

**DIREITO NATURAL
E RELEVÂNCIA DO ERRO NO MATRIMÓNIO,
SEGUNDO S. TOMÁS DE AQUINO ***

Miguel Falcão
Doutor em Direito Canónico

S. Tomás parece dizer que “por direito natural, o erro torna nulo o matrimónio”¹. Qual o alcance desta sua afirmação?

- a) Todo o erro torna nulo o matrimónio?
- b) E é por direito natural?

1. Que erro torna nulo o matrimónio?

À primeira questão, S. Tomás responde: só torna nulo o matrimónio o erro da pessoa (*error personae*) e o erro da condição servil (*error conditionis*). E explica: “Para que o erro impeça o matrimónio, é preciso que seja acerca de algo da essência do matrimónio”².

S. Tomás aceita de Pedro Lombardo a definição de matrimónio como “união marital”, referida à sua essência³; assim como a definição que Hugo de S. Víctor dá de matrimónio como “consentimento”, referido à causa do matrimónio⁴.

Como se sabe, a Escola de Bolonha defendia que o matrimónio iniciava com o consentimento, mas aperfeiçoava-se com o acto conjugal, de modo que, antes da consumação, podia ser dissolvido por diversas causas. Pelo contrário, a Escola de Paris afirmava que o consentimento era suficiente para a perfeição do matrimónio, de modo que uma vez celebrado era absolutamente indissolúvel.

Contudo, todos estavam de acordo em que o matrimónio existe desde o consentimento mútuo, que é portanto a sua causa eficiente, e não a cópula. S. Tomás explica que, para se realizar o acto conjugal – e não um simples acto sexual fornicário –,

* Comunicação apresentada no XIII Congresso Internacional de Direito Canónico, organizado pela *Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo*, em Veneza (17 a 21 de Setembro de 2008), sob o tema *Il “Ius divinum” nella vita della Chiesa*.

¹ “Et sic error de iure naturali habet quod evacuet matrimonium” (*S. Th., Suppl.*, q. 51, a.1).

² “Unde oportet quod error qui matrimonium impedit, sit alicuius eorum quae sunt de essentia matrimonii. Duo autem includit ipsum matrimonium, scilicet personas duas quae coniunguntur, et mutuam potestatem in invicem, in qua matrimonium consistit. Primum autem tollitur per errorem personae; secundum per errorem conditionis, quia servus non potest potestatem sui corporis libere alteri tradere sine consensu domini sui. Et propter hoc hi duo errores matrimonium impediunt, et non alii” (*S. Th., Suppl.*, q. 51, a. 2).

³ “Sunt ergo nuptiae vel matrimonium, viri mulierisque conjunctio maritalis, inter legitimas personas individuam vitae consuetudinem retinens” (PEDRO LOMBARDO, *Sententiarum libri quatuor*, IV, dist. XXVII, 2; MIGNE, *P.L.*, CXCII, col. 910).

“Definitio autem in littera posita tangit essentiam matrimonii, scilicet *coniunctionem*. (...) Ponit etiam differentiam contrahentem ad speciem, in hoc quod dicit *maritalis* (...)” (*S. Th., Suppl.*, q. 44, a. 3).

⁴ “Conjugium esse consensum legitimum, hoc est inter legitimas personas et legitime factum masculi et feminae ad individuaem vitae consuetudinem observandam” (HUGO DE S. VÍCTOR, *De Sacramentis Christianae fidei*, L. II, pars XI, cap. 4; MIGNE, *P.L.*, CLXVI, col. 485).

“Nam definitio Hugonis tangit causam, scilicet consensum (...)” (*S. Th., Suppl.*, q. 44, a. 3).

é preciso que cada um dos cônjuges tenha poder sobre o corpo do outro – segundo *1 Cor 7, 4* –, o que somente se adquire pelo consentimento mútuo ⁵.

Por isso, diz S. Tomás que “o matrimónio implica duas coisas: duas pessoas que se unem e o mútuo poder” que cada uma tem sobre o corpo da outra em ordem à união conjugal. “O primeiro aspecto é afectado pelo erro da pessoa; o segundo, pelo erro da condição servil, porque o servo não pode entregar livremente a outro o poder sobre o seu corpo, sem o consentimento do seu senhor. Por isso, estes dois erros impedem o matrimónio, e mais nenhum” ⁶.

Se é o consentimento que origina o matrimónio, “o que impeça o consentimento impede o matrimónio. Ora o consentimento é um acto da vontade que pressupõe um acto do entendimento. (...) Quando o erro impede o conhecimento, segue-se também um defeito do consentimento, e em consequência do matrimónio. E assim, por direito natural, o erro torna nulo o matrimónio” ⁷.

Passemos à segunda questão.

2. O que entende S. Tomás por *direito natural*?

S. Tomás pergunta em que sentido o matrimónio é natural. Para ele, o matrimónio é natural no sentido de ser uma inclinação da Natureza. Com efeito, pela razão natural vê-se que o homem tem inclinação para o matrimónio por duas razões. Em primeiro lugar, quanto ao seu fim principal, que é o bem da prole; pois, para a geração e educação da prole, é necessário que haja alguma estabilidade na união dos progenitores. Em segundo lugar, quanto ao fim secundário do matrimónio, que é a ajuda mútua na vida familiar, onde umas coisas competem aos homens e outras às mulheres ⁸.

No entanto, ao constatar-se que o matrimónio não é igual em todos os povos, S. Tomás diz que “a natureza humana não é imutável como a divina; por isso, as coisas

⁵ “Utrum consensus sit causa efficiens matrimonii”.

“Praeterea, unus non accipit potestatem in eo quod est libere alterius, nisi per eius consensum. Sed per matrimonium accipit uterque coniugum potestatem in corpus alterius, ut patet *1 Cor 7, 4*, cum prius uterque liberam potestatem sui corporis haberet. Ergo consensus facit matrimonium” (*S. Th., Suppl.*, q. 45, a. 1, *sed contra 2*).

⁶ Cf. *supra*, nota 2.

⁷ “Respondeo dicendum quod quidquid impedit causam de sui natura, impedit et effectum similiter. Consensus autem est causa matrimonii, ut dictum est [q. 45, a.1]. Et ideo quod evacuat consensum, evacuat matrimonium. Consensus autem voluntatis est actus, qui praesupponit actum intellectus. Deficiente autem primo, necesse est defectum contingere in secundo. Et ideo, quando error cognitionem impedit, sequitur etiam in ipso consensu defectus. Et per consequens in matrimonio. Et per error de iure naturali habet quod evacuet matrimonium” (*S. Th., Suppl.*, q. 51, a. 1).

