

A FUNÇÃO DA FORMA CANÓNICA DO MATRIMÓNIO

UMA NOVA PROPOSTA EM ESTUDO

Miguel Falcão*

SUMÁRIO:

A Nota apresenta e comenta o recente trabalho da Prof. Inés Llorens sobre a perspectiva de uma proposta de reforma da actual forma canónica do matrimónio.

Com o Concílio de Trento, o decreto *Tametsi* (1563) introduziu a forma canónica como condição para a validade do matrimónio celebrado, com o fim de acabar com os matrimónios clandestinos que provocavam incerteza acerca da realidade matrimonial; o Concílio pretendia também garantir que os nubentes tivessem as disposições necessárias para a celebração do matrimónio.

Esta solução jurídica do Concílio procurava encontrar um equilíbrio entre a segurança jurídica e o respeito do *ius connubii* como direito fundamental ao matrimónio. Ficou patente que a própria natureza do consentimento matrimonial requer que seja prestado de modo claro ante a comunidade. Contudo, o Decreto supôs um grande risco de formalismo e legalismo, ao deslocar o centro de atenção do poder dos contraentes para fundar o matrimónio para o cumprimento dos requisitos legais, de modo que ganhou mais importância o cumprimento das normas do que a vontade matrimonial dos nubentes.

Por esta razão, a Autora da obra comentada propõe uma reforma da actual forma canónica que respeite a sua função de garantia do carácter social do matrimónio e simultaneamente de existência da vontade matrimonial nos nubentes. Fica a proposta aberta à consideração da doutrina canónica e da autoridade legislativa competente.

ABSTRACT:

The Note presents and comments on the recent work of Prof. Inés Llorens on the perspective of a proposal to reform the current canonical form of marriage.

With the Council of Trent, the *Tametsi* decree (1563) introduced the canonical form as a condition for the validity of the celebrated marriage, with the aim of putting an end to clandestine marriages that caused uncertainty about the reality of marriage; the Council also intended to guarantee that the engaged couples had the necessary dispositions for the celebration of marriage.

This juridical solution of the Council sought to find a balance between juridical certainty and respect for *ius connubii* as the fundamental right to marriage. It became clear that the very nature of marital consent requires that it be provided clearly to the community. However, the Decree posed a great risk of formalism and legalism, by shifting the center of attention from the power of the contracting parties to found the marriage to the fulfillment of legal requirements, so that compliance with the norms gained more importance than the marital will of the engaged couples.

For this reason, the Author of the commented work proposes a reform of the current canonical form that respects its function of guaranteeing the social character of marriage and simultaneously the existence of the marital will in the engaged couples. The proposal is open to consideration by canonical doctrine and the competent legislative authority.

* Doutor em Direito Canónico.

A FUNÇÃO DA FORMA CANÓNICA DO MATRIMÓNIO

INTRODUÇÃO

Recentemente, foi publicado um livro que retoma a necessidade de rever a actual forma canónica do matrimónio, ante as contradições que tem gerado a sua aplicação¹.

Como em todas as culturas, desde o princípio a celebração do matrimónio entre cristãos teve carácter social, que permitia reconhecer e defender o novo estatuto dos cônjuges. Contudo, não deixava de haver também celebrações privadas.

Com o Concílio de Trento, o decreto *Tametsi* (1563) introduziu a *forma canónica* como condição para a validade do matrimónio celebrado, com o fim de acabar com os *matrimónios clandestinos* que provocavam incerteza acerca da realidade matrimonial; o Concílio pretendia também garantir que os nubentes tivessem as disposições necessárias para a celebração do matrimónio.

A Autora, professora de Direito Canónico na Pontifícia Universidade da Santa Cruz (Roma), faz um estudo extenso da forma social de celebração antes do Concílio de Trento, das circunstâncias que levaram à aprovação do decreto *Tametsi*, das consequências práticas negativas que derivaram deste, das alterações devidas à doutrina do Concílio Vaticano II, para se debruçar depois sobre a necessidade de rever a actual forma canónica do matrimónio. É um estudo exaustivo, que lhe serviu de tese de doutoramento naquela Universidade (2019). Damos um amplo resumo do trabalho, entremeado de algumas reflexões nossas.

