem tomar como *uxores* aquelas que não estão permitidas aos de *inferior dignidade*»^{23, 24}.

Esta distinção entre pessoas *altioris gradus vel dignitatis e inferioris gradus vel dignitatis* ficou consagrada *pelas disposições das leges Julia et Papia Poppaea* (de 18 a.C e 9 d.C., respectivamente), Estas leis do imperador Augusto distinguíam os membros do ordo *senatorius* dos outros *ingenui*: aos primeiros negava-se o conubium com mulheres de condição social muito baixa (lebartas e ingenuas obscuro loco natae [de baixa condição pelo nascimento]), a quem, contudo, estava permitido o matrimónio com os simples ingenuos.

As mesmas leis proibiam a todos os ingenuos, fossem ou não da classe senatorial, o matrimónio com mulheres infamadas pela sua vida ignominiosa (prostitutas, alcoviteiras, adúlteras, artistas de teatro), negando-lhes por conseguinte o *conubium*²⁵.

23 «Observandum est, ut inferioris gradus homines ducant uxores eas, quas hi qui altioris dignitatis sunt ducere legibus propter dignitatem prohibentur: at contra antecedentis gradus homines non possunt eas ducere, quas his qui inferioris dignitatis sunt ducere non licet» (Marcellus, *I ad legem Papiam*, D 23, 2, 49).

24 G. Cardascia, *La distincio entre «honestiores» et «humliores»*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, Milano 1953, II, pp. 658.

25 Cf. M. Falcão, *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, cit., pp. 21-22.

IUSTUM MATRIMONIUM E INIUSTUM MATRIMONIUM

Somente existindo *conubium*, o matrimónio podia originar efeitos próprios no ordenamento jurídico romano (*iustum matrimonium*): entre outros, a patria potestas sobre os filhos que *nascessem*²⁶, a validade da sucessão *ab intestato*, a proibição da doação entre os cônjuges, a proibição de outro matrimónio simultâneo, o direito do marido de acusar a mulher de adultério.

No caso de não existir *conubium*, também não existia *iustum matrimonium* e, por conseguinte, não se derivavam todos os efeitos próprios deste no ordenamento jurídico romano: assim, por exemplo, o filho seguia normalmente a condição da mãe²⁷.

Isto não quer dizer que, faltando o *conubium*, não existisse de modo algum matrimónio, por exemplo na relação conjugal de um cidadão romano com uma latina ou estrangeira. Não existia, certamente, matrimónio segundo o *ius civile*²⁸ —*iustum matrimonium* ou *iustae nuptiae*—, mas podia existir matrimónio segundo o *ius gentium*: seria em todo o caso *iniustum matrimonium* (contrário ao *ius civile*)²⁹.

Tal matrimónio *iuris gentium* não produzia todos os efeitos do *iustum matrimonium*, mas isso não obstava a que tivesse alguma consideração no direito³⁰, assim, por exemplo, o marido podia acusar a mulher (*uxor*) de adultério³¹.

26 «In potestatesunt liberi parentum ex iusto matrimonio nati» [Estão *in potestate* os filhos nascidos de pais em *iusto matrimonio*] (Epítome Ulpiani 5, 1).

27 Conubio interveniente liberi semper patrem sequuntur: non interveniente conubio matris conditioni accedunt, excepto eo qui ex peregrino et cive Romana peregrinus nascitur, quoniam lex Minicia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis condicionem sequi iubet [Havendo *conubium*, os filhos seguem sempre o pai; não havendo *conubium*, tomam a condição da mãe, excepto quem nasce de pai estrangeiro e mãe cidadã romana que será estrangeiro, porque a *Lex Minicia* estabelece que o filho de estrangeiro siga a condição pior dos seus pais] (Epítome Ulpiani 5, 8).

28 *Ius civile* era o direito próprio dos cidadãos romanos e contrapunha-se, não só ao direito próprio de cada povo, como ao *ius gentium*, que era o direito comum a todos os povos e, portanto, aplicável nas relações dos romanos com os estrangeiros (cf. J. Pricio, *Historia y Fuentes del Derecho Romano*, 2ª edição, Madrid 1992, 12). Assim, *ius civile* e *ius gentium* constituíam o direito romano (*ius romanum*) (Cf. W. Kunkel, *Historia del Derecho romano*, trad. da 4ª. edição alemã, Barcelona 1991, p. 85; S. Cruz, *Direito Romano*, I, 4ª edição revista e actualizada, Coimbra 1984, pp. 45 e 2999).

29 Cf. P. Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, tradução da 8ª edição italiana (1925), Madrid 1929, p. 183; V. Arangio-Ruiz, *Instituzioni di diritto romano*, cit., p. 441; A. D'Ors, *Derecho Privado Romano*, cit., 219.

30 Cf. P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, cit., p. 267: «se com os estrangeiros não podiam contrair-se núpcias legais —*iustae nuptiae*—, tais uniões não são juridicamente irrelevantes».