⁸ “(...) Alio modo dicitur naturale ad quod natura inclinatur, sed mediante libero arbitrio completur: sicut actus virtutum dicuntur naturales. Et hoc modo matrimonium est naturale: quia ratio naturalis ad ipsum inclinatur dupliciter. Primo, quantum ad principalem eius finem, qui est bonum prolis. Non enim intendit natura solum generationem prolis, sed traductionem et promotionem usque ad perfectum statum hominis in quantum homo est, qui est status virtutis. Unde, secundum Philosophum, tria a parentibus habemus: scilicet *esse, nutrimentum et disciplinam*. Filius autem a parente educari et instrui non posset nisi determinatos et certos partes haberet. Quod non esset nisi esset aliqua obligatio viri ad mulierem determinatam, quae matrimonium facit.

“Secundo, quantum ad secundarium finem matrimonii, qui est mutuum obsequium sibi a coniugibus in rebus domesticis impensum. Sicut enim naturalis ratio dictat ut homines simul cohabitent, quia unus non sufficit sibi in omnibus quae ad vitam pertinent, ratione cuius dicitur homo *naturaliter politicus*; ita etiam eorum quibus indiget ad humanam vitam, quaedam opera sunt competentia viris, quaedam mulieribus. Unde natura monet ut sit quaedam associatio viri ad mulierem, in qua est matrimonium” – Et has duas causas ponit Philosophus in VIII *Ethicorum*” (*S. Th., Suppl.*, q. 41, a.1).

que são de direito natural se diversificam segundo os diversos estados e condições dos homens, enquanto nas coisas divinas nada varia naturalmente⁹.

Que quererá dizer S. Tomás? Como pode variar o direito natural se a natureza humana não se altera? Mais adiante, o Santo Doutor dá por sabido que “os preceitos de direito natural obrigam em todos os tempos”¹⁰.

Vejamos o que diz no tratado sobre a *Lei natural* (*S. Th.*, I-IIae, q. 94).

“A lei natural é a participação da Lei eterna na criatura racional”, “como se a luz da razão natural, pela qual distinguimos o bem do mal, fosse a impressão da luz divina em nós”¹¹; isto é, a lei natural é o conhecimento que o homem tem, pela razão natural, da Lei eterna de Deus a seu respeito¹².

Os preceitos da lei natural são em si mesmos evidentes – como os primeiros princípios da razão. O primeiro preceito da lei natural é que “se deve fazer o bem e evitar o mal”, e nele fundamentam-se todos os outros preceitos da lei natural. Pertence à lei natural tudo aquilo a que o homem se encontra inclinado naturalmente, quer enquanto substância ou ser – como a conservação da sua vida –, quer enquanto animal – como o matrimónio e a educação dos filhos –, quer enquanto racional – como o conhecer a verdade e actuar segundo a razão¹³.

⁹ “Praeterea, naturalia sunt eadem apud omnes. Sed non eodem modo est matrimonium apud omnes: cum pro diversis legibus diversimode matrimonium celebretur” (*S. Th.*, *Suppl.*, q. 41, arg. 3).

“Ad tertium dicendum quod, secundum Philosophum, in VII *Ethic*, natura humana non est immobilis, sicut divina. Et ideo diversificantur ea quae sunt de iure naturali secundum diversos status et conditiones hominum: quamvis ea quae sunt in rebus divinis naturaliter nullo modo varientur” (*S. Th.*, *Suppl.*, q. 41, a. 1, ad 3).

¹⁰ “Praeterea, praecepta iuris naturalis secundum omne tempus obligant” (*S. Th.*, *Suppl.*, q. 41, a. 2, arg. 2).

¹¹ “(...) Inter cetera autem rationalis creatura excellentiori quodam modo divinae providentiae subiacet, in quantum et ipsa fit providentiae particeps, sibi ipsi et aliis providens. Unde et in ipsa participatur ratio aeterna, per quam habet naturalem inclinationem ad debitum actum et finem. Et talis participatio legis aeternae in rationali creatura lex naturalis dicitur. Unde cum Psalmista dixisset [*Ps* 4, 6], *Sacrificate sacrificium iustitiae*, quasi quibusdam quaerentibus quae sunt iustitiae opera, subiungit: *Multi dicunt, Quis ostendit nobis bona?* cui quaestioni respondens, dicit: *Signatum est super nos lumen vultus tui, Domine*: quasi lumen rationis naturalis, quo discernimus quid sit bonum et malum, quod pertinet ad naturalem legem, nihil aliud sit quam impressio divini luminis in nobis. Unde patet quod lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura” (*S. Th.*, I-IIae, q. 91, a. 2).

¹² “Quando os gentios, que não têm a Lei [de Moisés], cumprem naturalmente os preceitos da Lei, sem terem a Lei, eles são lei para si mesmos; e mostram que o conteúdo da Lei está escrito nos seus corações, dando-lhes ao mesmo tempo testemunho a sua própria consciência, com os pensamentos que ora os acusam ora os defendem” (*Rom* 2, 14-15).

¹³ “Respondeo dicendum quod, sicut supra [q. 91, a. 3] dictum est, praecepta legis naturae hoc modo se habent ad rationem practicam, sicut principia prima demonstrationum se habent ad rationem speculativam: utraque enim sunt quaedam principia per se nota. (...)”

“(...) Et ideo primum principium in ratione practica est quod fundatur supra rationem boni, quae est, *Bonum est quod omnia appetunt*. Hoc est ergo primum praeceptum legis, quod bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum. Et super hoc fundantur omnia alia praecepta legis naturae: ut scilicet omnia illa facienda vel vitanda pertineant ad praecepta legis naturae, quae ratio practica naturaliter apprehendit esse bona humana.

“Quia vero bonum habet rationem finis, malum autem rationem contrarii, inde est quod omnia illa ad quae homo habet naturales inclinationem, ratio naturaliter apprehendit ut bona, et per consequens ut opere prosequenda, et contraria eorum ut mala et vitanda. Secundum igitur ordinem inclinationum naturalium, est ordo praeceptorum legis naturae. Inest enim primo inclinatio homini ad bonum secundum naturam in qua communicat cum omnibus substantiis: prout scilicet quaelibet substantia appetit conservationem sui esse secundum suam naturam. Et secundum hanc inclinationem, pertinent ad legem naturalem ea per quae vita hominis conservatur, et contrarium impeditur. – Secundo inest homini inclinatio ad aliqua magis specialia, secundum naturam in qua communicat cum ceteris animalibus. Et secundum hoc, dicuntur ea esse de lege naturali *quae natura omnia animalia docuit* [*Dig.*, lib. I, tit. I,

Mas, se os preceitos da lei natural são em si mesmos evidentes e comuns para todos os homens, as suas conclusões particulares nem sempre o são, podem variar com as situações e condições dos povos¹⁴. Neste sentido, a lei natural é imutável quanto aos primeiros princípios (*prima praecepta*), mas pode variar quanto aos preceitos secundários (*secunda praecepta*).