O livro está dividido em duas partes. A Primeira Parte trata da *História da função da forma canónica* (pp. 23-250).

I. ANTES DO CONCÍLIO DE TRENTO

O cap. I aborda o tempo anterior ao Concílio de Trento. Desde os inícios, os cristãos casavam-se segundo os costumes dos seus povos, em que não faltavam celebrações sociais e religiosas adequadas. A Revelação cristã não trouxe um novo modelo de matrimónio, mas deu-lhe novo significado, o mais importante dos quais foi a *indissolubilidade*. Também a bênção dos cônjuges significava a santidade requerida neles e a invocação do auxílio divino sobre a família.

1] INÉS LLORENS, *La "diakonia" de la forma del matrimonio. La forma canónica al servicio de la realidad matrimonial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 2020, 470 págs.

Embora fosse claro que o matrimônio existia quando havia vontade matrimonial nos cônjuges, até ao séc. XI não era pacífico o momento em que se constituía o matrimônio. A necessidade de determinar quando a união passava a ser matrimônio, e portanto sacramento, levou à disputa entre o princípio do *consentimento mútuo* e o da *cópula conjugal*, que só foi resolvida depois das decretais papais concordantes de Alexandre III (1159-1181), Inocêncio III (1198-1216) e Gregório IX (1227-1241): o consentimento mútuo é que faz o matrimônio e a cópula conjugal aperfeiçoa-o.

Um dos problemas mais graves desse tempo foram os *matrimônios clandestinos*, isto é, sem celebração social ou religiosa, o que tornava frequentemente impossível a prova da existência desse matrimônio, no caso de um dos cônjuges contradizer o outro. A Igreja exortava aos fiéis a publicidade do matrimônio, preferivelmente numa cerimônia religiosa. Começou por proibir esses matrimônios, exigindo o seu anúncio (*proclamas*) durante três domingos ou dias santos, sob pena de excomunhão, particularmente no IV Concílio de Latrão (1215), sob Inocêncio III, com o fim de obviar a algum impedimento matrimonial existente². De todos os modos, mesmo ilícitos, os matrimônios clandestinos eram considerados válidos, pelo princípio do consentimento mútuo, aliás reforçado no Concílio de Florença (1439), ao declarar a sacramentalidade do matrimônio e o consentimento dos esposos como causa eficiente³.

II. NO CONCÍLIO DE TRENTO E DEPOIS

O cap. II refere-se ao Concílio de Trento e à vigência da solução encontrada. As consequências detestáveis dos matrimônios clandestinos levaram muitos bispos a desejar uma solução mais drástica e a propor ao Concílio ecumênico, iniciado em Bolonha em 1547, a nulidade desses matrimônios. A dificuldade era o fundamento: tem a Igreja potestade para invalidar um consentimento naturalmente suficiente, causa eficiente do matrimônio, que além disso é a forma sacramental?

As posições antagónicas mantiveram-se praticamente até às sessões conclusivas em Trento (1562-1563). Perante a dificuldade de chegar a consenso, o Concílio decidiu tramitar a questão, não como um tema dogmático, mas disciplinar (p. 108). Finalmente, o Decreto *Tametsi* foi aprovado de modo definitivo em 11 de Novembro de 1563, por 136 votos a favor e 55 contra. Para o matrimônio ser

2] Cf. CONCÍLIO IV DE LATRÃO, Cap. 51 (DH 817).

3] “O sétimo sacramento é o do matrimônio (...). A causa eficiente do matrimônio é, segundo a regra, o mútuo consentimento expresso por palavras de presente” [*Septimum est sacramentum matrimonii (...). Causa efficiens matrimonii regulariter est mutuus consensus per verba de praesenti expressus*] (DH 1327).

válido ante a Igreja, teria de ser celebrado na presença do pároco próprio e de duas testemunhas. O Decreto entraria em vigor quando o bispo diocesano o promulgasse e aplicava-se a todos os baptizados, mesmo hereges.