31 «Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir poterit: nam et Sextus Caecilius ait, haec lex ad omnia matrimonia pertinent, et illud Hoimericum adfert: nec enim soli,

Além do matrimónio *iuris gentium*, outras uniões matrimoniais em que faltava o *conubium*, mas existia a honorabilidade social, foram sendo consideradas *iniusti matrimonii*. Con efeito, foi a jurisprudência clássica que elaborou esse conceito, ante a realidade social de um matrimónio contra as prescrições do direito (*ius civile*): tal matrimónio, por não estar de acordo com o direito (*iniustum*), não merecia que dele derivassem as consequências jurídicas próprias do *iustum matrimonium*, mas podia admitir uma gama na sanção civil, que permitisse matizar a gravidade *ads infracções*³².

Em tempos de Augusto, já seriam considerados *iniusti matrimonii* os matrimónios *iuris gentium* e provavelmente também os incestuosos³³; quanto aos matrimónios contra as proibições legais posteriores (*legal lulia et Papa Poppaea*³⁴ e mandatos imperiais) a considerá-los do mesmo modo, pela aceitação social dos mesmos.

Deste mogo, o conceito de *iniustum matrimonium* é ampliado, denotando sempre a falta de *conubium*.

O conceito de *matrimónio nulo (jurídicamente)* não parece pertencer à época clássica, uma vez que o matrimónio romano era uma *situação de facto*. Com efeito, aos juristas não lhes interessava a instituição em si mesma, mas apenas as consequências jurídicas provenientes da *situação* em que se encontravam os litigantes. Seria também a actividade da jurisprudência, perfilando gradualmente uma disciplina do matrimónio, e sobretudo e influência da concepção cristã, onde o matrimónio ganha uma

inquit, Atridae uxores suas amanti. [Evidentemente, o varão poderá empreender a acusação, que tenha sido iusta uxor, quer *iniusta*; pois também Sexto Cecílio diz que esta lei afecta a todos os matrimónios, e cita aquilo de Homero: porque não são só os Átridas —diz— que amam as suas mulheres] (Ulpianus, D 48, 5, 14, 1). Pelo contexto —*nec enim soli Atridae*— vê-se que se trata de matrimónios *iuris gentium*, e não de qualquer *iniustum matrimonium*.

Segundo Arangio-Ruiz, não só contra a *iniusta uxor* valem as sanções de adultério previstas pela *lex lulia de adulteriis*, como além disso deve admitir-se que também um matrimónio *Iniustum* originaria bigamia se houvesse outro matrimónio simultâneo (cf. V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 441).

32 Cf. J. Gaudemet, *Justum matrimonium*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 2 (1949), p. 315.

33 «Sed et si ea sit mulier, cum qua incestum commissum est, vel ea, quae, quamvis uxoris animo haberetur, uxor tamen esse non potest, dicendum est iure mariti accusare eam non posse, iure extranei posse» [Mas se se trata de mulher com a qual se cometeu incesto, ou aquela que, embora se tenha com ânimo de *uxor*, não pode ser *uxor*, deve-se dizer que não se pode acusar *iure mariti*, mas pode-se *iure extranei*] (Ulpianus, D 48, 5, 14, 4).

Em relação às uniões incestuosas, enquanto umas não podiam ter a aparência honrosa do matrimónio, outras eram reconhecidas como tal, talvez or causa do grau de parentesco (cf. *supra* nota 14).

34 Sobre as consequências jurídicas do *iniustum matrimonium* contra as proibições matrimoniais de Augusto, cf. M. Falcão, *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, cit., pp. 33-38.

dimensão sacramental, com referência especial à indissolubilidade, que levaria mais tarde os imperadores cristãos, e em particular Justiniano, a regular o matrimónio como intuição jurídica³⁵.

CONCLUSÃO

Seguindo a doutrina que reconhece o realismo o Direito Romano, para os juristas clássicos, o matrimónio não era senão uma situação de facto com relevância jurídica. Socialmente, considerava-se que havia matrimónio na convivência de um homem com uma mulher, quando esta participava da dignidade do marido (*honor matrimonii*, *affectio maritalis*); portanto, não se falava de matrimónio quando um deles não tivesse condição social digna (escravo, pessoa de vida ignominiosa, etc.).

Se um matrimónio possuía determinados requisitos —entre eles, um jurídico, o *conubium*—, era reconhecido pelo direito como *iustum matrimonium*, e dele derivavam algumas consequências jurídicas, como a *patria potestas dos filhos* e as relações entre os cônjuges. No caso de não existir o *conubium*, mesmo que socialmente fosse considerado matrimónio, seria contrário ao direito, não jurídico —*iniustum matrimonium*—; dele não se derivavam todas aquelas consequências jurídicas, mas sim a possibilidade da acusação de adultério e a impossibilidade de outra situação matrimonial simultânea.

Se a mulher não participasse da dignidade do marido, então não havia socialmente matrimónio, mas *concubinatio*, o qual não era considerado pelo direito —isto é, não tinha relevância jurídica—, excepto o caso do concubinato do patrono com a sua liberta, que era considerado honroso.

Quer dizer, o realismo do Direito Romano clássico considerava a realidade social como ela era, procurando ordená-la segundo o que parecia justo em cada época, mas sem pretender dar-lhe nome jurídico contrário à própria realidade, como ficção jurídica.