É interessante ver como S. Tomás explica que a lei natural pode variar, não obstante o *dictum* de Graciano de que “o direito natural começou com o princípio da criatura racional, e não varia com o tempo, mas permanece imutável”¹⁵. No sentido de algo lhe ser acrescentado, “nada impede que a lei natural varie, porque de facto muitas disposições úteis para a vida humana foram acrescentadas à lei natural, quer pela lei divina, quer pelas leis humanas”. No sentido de algo lhe ser subtraído, deixando de ser de lei natural, “a lei natural é absolutamente imutável no que se refere aos primeiros princípios. Mas, quanto aos preceitos secundários, que são como conclusões próximas dos primeiros princípios, a lei natural também é imutável enquanto mantém a sua validade na maioria dos casos, mas pode variar em alguns casos particulares, em que por motivos especiais não é possível a sua observância”¹⁶.

leg. 1], ut est coniunctio maris et feminae, et educatio liberorum, et similia. – Tertio modo inest homini inclinatio ad bonum secundum naturam rationis, quae est sibi propria: sicut homo habet naturalem inclinationem ad hoc quod veritatem cognoscat de Deo, et ad hoc quod in societate vivat. Et secundum hoc, ad legem naturalem pertinent ea quae ad huiusmodi inclinationem spectat: utpote quod homo ignorantiam vitet, quod alios non offendat cum quibus debet conversari, et cetera huiusmodi quae ad hoc spectant” (*S. Th.*, I-IIae, q. 94, a. 2). “

¹⁴ “Respondeo dicendum quod, sicut supra [a. 2, 3] dictum est, ad legem naturae pertinent ea ad quae homo naturaliter inclinatur; inter quae homini proprium est ut inclinetur ad agendum secundum rationem. (...) Sed ratio practica negotiatur circa contingentia, in quibus sunt operationes humanae: et ideo, etsi in communibus sit aliqua necessitas, quanto magis ad propria descenditur, tanto magis invenitur defectus. Sic igitur in speculativis est eadem veritas apud omnes tam in principiis quam in conclusionibus: licet veritas non apud omnes cognoscatur in conclusionibus, sed solum in principiis, quae dicuntur *communes conceptiones*. In operativis autem non est eadem veritas vel rectitudo practica, sed solum quantum ad communia: et apud illos apud quos est eadem rectitudo in propriis, non est aequaliter omnibus nota.

“Sic igitur patet quod, quantum ad communia principia rationis sive speculativae sive practicae, est eadem veritas seu rectitudo apud omnes, et aequaliter nota. (...) Sed quantum ad proprias conclusiones rationis practicae, nec est eadem veritas seu rectitudo apud omnes; nec etiam apud quos est eadem, est aequaliter nota. Apud omnes enim hoc rectum est et verum, ut secundum rationem agatur. Ex hoc autem principio sequitur quasi conclusio propria, quod deposita sint reddenda. Et hoc quidem ut in pluribus verum est: sed potest in aliquo casu contingere quod sit damnosum, et per consequens irrationabile, si deposita reddantur; puta si aliquis petat ad impugnandam patriam. Et hoc tanto magis invenitur deficere, quanto magis ad particularia descenditur (...).

“Sic igitur dicendum est quod lex naturae, quantum ad prima principia communia, est eadem apud omnes et secundum rectitudinem, et secundum notitiam. Sed quantum ad quaedam propria, quae sunt quasi conclusiones principiorum communium, est eadem apud omnes ut in pluribus et secundum rectitudinem et secundum notitiam: sed ut in paucioribus potest deficere et quantum ad rectitudinem, propter aliqua particularia impedimenta (...), et etiam quantum ad notitiam (...)” (*S. Th.*, I-IIae, q. 94, a. 4).

¹⁵ “Naturale ius inter omnia primatum obtinet et tempore et dignitate. Cepit enim ab exordio rationalis creaturae, nec uariatur tempore, sed inmutable permanet” (GRACIANO, *Decretum*, dist. V, p. I, pr., *dictum*).

¹⁶ “Respondeo dicendum quod lex naturalis potest intelligi mutari dupliciter. Uno modo, per hoc quod aliquid ei addatur. Et sic nihil prohibet legem naturalem mutari: multa enim supra legem naturalem superaddita sunt, ad humanam vitam utilia, tam per legem divinam, quam etiam per leges humanas.

“Alio modo intelligitur mutatio legis naturalis per modum subtractionis, ut scilicet aliquid desinat esse de lege naturali, quod prius fuit secundum legem naturalem. Et sic quantum ad prima principia legis naturae, lex naturae est omnino immutabilis. Quantum autem ad secunda praecepta, quae diximus [a. 4] esse quasi quasdam proprias conclusiones propinquas primis principiis, sic lex naturalis non immutatur quin ut in pluribus rectus sit semper quod lex naturalis habet. Potest tamen immutari in aliquo particulari,

Podemos recordar alguns exemplos em que os preceitos secundários da lei natural variaram com os tempos ou foram dispensados: poligamia, divórcio, liberdade religiosa¹⁷. Por aqui vemos que não basta a reflexão filosófica para conhecer os preceitos da lei natural: torna-se necessária a Revelação sobrenatural, particularmente mediante a Lei de Moisés e o Evangelho de Jesus. Assim o explica S. Tomás: “Além da lei natural e da lei humana, para a direcção da vida humana foi necessário haver uma lei divina. [Entre outras razões], porque a incerteza do juízo humano, sobretudo em coisas contingentes e particulares, dá lugar a que os juízos das diversas pessoas acerca das acções humanas sejam diferentes, e daí procedam também leis diferentes e contrárias. Por isso, para que o homem possa saber, sem nenhuma dúvida, o que deve fazer e o que deve evitar, foi necessário que para dirigir os seus próprios actos houvesse uma lei dada por Deus, a qual sabemos que não pode errar”¹⁸.

O que se diz da lei natural pode-se aplicar, nas relações de alteridade, ao direito natural.

S. Tomás tem presente o que Graciano diz no seu *Decreto*: “O género humano rege-se pelo direito natural e pelos costumes. O direito natural é o que se contém na Lei [de Moisés] e no Evangelho; por ele manda-se a cada um fazer ao outro o que quer que lhe façam e se lhe proíbe fazer o que não quer que lhe façam”¹⁹.

S. Tomás explica: “Estas palavras não se hão de entender como se tudo o que se contém na Lei e no Evangelho seja de lei natural, pois aí se encontram muitas coisas que superam a natureza; mas no sentido de que as que são de lei natural se encontram aí de modo pleno. Por isso, Graciano, ao dizer que «o direito natural é o que se contém na

et in paucioribus, propter aliquas speciales causas impediens observatiam talium praeceptorum, ut supra [a. 4] dictum est” (*S. Th.*, I-IIae, q. 94, a. 5).

¹⁷ Profundizando en la ley natural por la reflexión filosófica o a la luz de la Revelación sobrenatural, podemos descubrir sus preceptos secundarios; también puede suceder que circunstancias graves de la vida social lleven la autoridad legítima a dispensar de algunos de esos preceptos de la ley natural, si no son conocidos como tales. Es el caso paradigmático del repudio en Israel (cf. *Mt* 19, 3-12).