Miguel Falcão

Doutor em Direito Canónico

³⁵ Como entender, então, os textos jurídicos que mencionam expressamente a inexistência do matrimónio? Em nossa opinião, umas vezes, referem-se à falta de aparência conjugal honrosa, isto é, algo social (por exemplo, Ulpianus, D 24, 1, 32, 27); outras vezes, pelo contrário, afirmam a inexistência para o direito, embora houvesse a aparência social do matrimónio (por exemplo, Ulpianus, D 24, 1, 3, 1). Reflecte bem este último sentido o fragmento de Ulpiano tomado do livro *III ad legem Iuliam et Papiam*: à liberta que o seu patrono quer ter como *uxor*, retira-se-lhe o *conubium* com outro varão, de modo que «cuicumque nupserit, pro nupta habebitur» [com quem quer que se case, será rida como não casada] (Ulpianus, D, 24, 2, 11 pr).

DIREITO AO MATRIMÔNIO ANTE O III MILÊNIO*

INTRODUÇÃO

Com ocasião do 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e ante o III Milênio que se aproxima, cabe reflectir sobre novas perspectivas acerca do reconhecimento do *direito ao matrimônio*, quer na sociedade civil, quer na Igreja.

No direito da Igreja podem encontrar-se aparentes limitções ao direito ao matrimônio. Se o novo Código procurou reduzir os *impedimentos*, por outro lado assumiu certas *incapacidades*, que a jurisprudência de alguns tribunais tende a aplicar de modo cada vez mais amplo. A redução dos impedimentos favorece, de facto, o direito ao matrimônio; as incapacidades, porém, podem originar mais uma limitação a esse direito. Na prática, como os impedimentos se têm em conta antes do casamento, a sua redução vem facilitar a celebração do matrimônio; e como as incapacidades se têm mais em conta nos processos de matrimônios fracassados, elas vêm facilitar a declaração de nulidade deles, uma vez que o direito da Igreja nao reconhece o divórcio.

Pelo seu lado, na sociedade civil mesmo de matriz cristã, não só se continua a reduzir os impedimentos e as incapacidades para o matrimônio, como se chega a falar de equiparação ao matrimônio de quaisquer uniões sexuais. Será verdadeiramente um maior reconhecimento do direito ao matrimônio, ou será que simplesmente deixa de existir o verdadeiro matrimônio?

* Comunicação apresentada no X Congresso Internacional de Direito Canônico, promovido pela Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo, em Pamplona (Espanha), de 14 a 19 de Setembro de 1998, e publicada nas Actas do Congreso, El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 2001, pp. 553-562.

A presente comunicação centr-se no direito da Igreja procurando alertar para as consequências limitativas do direito ao matrimónio de certa *jurisprudência eclesiástica*. Se as incapacidades aceites por esses tribunais fossem tidas em conta antes do casamento, limitariam drasticamente a sua celebração; também com frequência, os tribunais invocam um alto ideal de matrimónio para justificar a incapacidade, parecendo assim reservar a sua celebração para uma elite; por fim, o número *in crescendo* de declarações de nulidade por incapacidade vai criando a insegurança a respeito da validade dos matrimónios celebrados. O que significa que deixa de ser convenientemente protegido o direito ao matrimónio, quer à sua estabilidade, quer à possibilidade de superação das dificuldades.

Como possível solução, propõe-se uma consideração jurídica menos *formalistas* e mais *realista* do matrimónio, tendo em conta a realidade teológica sacramental e a situação sociológica actual: a *realidade* do matrimónio deve ser definida pela teologia¹, enquanto a função do direito é tutelar essa realidade de acordo com as *condições dos tempos* (à semelhança do que acontece, por exemplo com a Eucaristia).

1. DIREITO NATURAL AO MATRIMÓNIO

Todo a cristão —como aliás todo o homem— tem direito inato ao matrimónio. Geralmente, a doutrina canónica fala de *ius connubii* para designar esse direito natural. Contudo, trata-se de uma expressão clássica do direito romano, significando precisamente que nem todos os homens gozavam do direito ao matrimónio.

Para o direito romano, o matrimónio (*nuptiae*) era uma situação honrosa de convívio conjugal entre um homem e uma mulher com uma certa dignidade. Só gozavam do *ius connubii*, isto é, o direito a viver em matrimónio, os cidadãos romanos livres e de vida digna; nesse caso, essa união tinha relevância jurídica (*iustum matrimonium*). Nos casos em que, mesmo havendo aparência social de matrimónio, os cônjuges não gozassem do *ius connubii* (por não serem cidadãos romanos ou por um deles estar abrangido por alguma proibição matrimonial), a união não tinha a mesma relevância para o direito (*iniustum matrimonium*). O *ius connubii* apare-

1 Ao modo como ofaz S. Tomás de Aquino e se reflecte na Summa Teologica (Suppl., qq. 45 ss), por exemplo: se o consentimento expreso por palavras, faltando o consentimento interior, origina o matrimónio (q. 45, a. 4); se o consentimento coagido dirime o matrimónio (q. 46, a. 3); se o consentimento condicionado origina o matrimónio (q. 46, a. 4); etc.

cia, assim, como uma capacidade jurídica para o matrimónio reconhecida pelo direito.