El Magisterio de la Iglesia tiene competencia para declarar – de modo infalible o no – lo que es de ley natural. La doctrina teológica o canónica puede defender una opinión, respetando el legítimo pluralismo. Naturalmente, lo que venga a conocerse como de ley o derecho natural ya no puede dejar de serlo ni admite dispensa. De ahí la responsabilidad y prudencia de considerarse algo de ley o derecho natural.

¹⁸ “Respondeo dicendum quod praeter legem naturalem et legem humanam, necessarium fuit ad directionem humanae vitae habere legem divinam. Et hoc propter quatuor rationes. (...)

“Secundo, quia propter incertitudinem humani iudicii, praecipue de rebus contingentibus et particularibus, contingit de actibus humanis diversorum esse diversa iudicia, ex quibus etiam diversae et contrariae leges procedunt. Ut ergo homo absque omni dubitatione scire possit quid ei sit agendum et quid vitandum, necessarium fuit ut in actibus propriis dirigeretur per legem divinitus datam, de qua constat quod non potest errare. (...)” (*S. Th.*, I-IIae, q. 91, a.4).

¹⁹ “GRATIANUS. Humanum genus duobus regitur, naturali uidelicet iure et moribus. Ius naturae est, quod in lege et euangelio continetur, quo quisque iubetur alii facere, quod sibi uult fieri, et prohibetur alii inferre, quod sibi nolit fieri. Unde Christus in euangelio: «Omnia quecumque uultis ut faciant uobis homines, et uos eadem facite illis. Haec est enim lex et prophetarum»” (GRACIANO, *Decretum*, dist. I, pr., *dictum*).

Hervada, no seu estudo exegético sobre o *dictum* de Graciano, é de opinião que a partícula *quo* (*quo quisque iubetur ...*) deve referir-se a *ius naturae*: “por ele” – isto é, pelo direito natural. “Isto indica que os dois princípios assinalados – um mesmo, enunciado em forma negativa e em forma positiva – são, para Graciano, os dois princípios básicos do Direito natural” (J. HERVADA, *Notas sobre la noción de Derecho natural en Graciano*, publicado inicialmente em “Filosofía y Derecho” [Valencia 1977], in *IDEM, Escritos de Derecho Natural*, Pamplona 1986, pp. 313-321, especialmente p. 314).

Lei e no Evangelho», acrescenta imediatamente, a modo de exemplo: «por ele se manda a cada um fazer ao outro o que quer que lhe façam»²⁰.

Contudo, parece que Graciano identifica o direito natural com todo o direito divino: quer ao contrapor o direito natural aos costumes (direito humano), quer ao dizer que se encontra na Lei de Moisés e no Evangelho. Em seu apoio, cita Santo Isidoro de Sevilha: “As leis podem ser divinas ou humanas. As leis divinas correspondem à natureza, as humanas aos costumes; por isso, estas divergem, porque umas agradam a uns e outras a outros. A lei divina é *fas*, a lei humana é *ius*. Atravessar um campo alheio é *fas*, mas não é *ius*” (isto é, vai contra a lei humana, não contra a lei divina). Graciano comenta: “Por estas palavras autorizadas entende-se com evidência a diferença entre a lei divina e a lei humana: tudo o que é *fas* é recebido com o nome de lei divina ou natural, e com o nome de lei humana entendem-se os costumes estabelecidos e transmitidos pelo direito”²¹.

Seguindo a Santo Isidoro, para Graciano o direito pode ser natural, civil ou dos povos (*gentium*)²². “O direito natural (*ius naturale*) é comum a todos os povos, porque em toda a parte se considera inclinação da natureza e não disposição de uma lei

²⁰ “Ad primum ergo dicendum quod verbum illud non est sic intelligendum quasi omnia quae in Lege et in Evangelio continentur, sint de lege naturae, cum multa tradantur ibi supra naturam: sed quia ea quae sunt de lege naturae, plenarie ibi tradantur. Unde cum dixisset Gratianus quod *ius naturale est quod in Lege et in Evangelio continentur*, statim, exemplificando, subiunxit: *quo quisque iubetur alii facere quod sibi vult fieri*” (S. Th., I-IIae, q. 94, a. 4, ad 1).

Hervada faz notar que o próprio “Graciano não identifica o Direito natural com todo o conteúdo da Sagrada Escritura” (HERVADA, *Notas sobre la noción de Derecho natural en Graciano*, cit., especialmente p. 315). Com efeito, diz expressamente mais adiante que nem tudo o que está contido na Lei e no Evangelho é Direito natural: “His ita respondetur. In lege et euangelio naturale ius continentur; non tamen quecunque in lege et euangelio inueniuntur, naturali iuri coherere probantur. Sunt enim in lege quedam moralia, ut: non occides et cetera, quedam mistica, utpote sacrificiorum precepta, et alia his similia. Moralia mandata ad naturale ius spectant atque ideo nullam mutabilitatem recepisce monstrantur. (...)” (GRACIANO, *Decretum*, dist. VI, c. III, *dictum*).

A explicação de S. Tomás parece ser resposta a uma interpretação errônea de Graciano. Contudo, enquanto o Mestre bolonhês se limita a distinguir na Lei de Moisés os preceitos morais (que dizem respeito ao direito natural e são imutáveis) e os preceitos místicos, S. Tomás refere-se à distinção entre o natural e o sobrenatural (cf. HERVADA, *Notas sobre la noción de Derecho natural en Graciano*, cit., p. 329, nota 53).

²¹ “Hinc Ysidorus in V. libro Ethimologiarum [c.2] ait: Omnes leges aut diuinae sunt, aut humanae. Diuinae natura, humanae moribus constant, ideoque he discrepant, quoniam aliae alii gentibus placent. Fas lex diuina est: ius lex humana. Transire per agrum alienum, fas est, ius non est.

“Gratianus. Ex uerbis huius auctoritatis euidenter datur intelligi, in quo differant inter se lex diuina et humana, cum omne quod fas est, nomine diuinae uel naturalis legis accipiatur, nomine uero legis humanae mores iure conscripti et traditi intelligantur” (GRACIANO, *Decretum*, dist. I, c. 1).