Por outro lado, mesmo socialmente não podia haver matrimónio para s escravos, sendo essa união conjugal um *contubernium*; e entre um senador e a liberta era considerado socialmente mais honroso vive em *concupinatus* do que em matrimónio. A diferença estava em que, no matrimónio, a mulher (*uxor*) participava da dignidade do marido (*honor matrimonii*), era monogâmico e exigia-se fidelidade. Além disso, o concubinado e o contubérnio eram precários em duração².

Nos primeiros tempos, o Cristianismo assumiu os costumes e o direito dos povos, desde que não estivessem em contraste com o Evangelho, ao mesmo tempo que os vivificava com a fé (*inculturação*). Em relação ao matrimónio romano, a novidade foi sobretudo a indissolubilidade. Além disso, qualquer que fosse a sua condição social, o cristão podia viver em união conjugal com características semelhantes. Deste modo, a expressão *ius connubii* foi ganhando o sentido de direito natural ao matrimónio.

O actual cân. 1058 (que reproduz o c. 1035 do anterior Código) tem sido entendido como expressão do direito natural ao matrimónio: *Omnes possunt matrimonium contrahere, qui iure non prohibentur*. Na perspectiva do Código de 1917, podia-se sublinhar a segunda parte do cânon, uma vez que ele encabeçava o capítulo dos impedimentos: isto é, as proibições estabelecidas pelo direito é que delimitam o alcance do direito ao matrimónio. Parece como se se desse mais importância ao que o direito positivo determine. No Código de 1983, o cânon situa-se na parte geral do título sobre o matrimónio e pode-se realçar a primeira parte, precisamente o direito natural ao matrimónio. Parece como se se desse mais importância ao direito natural, podendo discutir-se em que medida pode o direito positivo limitá-lo.

O *direito natural ao matrimónio* é um direito fundamental da pessoa humana, consequência da inclinação natural ao matrimónio, devida à complementaridade homem-mulher. Ele deve ser entendido não só como direito à celebração do matrimónio, mas também como direito à protecção e defesa do matrimónio celebrado. Este deve ser o objectivo do direito positivo. Na Igreja, o direito natural ao matrimónio é refoçado pela vocação ao matrimónio da maior parte dos fiéis, e como tal deve ser reconhecido e protegido pela autoridade e a comunidade eclesial.

2 Cf. M Falção, Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano, Pamplona 1973, pp. 5-10, 27-28; J. Gaudemet, Le mariage en Occident, Paris 1987, pp. 29-31, 36-38.

A *Carta dos Direitos da Família*, apresentada pela Santa Sé em 22-X-83, expõe de modo claro esse direito: «Cada homem e cada mulher, tendo atingido a idade matrimonial e a capacidade necessária, têm o direito de contrair matrimónio e constituir família sem discriminação de nenhum tipo; as restrições legais quanto a exercer este direito, sejam elas de natureza permanente ou temporária, podem ser introduzidas unicamente quando requeridas por graves e objecivas exigências da instituição do próprio matrimónio e do seu carácter social e público; devem respeitar, em todo o caso, a dignidade e os direitos fundamentais da pessoa humana». (art. I, a).

2. OS IMPEDIMENTOS

Na doutrina do Código de 1917, os *impedimentos* continham proibições graves que tornavam o matrimónio ilícito ou mesmo inválido (CDC 1917, c. 1036). Tratava-se de limitações do direito natural ao matrimónio que, por isso, deviam ter carácter excepcional, constar expressamente na lei a ser interpretadas em sentido estrito³.

O novo Código suprimiu os impedimentos *impedientes* (que tornavam apenas ilícito o matrimónio) —embora mantendo a *proibição* do matrimónio com un cristão não-católico (cân. 1124) —e alguns impedimentos *dirimentes* (que, além de ilícito, tornavam inválido o matrimónio)— como ode consanguinidade entre primos segundos (c. 1076, 2 e cân. 1091, 2), o de afinidade em linha colateral (c. 1077, 1 e cân. 1092) e o de parentesco espiritual (c. 1079).

Parece que a razão fundamental que levou à supressão dos impedimentos impedientes foi o não terem efeito senão na ordem moral⁴. É verdade que o direito se distingue da moral, embora a tenha sempre presente. O direito só considera as situações de justiça que acha conveniente tutelar juridicamente, isto é, coactivamente. Por isso, não faz sentido que o direito proíba algo, se não intervém em caso de infracção. Porém, no caso dos impedimentos impedientes, o direito intervnhia se tinha deles conhecimento: concretamente, o pároco não devia assistir ao matrimónio (c. 1019 e cân. 1066).

3 Cf. A. Bernárdez Cantón, *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, 6º ed., Madrid 1989, p. 54; J. Hervada-P. Lombardía, *El Derecho del Pueblo de Dios. III. Derecho Matrimonial* (1), Pamplona 1973, pp. 315-317.

4 Cf. J. Fornés, *Introdução ao cap. II «Dos impedimentos dirimentes em geral»*, in *Universidade de Navarra, Código de Direito Canónico, edição anotada*, Pamplona 1984, p. 654.