Para Charles Munier, “o propósito de Graciano era apresentar o corpo de leis que regem a sociedade cristã, e portanto não precisava de referir-se à noção teológica do Direito natural própria da humanidade primitiva, da inocência do Paraíso”. Mas interroga-se: “a perspectiva salvífica adoptada não conduz, mais ou menos necessariamente, a descuidar na prática a infra-estrutura racional da ordem jurídica? A primazia concedida aos dados da revelação não chega a esvaziar do seu valor real e concreto as indicações da ordem natural?” E conclui pela sua parte: “Foi mérito inestimável de S. Tomás ter ‘dessacralizado’ a noção do Direito natural, conduzindo-a ao su nível metafísico, referindo-a não já a uma etapa da história da salvação, mas à natureza ontológica do homem. Assim, esta noção recebeu um valor permanente, podendo converter-se no fundamento jurídico de todas as leis humanas, profanas ou cristãs” (*Derecho natural y Derecho canónico*, in *Ius Canonicum*, 7 [1967], 1, pp. 8-9). Mais adiante resume: “É clara a distância que separa a doutrina do Aquinate da de Graciano. Este último empregava indiferentemente as noções de Direito divino e de Direito natural; S. Tomás estabelece uma distinção nítida entre a ordem natural e a ordem sobrenatural” (*Ibid.*, p. 12).

²² “Est et alia diuisio iuris, ut in eodem libro [V. c. 4] testatur Ysidorus ita dicens: Ius aut naturale est, aut ciuile, aut gentium” (GRACIANO, *Decretum*, dist. I, c. 6).

[humana]”²³; “o direito civil (*ius civile*) é o que cada povo ou cidade estabelece para si próprio por razões divinas e humanas”²⁴; e “o direito dos povos (*ius gentium*) é o que vigora em quase todos os povos”²⁵.

S. Tomás, interpelado sobre se o direito dos povos é direito natural ou direito humano, explica: “O direito dos povos (*ius gentium*) é, de certo modo, natural ao homem como animal racional, porque deriva da lei natural por via de conclusão não muito afastada dos princípios; por isso, facilmente os homens concordaram nele”. Mas continua a ser lei humana e não natural²⁶.

S. Tomás volta a explicar mais adiante, com a propriedade: “Considerado este campo em absoluto, não tem por que ser mais deste do que daquele [pois é de todos]; mas, se se considera quanto à aptidão de ser cultivado e ao uso pacífico do campo, tem certa disposição para ser de um e não de outro [e isto é direito dos povos]”²⁷. E como se explica que o direito dos povos seja praticamente comum, não se tendo os povos reunido para se porem de acordo? “A razão natural [que é a mesma em todos os homens] é quem estabelece o direito dos povos”²⁸, como conclusões próximas dos princípios de direito natural.

Acho que podemos chegar às seguintes conclusões:

²³ “[Isidor. eod. c. 4] *Ius naturale est commune omnium nationum, eo quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur, ut uiri et feminae coniunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio et omnium una libertas, acquisitio eorum, quae celo, terra marique capiuntur; item depositae rei uel commendatae pecuniae restitutio, uiolentiae per uim repulsio. Nam hoc, aut si quid huic simile est, nunquam iniustum, sed naturale equumque habetur*” (GRACIANO, *Decretum*, distinctio I, c. 7).

²⁴ “[Isidor. eod. c. 5] *Ius ciuile est, quod quisque populus uel ciuitas sibi proprium diuina humanaque causa constituit*” (GRACIANO, *Decretum*, dist. I, c. 8).

²⁵ “[Isidor. eod. c. 6] *Ius gentium est sedium occupatio, edificatio, munitio, bella, captiuitates, seruitutes, postlimina, federa pacis, induciae, legatorum non uiolendorum religio, conubia inter alienigenas prohibita. Hoc inde ius gentium appellatur, quia eo iure omnes fere gentes utuntur*” (GRACIANO, *Decretum*, dist. I, c. 9).

Isidorus: “Hoc inde ius gentium appellatur, quia eo iure omnes fere gentes utuntur” (*Decretum*, dist. 1, c. 9).

²⁶ “Ad primum ergo dicendum quod ius gentium est quidem aliquo modo naturale homini, secundum quod est rationalis, inquantum derivatur a lege naturali per modum conclusionis quae non est multum remota a principiis. Unde de facili in huiusmodi homines consenserunt. Distinguitur tamen a lege naturali, maxime ab eo quod est omnibus animalibus commune” (*S. Th.*, I-IIae, q.95, a.4, ad 1).

Charles Munier reconhece que S. Tomás distingue *ius naturale* y *ius gentium*, e situa-os nos dois níveis ontológicos do ser humano: os actos ordenados pela natureza genérica animal e os actos ordenados pela sua natureza específica racional. “Esta distinção permitiu-lhe resolver graves problemas, como o dos fins do matrimónio: o fim primário, genético (a procriação e a educação) recolhido do Direito natural; os fins secundários, recolhidos do *ius gentium*, que aceita variações (assim será justificada a poligamia dos patriarcas)” (*Derecho natural y Derecho canónico*, cit., p. 11).

²⁷ “(...) Alio modo aliquid est naturaliter alteri commensuratum non secundum absolutam sui rationem, sed secundum aliquid quod ex ipso consequitur; puta proprietas possessionum. Si enim consideretur iste ager absolute, non habet unde magis sit huius quam illius: sed si consideretur quantum ad opportunitatem colendi et ad pacificum usum agri, secundum hoc habet quandam commensurationem ad hoc quod sit unius et non alterius, ut patet per Philosophum, in II *Polit.* (...)” (*S. Th.*, II-IIae, q. 57, a. 3).

“(...) Et hoc modo *communis omnium possessio, et omnium una libertas*, dicitur esse de iure naturali: quia scilicet distinctio possessionum et seruitus non sunt inductae a natura, sed per hominum rationem, ad utilitatem humanae vitae. (...)” (*S. Th.*, I-IIae, q. 94, a. 5, ad 3).

²⁸ “Ad tertium dicendum quod quia ea quae sunt iuris gentium naturalis ratio dictat, puta ex propinquo habentia aequitatem; inde est quod non indigent aliqua speciali institutione, sed ipsa naturalis ratio ea instituit, ut dictum est in auctoritate inducta” (*S. Th.*, II-IIae, q. 57, a. 3, ad 3).

Para S. Tomás, a lei ou o direito natural é aquilo a que a natureza inclina. Por isso, o seu conceito é muito amplo: não só abarca o que é imutável em todos os tempos e para todos os homens, por corresponder à natureza humana – que é a mesma desde a criação, ainda que afectada pelo pecado original e pela evolução da humanidade –; mas também o que é conforme com ela, em maior ou menor grau. O que deriva dos primeiros princípios, mesmo proximamente, pode não ser conhecido universalmente e pode admitir dispensa divina; por outro lado, as leis humanas reflectem mais ou menos a lei natural ²⁹.

Assim, em relação à poligamia, S. Tomás explica que, como o homem conhece pelo entendimento a razão de fim e a proporção do actuar para o fim, por isso foi-lhe infundido um conhecimento natural que o inclina a actuar, e que adequadamente se chama *lei natural* ou *direito natural*; enquanto nos outros animais se chama *estimativa natural* [instinto]. Portanto, “a lei natural não é senão o conhecimento naturalmente infundido no homem pelo qual está inclinado a actuar de maneira conveniente nas suas acções próprias: quer as que lhe são próprias pela sua natureza de género, como gerar, comer e coisas semelhantes; quer pela sua natureza específica, como raciocinar e coisas semelhantes. E tudo o que faz com que uma acção seja inconveniente para o fim que a natureza pretende, diz-se que é contra a lei natural”.

Mas uma acção pode não ser conveniente ao fim principal ou ao fim secundário, e isto de duas maneiras: ou por algo que impede absolutamente o fim, ou por algo que torna mais difícil alcançar o fim. Se a acção impede absolutamente o fim principal, ela vai directamente contra os preceitos primários da lei natural; se impede absolutamente o fim secundário ou torna difícil alcançar o fim primário ou o secundário, a acção vai somente contra os preceitos secundários da lei natural. “Em qualquer destes casos, a acção diz-se contrária à lei natural”

“Ora o matrimónio tem com fim principal a procriação e a educação da prole, e este fim corresponde ao homem segundo a natureza do seu género [animal] (...): é o bem da prole. O fim secundário, específico do homem, é a comunhão de vida (...): é o bem da fidelidade. Enquanto fiéis, o matrimónio tem ainda outro fim, o de significar a união de Cristo e a Igreja: é o bem do sacramento [a indissolubilidade]”.

Portanto, a poligamia não impede o fim principal que é a prole; dificulta o fim secundário que é a fidelidade; e impede absolutamente a significação sobrenatural. Por isso, “a poligamia de certo modo é contra a lei natural, e de certo modo não é” ³⁰.

²⁹ Seguindo a S. Tomás, para Pizzorni o *ius naturale* não é algo perfeitamente homogéneo, mas admite diversos graus: 1) o intuitivo é o direito natural primário, imutável, universal; 2) as conclusões directas e imediatas constituem o direito natural secundário, em algumas circunstâncias susceptível de dispensa; 3) as normas que derivam indirecta e mediatamente, por determinação, tendo em consideração circunstâncias particulares, são a maior parte do direito positivo. “O ter descuidado estas distinções e, em consequência, o não ter distinguido entre a imutabilidade dos primeiros princípios e a dos preceitos secundários, assim como as conclusões indirectas e remotas, tem originado frequentemente muitas confusões e conduzido muitos ao erro” (R. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tomaso d’Aquino*, 3.ª edizione, Bologna 2000, pp. 527-529).

³⁰ “(...) Sed quia homo inter cetera animalia rationem finis cognoscit et proportionem operationis ad finem, ideo naturalis conceptio ei indita, qua dirigatur ad operandum, convenienter *lex naturalis* vel *ius naturale* dicitur. In ceteris autem *aestimatio naturalis* vocatur: bruta enim ex vi naturae impelluntur ad operandum convenientes actiones, magis quam regulentur, quasi proprio arbitrio agentia.

“Lex ergo naturalis nihil aliud est quam conceptio homini naturaliter indita qua dirigatur ad convenienter agendum in actionibus propriis: sive competant ei ex natura generis, ut generare, comedere, et hujusmodi; sive ex natura speciei, ut ratiocinari et hujusmodi. Omne autem illud quod actionem inconvenientem reddit fini quem natura ex opere aliquo intendit, contra legem naturae esse dicitur.

“Potest autem actio non esse conveniens fini vel principali, vel secundario: et, sive sic sive sic, hoc contingit dupliciter. Uno modo, ex aliquo quod omnino impedit finem: ut nimia superfluitas aut defectus comestionis impedit salutem corporis, quasi principalem finem comestionis; et bonam habitudinem in

Em relação às leis humanas, diz S. Tomás: “Toda a lei humana tem carácter de lei na medida em que deriva da lei natural; mas, se em algo está em desacordo com a lei natural, já não é lei, mas corrupção da lei.

“Mas uma norma pode derivar da lei natural de dois modos: ou como conclusão dos princípios; ou como determinação de algo comum. (...) Ora há normas que derivam dos princípios comuns da lei natural por via de conclusões; assim, o preceito de *não matar* pode derivar do princípio de *não fazer mal a outrem*. Outras normas derivam por via de determinação; assim, a lei natural estabelece que quem peca seja castigado, mas castigar com tal ou qual pena é uma determinação da lei humana.

“Ambos modos se dão nas leis humanas positivas. As que derivam do primeiro modo têm força, não só por serem leis humanas, mas também porque recebem alguma força da lei natural; as que derivam do segundo modo têm só a força de leis humanas”

³¹

3. É por direito natural que o erro relevante torna nulo o matrimónio?

Parece que agora estamos em condições de apreender o sentido da afirmação de S. Tomás.

negotiis exercendis, qui est finis secundarius. Alio modo, ex aliquo quod facit difficilem aut minus decentem perventionem ad finem principalem vel secundarium: sicut inordinata comestio quantum ad tempus indebitum. Si ergo actio sit inconueniens fini quasi omnino prohibens finem principalem, directe per legem naturae prohibetur primis praeceptis legis naturae, quae sunt in operabilibus sicut sunt communes conceptiones in speculativis. Si autem sit incompetens fini secundario quocumque modo, aut etiam principali ut faciens difficilem vel minus congruam perventionem ad ipsum, prohibetur non quidem primis praeceptis legis naturae, sed secundis, qua ex primis derivantur, sicut conclusiones in speculativis ex principiis per se notis fidem habent. Et sic dicta actio contra legem naturae esse dicitur.

“Matrimonium ergo habet pro fine principali proles procreationem et educationem: qui quidem finis competit homini secundum naturam sui generis; unde et *aliis animalibus est communis*, ut dicitur in VIII *Ethic*. Et sic bonum matrimonii assignatur proles. Sed pro fine secundario, ut dicit Philosophus, habet in hominibus solum communicationem operum quae sunt necessaria in vita. Et secundum hoc fidem sibi invicem debent, quae est unum de bonis matrimonii. Habet ulterius alium finem in quantum in fidelibus est, scilicet significationem Christi et Ecclesiae. Et sic bonum matrimonii dicitur sacramentum. Unde primus finis respondet matrimonio hominis in quantum est animal; secundus in quantum est homo; tertius in quantum est fidelis.

“Pluralitas ergo uxorum neque totaliter tollit neque aliquantulum impedit primum finem: cum unus vir sufficiat pluribus uxoris fecundandis, et educandis filiis ex eis natis. – Sed secundum finem, etsi non totaliter tollit, tamen multum impedit: eo quo non facile potest esse pax in familia ubi uni viro plures uxores iunguntur, cum non possit unus vir sufficere ad satisfaciendum pluribus uxoris ad votum; et quia communicatio plurium in uno officio causat litem, sicut *figuli conrixantur ad invicem*, et similiter plures uxores unius viri. – Tertium autem finem totaliter tollit: eo quod, sicut Christus est unus, ita Ecclesia una.

“Et ideo patet ex dictis quod pluralitas uxorum quodammodo est contra legem naturae, et quodammodo non” (*S. Th., Suppl.*, q. 65, a. 1).