Penso que é próprio do direito *proibir* (e permitir) determinadas condutas, uma vez que lhe compete tutelar e promover os direitos e liberdades pessoais, em função do bem bomum. No caso do matrimónio, para respeitar um direito natural, somente se deve proibir quando a matéria é grave. Assim, as *proibições matrimoniais* devem afectar apenas aquelas situações que o direito considera muito relevantes. Em caso de infração, esta deveria ser punida se há contumácia, havendo lugar para o perdão se há arrependimento; se a matéria da proibição é mais grave ainda, considera-se geralmente que a consequência de infração pode chegar a ser a *nulidade* do matrimónio celebrado.

Em relação aos impedimentos dirimentes suprimidos pelo novo Código e acima referidos, podia-se perguntar se realmente havia matéria tão grave para que o matrimónio fosse declarado inválido; além disso, esses impedimentos eram dos considerados *de grau menor* (c. 1042), isto é, mais fáceis de ser dispensados (c. 1054). A gravidade das situações depende dos costumes de cada tempo e da consideração do legislador. Ao promulgar-se o novo Código, entendeu-se que já não havia essa gravidade. É, pois, possível continuar a fazer essa pergunta em relação a outros impedimentos que se mantiveram.

Concretamente, que sentido faz manter como dirimente um impedimento que pode ser dispensado, como o de consanguinidade entre primos diretos (cân. 1091, 2 e cân. 1078)? No caso de não se ter obtido dispensa, por inadvertência ou por ignorância, será motivo para declarar-se inválido? Para evitar tais matrimónios na sociedade, não bastaria uma proibição?

Um caso mais delicado é o impedimento do celibato eclesiástico. A partir da ordenação de diácono, o matrimónio subsequente é inválido (cân. 1087). No entanto, este impedimento pode ser dispensado pela Santa Sé (cân. 1078, 2). Por que é que esse matrimónio que se pretende evitar com firmeza se toma válido, se houver dispensa? Não bastaria a proibição de futuro matrimónio que se levanta mediante a dispensa?⁵

3. CONSEQUÊNCIAS DAS PROIBIÇÕES MATRIMONIAIS

Disse que é próprio do direito estabelecer *proibições* a determinados matrimónios. Como a doutrina afirma em relação aos impedimentos, essas

⁵ A conveniência de ser considerado inválido o matrimónio contraído havendo uma proibição muito grave podia entender-se quando havia matrimónios clandestinos.

proibições, como limitações que são a um direito natural, devem ter carácter excepcional. Proíbem-se aqueles matrimónios que afectem gravemente o bem comum: essa é a razão de ser da proibição. A sanção para a sua infracção pode variar: desde uma penitência imposta até à invalidade jurídica. Ao direito, também cabe recomendar o que pareça mais conforme com o bem comum, oferecendo um estímulo gratificante.

No direito canónico clássico, não existia a nação de *nulidade* do matrimónio. O Decreto de Graciano contempla os casos em que não é possível o matrimónio ou, se celebrado, existia a obrigação da separação; nalguns casos, não existia essa obrigação, mas era imposta uma penitência.

Mesmo nas Decretais de Gregório X, não parece que a autoridade possa tornar *nulo* um matrimónio, mas pode proibi-lo – e dentro de certos limites: o bem comum ou reconhecer que ele é nulo, por circunstâncias que afectem desse modo o próprio matrimónio.

Em minha opinião, o problema não está em que a Igreja estabeleça proibições que originem ilicitudes que devem ser punidas e mesmo «nulidades» naturalmente mais gravemente punidas, mas em como entender essas «nulidades». Por exemplo, o impedimento que disparidade de culto podia deixar de ser invalidante (cân. 1086), uma vez que facilmente se lhe concede dispensa (cân. 1078) e até deixar de ser proibição; mas mesmo que seja actualmente invalidante, porquê pretender que *na realidade* o matrimónio seja nulo?

Os *vetita* (cân. 1684) são exemplo de como o direito podia limitar-se a essas proibições: proibições que tomam ilícito o matrimónio, mas em geral não inválido.

As proibições matrimoniais têm em vista defender a instituição matrimonial, mas também são muito influenciadas pela cultura dos tempos. Assim, é válido ou lícito o matrimónio quando um dos contraentes está contagiado pela SIDA? Para a mentalidade moderna, que lhe ganhou horror, a pessoa contagiada é incapaz para a convivência matrimonial, e não admira que haja quem advogue a invalidade. Sem chegar a este extremo, a Igreja podia estabelecer pelo menos uma proibição, mas teria de haver razões especialmente graves (que podia ser horror referido). No entanto, PIO XI rejeitou uma hipótese semelhante, embora reconhecesse que se podia aconselhar que não contraíssem matrimónio⁶. Na mesma linha ia PIO XII: «desaconselhar não significa proibir»⁷.

⁶ Cf. Pio XI, Encíclica *Casti connubi* (31-XII-30), D 2245, opondo-se a teses estatais.

⁷ Pio XIII, Discurso aos participantes no Congreso Internacional de Genética Médica (17-IX-53).