³¹ “(...) Unde omnis lex humanitas posita intantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio.

“Sed sciendum est quod a lege naturali dupliciter potest aliquid derivari: uno modo, sicut conclusiones ex principiis; alio modo, sicut determinationes quaedam aliquorum communium. (...) Derivantur ergo quaedam a principiis communibus legis naturae per modum conclusionum: sicut hoc quod est *non esse occidendum*, ut conclusio quaedam derivari potest ab eo quod est *nulli esse malum faciendum*. Quaedam vero per modum determinationis: sicut lex naturae habet quod ille qui peccat, puniatur; sed quod tali poena puniatur, hoc est quaedam determinatio legis naturae.

“Utraque igitur inveniuntur in lege humana posita. Sed ea quae sunt primi modi, continentur lege humana non tanquam sint solum lege posita, sed habent etiam aliquod vigoris ex lege naturali. Sed ea quae sunt secundi modi, ex sola lege humana vigorem habent” (*S. Th., I-IIae*, q. 95, a.2).

Quando diz que, “por direito natural, o erro torna nulo o matrimónio”, explica a razão: quando o erro impede o conhecimento, vicia o acto da vontade que é o consentimento, causa eficiente do matrimónio ³².

Mas logo a seguir diz que nem todo o erro torna nulo o matrimónio; para isso, é necessário que o erro afecte algo da essência do matrimónio. O que é essencial no matrimónio são as duas pessoas que se unem e o poder mútuo que cada uma tem sobre o corpo da outra em ordem à união conjugal; por isso, só tornam nulo o matrimónio o erro da pessoa e o erro da condição servil ³³.

Sem dúvida, que estes dois erros tornem nulo o matrimónio, não são primeiros princípios da lei natural, imutáveis. Podem derivar deles de modo mais ou menos imediato e, por isso, podem ser ou não imutáveis; e, mesmo sendo imutáveis, podem ser ou não conhecidos como tal. Apesar disso, S. Tomás engloba-os no direito natural muito amplo.

S. Tomás explica melhor quando trata do erro da condição servil. A servidão, em si mesma, é contra o direito natural, mas foi introduzida como pena por lei humana, o que é conforme ao direito natural ³⁴. Também por direito positivo, foi estabelecido que a servidão, quando é ignorada, impeça o matrimónio, para que não seja ninguém castigado sem culpa própria; pois é um castigo para a mulher que o seu marido seja servo (sem que ela tenha querido), e inversamente ³⁵. Talvez nesta resposta transpareça a consequência do *dolo* no erro da condição servil: para evitar uma injustiça especialmente grave, o matrimónio é irregular por *direito eclesiástico* ³⁶.

Portanto, quando S. Tomás diz que, nos dois casos de erro, é por direito natural que o matrimónio se torna nulo, não pretende dizer que se trata de uma norma imutável, mas conforme com a natureza das coisas. No caso do erro da pessoa, parece fácil que todos o admitam; no caso do erro da condição servil, a relevância foi afirmada por leis eclesiásticas ³⁷.

Com o tempo, a noção de direito natural foi-se clarificando mais. Hoje considera-se que o direito divino (cujo autor é Deus) se divide em direito natural (na ordem da criação, embora obscurecido pelo pecado original e as suas consequências) e direito divino positivo ou revelado (na ordem sobrenatural: a Lei de Moisés e o Evangelho de Jesus). O direito natural contém preceitos primários, que são imutáveis (mesmo se não conhecidos por todos, devido às consequências do pecado original), e preceitos secundários (mais difíceis de serem conhecidos por todos), susceptíveis de serem dispensados quando não conhecidos (como a monogamia, a indissolubilidade do

³² Cf. *supra*, nota 7.

³³ Cf. *supra*, nota 2.

³⁴ “(...) Similiter etiam dico quod servitus est contra primam intentionem naturae; sed non est contra secundam. Quia naturalis ratio ad hoc inclinatur, et hoc appetit natura, ut quilibet sit bonus. Sed ex quo aliquis peccat, natura etiam inclinatur ut ex peccato poenam reportet; et sic servitus in poenam peccati introducta est. Nec est inconveniens aliquid naturale per hoc quod est contra naturam hoc modo impediri: sic enim matrimonium impeditur per impotentiam coeundi, quae est contra naturam modo praedicto” (S. Th., *Suppl.*, q.52, a. 1, ad 2).

³⁵ “Ad tertium dicendum quod ius naturale dicitur quod poena sit pro culpa infligenda, et quod nullus sine culpa puniri debeat: sed determinare poenam secundum conditionem personae et culpae est iuris positivi. Et ideo servitus, quae est poena, determinata est a iure positivo, et a naturali proficiscitur sicut determinatum ab indeterminato. Et eodem iure positivo determinate est factum quod servitus ignorata matrimonium impediatur [Decretal. Gregor. IX, lib. 4, tit. 9, c. 2, *Proposuit*; c. 4, *Ad nostram*], ne aliquis sine culpa puniatur: est enim quaedam poena uxoris quod habeat virum servum, et e contrario” (S. Th., *Suppl.*, q. 52, a. 1, ad 3).

³⁶ Cf. M. FALCÃO, *Erro e Dolo no Matrimónio Canónico. Fundamentação teológica da sua relevância até ao Código de 1917*, Lisboa 2007, p. 46.

³⁷ *Ibidem*, p. 53.

matrimónio, a liberdade religiosa). O reconhecimento desses preceitos é obra da filosofia ou da teologia, cabendo ao Magistério da Igreja a autoridade para os declarar quando for oportuno. Pelo seu lado, o direito humano divide-se em direito eclesiástico (proveniente da autoridade eclesiástica) e direito civil (proveniente da autoridade civil).

Para contrastar a nossa opinião, vejamos a doutrina de um dos mais fiéis comentadores de S. Tomás, o jesuíta Tomás Sánchez (1550-1610).

Para Sánchez, a relevância jurídica do *error personae* é de direito natural. Segundo ele, podia parecer que seria somente de direito eclesiástico, como afirma a Glosa ao Decreto de Graciano³⁸; mas – argumenta Sánchez – o erro da pessoa opõe-se ao consentimento necessário para haver matrimónio, versa sobre algo essencial ao matrimónio como é o próprio corpo que se entrega, e nisto difere dos outros sacramentos em que o erro da pessoa do ministro não afecta a sua validade³⁹.

Partindo destes princípios, que também são aplicáveis ao matrimónio entre infiéis, Sánchez chega à conclusão de que a Igreja não pode estabelecer que o erro da pessoa não dirima o matrimónio, porque não pode fazer com que haja matrimónio faltando o consentimento, que o erro da pessoa torna nulo⁴⁰.

Sánchez estuda também se o erro da condição servil dirime o matrimónio por direito natural ou por direito eclesiástico.