4. A NULIDADE DO MATRIMÓNIO

A noção de *nulidade* do matrimónio é posterior ao direito canónico clássico, aquele que herda a herança do direito romano. Em lugar de impedimento matrimonial, falava-se de matrimónio que não podia ser celebrado, ou caso tivesse sido celebrado requerer-se-ia a separação dos cônjuges⁸.

Presentemente, tende-se a identificar a «nulidade» do matrimónio com a realidade, como se *na realidade* esse matrimónio não existisse. Parece-me que se deveria repensar o assunto. O direito não pode ter a pretensão de *determinar* a realidade, mas antes de a reconhecer para poder *intervir* nela segundo a justiça. Se declara a «nulidade» de um matrimónio, isto deveria ser entendido no sentido de que tal matrimónio não é considerado para o direito, independentemente de que ele exista ou não na realidade.

Neste sentido, talvez se pudesse reservar o termo *nulo* para o matrimónio inexistente na realidade e *inválido* para o matrimónio que o direito não considera (cán. 1073).

Uma forte objecção podia ser levantada: então, pode haver um matrimónio que seja real, mas inválido para o direito, ou um matrimónio válido para o direito que não exista na realidade?

Mesmo na actual jurisprudência, ao declarar-se a nulidade de um matrimónio, está-se a reconhecer que, antes, quele matrimónio válido para o direito não existia na realidade. Além disso, dada a imperfeição da justiça eclesiástica no que tem de humano, não existe infalibilidade que garanta que uma sentença de validade ou invalidade de um matrimónio corresponda necessariamente a um matrimónio existente ou inexistente na realidade.

Como recorda Héctor Franceschi na conferência preparada para o Congresso, «*Ius connuii*» y sistema matrimonial, GRaciano, a propósito dos matrimónios clandestinos, faz uma clara distinção entre realidade substantiva e realidade processual: se há um matrimónio clandestino, mesmo que nunca tenha sido provado, ele continuará a existir, e quem celebre um novo matrimónio encontrar-se-á numa situação de adultério objectivo.

8 «Não está nada claro que ao longo do primeiro milénio a existência, num concreto matrimónio, de um impedimento de género que com o tempo se denominará *dirimente*, implicasse o que hoje classificaríamos como nulidade do matrimónio; antes, aplicava-se a separação ou dissolução o algo irregular. Isso acontecerá somente a partir do séx. XI-XII, quando a própria noção de nulidade se perfila como uma categoria autónoma e diversa da separação ou da dissolução». (R. Navarro-Vals, *Matrimonio y Derecho*, Madrid 1995, p. 22).

Se assim é, será indiferente que o direito corresponda ou não á realidade? Se o direito, enquanto humano, é imperfeito, contudo, o seu objetivo, é precisamente estabelecer uma ordem social realmente justa; e, no caso que estamos a contemplar, adequar-se à realidade: se existe ou não aquele matrimónio. O que se torna necessário é resistir á tentativa de identificar a sentença com a realidade, com toda a reverência que merecem os juízes, especialmente os colocados nos mais altos graus.

Uma consequência deste modo de entender o direito é a necessidade de ele evoluir constantemente procurando os meios mais adequados para se aproximar da realidade; e a abertura para aceitar as críticas eventuais, meditando nelas e, se for caso disso, rectificando quanto antes.

Outra consequência, mais delicada, diz respeito aos cônjuges que, em consciência, pensam que o seu matrimónio existe ou não, ao contrário do que tenha ficado assente pelo direito. Aqui têm de conjugar-se a moral e a pastoral, para encontrarem uma solução conforme con a fé⁹.

5. DIREITO E REALIDADE

Os problemas que actualmente a jurisprudência eclesiástica tem levantado a respeito da validade do matrimónio talvez possam ser superados por uma reconsideração da relação entre *direito e realidade*.

O número crescente de declarações de nulidade matrimonial e a tendência a ir considerando novos capítulos de nulidade partem em geral de uma consideração formalista do direito. O elemento essencial parece ser a análise do momento em que se presta o consentimento matrimonial na presença do celebrante, para saber se então se reuniam ou não os requisitos necessários estabelecidos pela lei eclesiástica; lei que, por sua vez, é interpretada com base em textos conciliares que ensinam o *que dev e ser* o matrimónio cristão. O resultado é uma elevada ideia do matrimónio, que apenas uma elite poderá viver¹⁰, e a conclusão consequente de nulidade de grande parte dos matrimónios.

Foi o Concílio de Trento que estabeleceu a *forma canónica* para a validade do matrimónio, depois de uma longa discussão. Pretendia-se aca-

9 Cf. Congregação para a doutrina da fé, Carta aos Bispos da Igreja Católica respeito da recepção eucarística por fiéis divorciados novamente casados, 14-IX-94.

10 Cf. João Paulo II, Reflexos jurídicos dos aspectos personalistas do marimonio, discurso aos membros do Tribunal da Rota Romana (27-1-97).

bar de vez com a praga dos matrimónios clandestinos, sempre condenados pelas Igreja, mas também por ela reonhecidos como válidos, desde que se provasse a troca do consentimento mútuo. Á medida que o decreto *Tametsi* ia entrando em vigor, era inválido o matrimónio contraído sem a forma requerida. A evolução posterior, provavelmente influenciada pelo direito civil continental, centralizador, levou a concentrar-se no momento da manifestação formal do consentimento. Assim, se um noivo que realmente casarse, mas vai ao casamento embriagado, este não é válido por falta de uso da razão! Venceu o formalismo do novo direito¹¹.