Procurando apoiar-se em S. Tomás de Aquino, vários autores sustentavam ser de direito natural esse impedimento. Para uns, era a própria servidão que, por sua natureza, constituía um impedimento ao matrimónio, por ir contra a substância do matrimónio, concretamente o débito conjugal, pois o servo não pode prestá-lo livremente. Sánchez responde que, na realidade, a servidão não origina um impedimento natural ao matrimónio, uma vez que é válido o matrimónio entre dois servos e também entre livre e serva, quando a servidão é conhecida. Quando o servo contrai matrimónio, ele não impõe nenhuma limitação ao débito conjugal, mas sujeita-se ao seu estado de servidão, pelo que não pode prestar o débito conjugal quando está legitimamente impedido pelo seu senhor.

Para outros autores era, não a servidão em si mesma, mas o erro da condição servil que impedia o matrimónio por direito natural. Sánchez reconhece que esta opinião é bastante provável (*satis probabiliter*) e enumera os argumentos que costumam ser apresentados. Contudo, sustenta que é mais provável (*probabilius*) que o erro da condição servil torne nulo o matrimónio somente por direito eclesiástico, ainda que seja muito consonante com o direito natural. Segundo ele, não sendo a servidão um impedimento natural ao matrimónio, o seu desconhecimento ou erro não impede *ipso facto* o matrimónio; por exemplo, a lepra ou outra enfermidade duradoura pode impedir o uso livre do matrimónio mais do que a servidão, e contudo a Igreja não dirime o matrimónio contraído com erro acerca delas. Mas o seu argumento principal é este: poder-se-ia pensar que, intervindo o erro da condição servil, o consentimento matrimonial seria involuntário, sobretudo se, conhecendo a condição servil, a pessoa não quisesse contrair o matrimónio; porém, como Sánchez tinha mostrado, se se

³⁸ La Glosa *Quod autem al dictum* da C. 29 del Decreto de Graciano se fundamenta en la potestad del Papa para establecer impedimentos relativos al *error personae* y al *error conditionis servilis*. Refiriéndose a los cuatro tipos de error en el matrimonio, esto es, *error fortunae, qualitatis, personae y conditionis*, dice: “Duo ultimi dirimunt matrimonium, non ex sua natura, sed ex constitutione Ecclesiae. Nam similiter et Papa posset constituire, quod error qualitatis impediret (et) quod nullus error impediret (et) quod esset matrimonium ubi esset error personae” (cf. T. ZÁRRAGA, *El dolo en el derecho matrimonial canónico*, Pamplona 1999, p. 46, nota 132).

³⁹ Cf. M. FALCÃO, *Erro e Dolo no Matrimónio Canónico ...*, cit., pp. 63-64.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 65.

pretende casar com a pessoa que está presente, mesmo o erro da qualidade *causam dans contractui* torna o consentimento matrimonial *simpliciter* voluntário e somente *secundum quid* involuntário, não viciando portanto o matrimônio. Podemos concluir que Sánchez se inclina a reconhecer que o erro da condição servil torna nulo o matrimônio por decreto da Igreja, cuja manifestação mais antiga conhecida são os cânones dos concílios francos de Compiègne (757) e de Verberie (758?).

Uma conclusão interessante que Sánchez tira é a seguinte: No caso do matrimônio entre dois infiéis, contraído com erro da condição servil, se não existir uma lei especial declarando a sua nulidade, ele seria válido, pois as leis eclesiásticas em princípio não se lhes aplicam. Mas – diz Sánchez – é bastante provável que esse matrimônio seja nulo, pois, como se viu, é muito provável que o erro da condição servil torne nulo o matrimônio por direito natural, a que os infiéis também estão sujeitos ⁴¹.

Vê-se que a tendência é considerar de direito natural o que é conforme com a natureza das coisas, ainda que tenha começado a ser de direito eclesiástico; talvez esquecendo que todas as normas de direito eclesiástico são conformes em alguma medida com o direito natural ⁴².

O direito humano deve inspirar-se em maior ou menor medida no direito natural (o direito eclesiástico também no direito revelado ou direito divino positivo). Por isso, é discutível e susceptível de se aperfeiçoar, adaptando-se às circunstâncias variáveis. Não precipitar-se em qualificar uma norma como de direito natural ou de direito revelado supõe respeito pelo legítimo pluralismo de teólogos e canonistas. Em todo o caso, será necessário atender às declarações do Magistério da Igreja.

(*Forum Canonicum*, 3 (2008), 2, pp. 135-14)

⁴¹ *Ibidem*, pp. 73-76.

⁴² Fornés, estudando a fundamentação do dolo como causa de nulidade no novo Código (cân. 1098), recorda que alguns autores “sustentaram a imediata fundamentação da nulidade por dolo no Direito natural: certamente através de uma peculiar noção do Direito natural”. Concretamente, cita uma sentença do tribunal de Vancouver (Canadá), de 11-IV-1989, onde se diz que “o c. 1098 não se refere a uma lei «eclesiástica», mas a uma lei divina e natural; a razão é que o dolo ou engano é a evolução última de uma mentira e tem as suas raízes em *Não mentirás*”.

Fornés explica muito bem que é necessário precisar que, quando se fala de *ius naturae*, se refere ao Direito divino-natural, “aquele conjunto de princípios de ordem e aquelas exigências de justiça insertas na própria natureza humana”, por isso, válidas sempre e em toda a parte. Porém, “muitos destes princípios não ficam determinados a uma só possibilidade, mas abertos a várias – todas elas justas e concordes com o Direito divino-natural, isto é, todas elas ‘racionais’ –, e, portanto, exigem uma concretização do legislador: concretização ou opção que é, justamente, o Direito positivo humano.

“Por outras palavras, dessa ordem de exigências de justiça inserida na própria natureza humana, dessa ordem incoada que constitui o *ius naturae*, o legislador humano – como já pôs em relevo a concepção realista do Direito – vai deduzindo as normas positivas através de conclusões o através da sua mais precisa determinação (*per modum conclusiones* e *per modum determinationis*), no dizer de Tomás de Aquino (cfr. *S. Th.*, I-II, q. 95, a. 2)”.

É bem sabido que existe uma corrente defensora da fundamentação no Direito natural do erro dolosamente causado como causa de nulidade, o que traria como consequência a retroactividade do cân. 1098. Pelo contrário, Fornés diz claramente que o cânon é somente uma opção do legislador para tutelar a liberdade do consentimento matrimonial, portanto, uma norma do Direito positivo humano. Para reforçar a sua opinião, recorda que, “como regra geral, um acto jurídico realizado por dolo não é nulo por Direito natural; pelo contrário é válido, a não ser que o Direito determine outra coisa”; efectivamente, o próprio Código o afirma no cânon 125, §2 (Cf. J. FORNÉS, *Error y dolo: fundamentos y diferencias*, in *Ius Canonicum*, XXXV [1995], 69, pp. 178-181).