Até então, a atitude do direito era de abertura e de estudo de toda a realidade matrimonial. Tratava de analisar toda a realidade, e não só o momento da manifestação do consentimento. Não havia a pretensão de ser o direito a determinar a realidade, mas antes um esforço para o direito se adequar à realidade.

A indissolubilidade do matrimónio na doutrina do Evangelho levantara esta questão: quando se considera existente o matrimónio, de modo a não ser permitida a separação e posterior matrimónio? A polémica debatia-se entre a cópula e o consentimento, aparentemente entre o direito germânico e o direito romano. Na verdade, como dissemos, o direito romano considerava o matrimónio uma situação de facto, portanto, contemplava toda a realidade matrimonial, e não só um momento determinado, para saber se existia ou não o *honor matrimonii*. O herdeiro do direito romano foi o direito canónico clássico. Para Graciano, o que mostra a existência do matrimónio indissolúvel é a cópula livre. O matrimónio existe com o consentimento mútuo, mas só depois da união conjugal é ele radicalmente indissolúvel, mesmo para a Igreja. É sabido que na polémica entraram teólogos e canonistas. O tempo havia de inclinar a balança a favor da tese do contentimento.

Em minha opinião, esta é uma questão do direito (canónico), a que deve dar uma resposta prática. O que me parece desconcertante é afirmar que essa solução jurídica coincide com a realidade. É preciso aceitar que a função própria do direito é ordenar a sociedade, sem pretensão de determinar a realidade. Quer dizer, embora o direito proíba um novo matrimónio, ou o permita, a realidade é o que é; o direito procura adequar-se a essa realidade e á justiça, mas deve reconhecer a sua limitação e imperfeição. Mesmo assim é um elemento essencial na vida social. Como con-

11 O próprio Código procura atenuar as consequências de formalismo jurídico, quer com a *convalidação simples* (cân. 1156-1160), quer até com a *sanação na raiz* (cân. 1161-1165).

hecer, então, a realidade? Não deveria ser definida pela teologia (como, no direito civil, é preciso ter em conta a filosofia)?¹².

Quando a autoridade eclesiástica afirma a nulidade de um matrimónio, cabe pensar que é nulo simplesmente para o direito. Se existe ou não na realidade, é outro assunto. Mas, então, pode existir na realidade e ser considerado nulo para o direito? Não há inconveniente, como atrás se disse. Recorde-se a imperfeição do direito. A sua grandeza está em procurar adequar-se à realidade; a sua imperfeição está em nem sempre o conseguir. Pelo contrário, se identifica o direito com a realidade, fica o campo aberto para a arbitrariedade. Aliás, a própria experiência mostra que o direito nem sempre se adequa à realidade. Pensemos no caso dos processos criminais. O direito procura descobrir o verdadeiro criminoso e a sua participação no crime. Porém, quantas vezes condena o inocente e absolve o culpado!

Os matrimónios clandestinos eram proibidos, com penas, mas não se duvidava da sua validade. Havia normas para a sua prova. No caso de impossibilidade de provar esses matrimónios, distinguia-se entre o foro interno onde pode existir o vínculo e o foro externo que prevalece para o direito¹³. Aqui está um bom exemplo da adequação do direito à realidade, sem pretensão de determinar a realidade. A Igreja reconhecia que não pode dispensar a indissolubilidade do matrimónio clandestino.

Com tempo, a regulação jurídica do matrimónio afasta-e da realidade, dá-se cada vez mais primazia ao consentimento, isto é, ao acordo de vontades. Deixa de se ter tanto em conta a inclinação que natural para o matrimónio e a consumação. O matrimónio, mais do que união entre duas pessoas, de carácter singular, é encarado como contrato jurídico, embora de carácter especial¹⁴.

12 Recorde-se e actual polémica sobre se o nascituro é ou não pessoa humana. Com muita frequência se esquece que o direito, antes de se pronunciar, deverá conhecer os resultados da filosofia e da ciência. Se o direito nega a personalidade ao nascituro —como, na Antiguidade, ao escravo—, nem porisso deixam eles de ser pessoas humanas.

Ou então, convém precisar que a «personalidade jurídica» significa apenas um atributo jurídico, um voluntarismo, independente da realidade, isto é, uma ficção jurídica.

13 Assim se explica na *Summa Theologica* de S. Tomás, a respeito de outra questão: «Acerca do matrimónio, podemos considerar de dois modos. Quanto ao foro de consciência se fizeram com promessa de futuro, se realmente faltou o consentimento interior (...). Quanto ao juízo da Igreja, uma vez que se julga do que se manifesta externamente, e nada pode significar melhor o consentimento do que a cópula carnal, estima-se que a cópula carnal posterior aos esposais origina o matrimónio, e não ser que surjam sinais expressos de dolo ou fraude». (*Suppl.*, q. 46, 2.).

14 Já o alertava Viladrich, num texto em polémica com o sistema matrimonial civil. As suas afirmações parecem-me bem a propósito do sistema matrimonial canónico, também este um direito positivo humano. Sitamos a seguir.

O Código de 1917 falava de *inabilidade* jurídica, isto é, determinada pelo direito. O Código de 1983 acrescenta a *incapacidade*, correndo o risco de confundir a jurídica com a física. Talvez se pudesse reservar *incapacidade* para o sentido físico, e *inabilidade* para o sentido jurídico.

Torna-se necessário regressar ao *realismo jurídico*, como bem aponta Héctor Franceschi: o matrimónio, mais do que sistema jurídico de normas, é uma realidade que exige um sistema jurídico que o reconheça, regule, proteja e promova.

CONCLUSÃO

Como reconhecia Viladrich, para o sistema matrimonial canónico ser *realista*, deve ser *verdadeiro* (isto é, ajustar-se aos elementos essenciais do matrimónio segundo os ensinamentos do Magistério) e *eficaz* (isto é, ajustar-se ao contexto histórico concreto em que se realizam o matrimónio e a família). Se falha um destes ajustamentos, o sistema matrimonial perderá realismo. Cada época apresenta uma capacidade peculiar para fazer per-

Existe «a convicção —bastante divulgada aliás— de que o matrimónio é, antes de mais, uma *realidade legal*, uma estrutura prevista pela lei para legalizar as relações sexuais (...) Neste sentido, dizem que *os casa* o pároco, ou o notário ou, em qualquer caso, o Direito. Então, o matrimónio obscurece-se como realidade interpessoal e natural entre os contraentes, para tornar-se uma realidade legal, formalista e bucrática. Quando isto acontece, perdeu-se o sentido mais real e mais natural do verdadeiro matrimónio (...).»

Deixou de se ter em conta «a distinção essencial entre o matrimónio, como *realidade natural*, e a *regulação legal* do matrimónio por parte de um sistema jurídico concreto. (...).

«Porque o matrimónio é, antes de mais, uma realidade natural da humanidade, o homem possui de modo inato um *direito a casar-se*, isto é, a fundar uma união conjugal. Como essa união ãe uma criação do legislador, também o direito a casar-se não ãe uma *concessão* que o legislador faz aos seus súbditos. Este direito —a que os clássicos chamaram *ius connubii*— é uma exigência de justiça fundamentada na própria natureza humana. Daí ser um direito humano fundamental, cuja existência é prévia ao Estado e que nenhum poder pode ignorar, desprezar ou restringir arbitrariamente (...).

«O legislador, num segundo momento, pode regular ordenadamente o exercício deste direito a casar-se, o que implica a necessidade de umas normas ou *direito matrimonial*. É claro, porém, que o matrimónio, como união conjugal, *não é primariamente um fenómeno legal*, mas sim uma realidade prévia e natural. Quando o legislador a regula, para garantir o seu exercício ou ordenado, não pode desvirtuar essa realidade natural, substituindo-a por um artifício legal, como tão-pouco pode mudar, com as leis, as linhas mestras daquilo que o matrimónio é por exigência da natureza humana. As leis matrimoniais —os sistemas jurídicos— regulam uma realidade que já existe antes; uma realidade que não criam, ao regulá-la, mas simplesmente canalizam para que se pratique do modo mais depurado possível. Não se pode, por isso, confundir matrimónio com o *direito matrimonial*, nem união conjugal, que é uma realidade natural, com aquilo que não são mais do que prescrições legais». (P. Viladrich, *Agonía do casamento legal*, Braga 1978, pp. 145-148; os sublinhados são do Autor).

der esse realismo. É pois, necessário que, em cada época, se faça uma reflexão crítica sobre o sistema matrimonial canónico em vigor, denunciando as suas consequências anómalas em contraste com a doutrina da Igreja, bem como as suas casusas, e propondo considerações oportunas¹⁵.

Estimo que a nossa época se caracteriza pelo relativismo (a verdade substituída pelo pragmatismo) e por um individualismo exacerbado (liberdade e direitos individuais, inependentemente da sua repercussão social). Em minha opinião, o direito matrimonial canónico ante o III Milénio deveria assumir o seu *carácter relativo* ao serviço da *verdadera e da justiça*, isto é, procurar adequar-se à *realidade* teológica¹⁶ e tutelar melhor o *bem comum* eclesial, na esperança de que assim contribua para a vivência do matrimónio e da família cristã e para a santificação dos fiéis. Ou talvez o futuro nos reserve uma solução melhor.

Miguel Falcão

Doutor em Direito Canónico
Lisboa-Portugal

15 Cf. P. Viladrich, Matrimonio y sistema matrimonial de la Iglesia; Lição inaugural do ano académico do Studio Rotale della Sacra Rota Romana, Rma 11-XI-86, in *Ius Canonicum*, 27 (1987), 54, pp. 502-507.

16 Como dizia João Paulo II, «as normas canónicas são apenas a expressão *jurídica* de uma realidade *antropológica* subjacente, e a esta é necessário referir-se também para evitar o perigo de interpretações de conveniência» (Discurso de 27-1-97, cit., n. 3; o sublinhado é do Papa).