Dependendo da promulgação do bispo, houve territórios onde o Decreto não estava em vigor; prevendo que os protestantes não aceitassem a obrigação imposta pelo Decreto, não se promulgou nesses territórios, para não invalidar os matrimónios clandestinos; levantou-se também a dúvida se a presença do pároco devia ser ou não activa.

Segundo a apreciação da Autora, o Decreto *Tametsi* foi o único meio eficaz para acabar com os matrimónios clandestinos, identificando o momento da criação do vínculo indissolúvel, sem afectar a doutrina sacramental; procurava-se encontrar um equilíbrio entre a segurança jurídica e o respeito do *ius connubii* como direito fundamental ao matrimónio. Ficou patente que a própria natureza do consentimento matrimonial – um acto que cria obrigações mútuas graves – requer que seja prestado de modo claro ante a comunidade. Também contribuiu para a defesa da jurisdição da Igreja sobre o matrimónio ante a pretensão dos protestantes e dos monarcas. Contudo, o Decreto supôs um grande risco de formalismo, ao deslocar o centro de atenção do poder dos contraentes para fundar o matrimónio para o cumprimento dos requisitos estabelecidos pelo Legislador, como um modo de limitação do *ius connubii* em lugar de estar ao serviço deste. Insensivelmente, ganhou mais importância o cumprimento das normas do que a vontade matrimonial dos nubentes; por isso, se disse que o Concílio de Trento inventou o matrimónio legal, género a que pertence o matrimónio civil e o matrimónio canónico⁴ (pp. 119-121).

Podíamos acrescentar que foi afortunada a decisão do Concílio de transladar a discussão de tema dogmático para disciplinar; quer dizer, a solução encontrada não é doutrinal, teológica, mas simplesmente jurídica, para se conseguir um efeito importante. Com a experiência havida, poder-se-á procurar uma solução mais adequada para outras circunstâncias.

Com o tempo, foram aparecendo dificuldades à aplicação do Decreto. A difusão de protestantes em territórios onde vigorava o Decreto, originava naturalmente a nulidade dos seus matrimónios; igualmente para os católicos que não dispunham de pároco próprio em territórios calvinistas. Alguns canonistas propunham que a celebração ante ministros protestantes não podia considerar-se clandestina e inválida. Solicitado pela Santa Sé o parecer do Núncio dos Países Baixos, Mons. Ottavio Frangipani, este argumentou que a falta de pároco próprio não devia originar a

4] Cf. PEDRO VILADRICH, *Agonia del matrimonio legal*, Pamplona 1984.

nulidade do matrimônio, desde que houvesse testemunhas presentes, porque uma lei positiva não pode prevalecer sobre o direito natural a contrair matrimônio. O Cardeal Roberto Belarmino foi do mesmo parecer. Finalmente, a Congregação do Concílio emitiu um Decreto confirmado pelo Papa Clemente VIII em 19 de Janeiro de 1603, pelo qual, na ausência física ou moral do sacerdote, se podia contrair validamente o matrimônio na presença de duas testemunhas. Era a *forma canônica extraordinária*, que logo se difundiu em territórios de missão (p. 125).

Como bem comenta a Autora, “vista a excessiva formalização do *Tametsi* e as inumeráveis nulidades que se produziam por defeito de forma, o Legislador (...) não quis limitar o *ius connubii* e procurou corrigir o sistema” (p. 127).

Mais tarde, por iniciativa do Papa Bento XIV, insigne canonista, a Congregação do Concílio publicou a Declaração *Matrimonia quae in locis* (4-XI-1741) que isentava nos Países Baixos a necessidade da forma canônica para os matrimônios entre hereges e destes com católicos, isenção que se foi estendendo a outros territórios.

Com São Pio X, enquanto se procedia ao trabalho da primeira codificação canônica, a mesma Congregação publicou o Decreto *Ne Temere* (2-VIII-1907), que estendeu a obrigação da forma canônica, ordinária e extraordinária, a toda a Igreja, mas limitando aos batizados na Igreja católica; ao mesmo tempo procurava remediar pontos concretos que eram discutidos, o que levou a Autora a comentar que, sem o pretender, se tornou formalmente mais rigorista, dando mais importância ao cumprimento das normas do que à vontade matrimonial, e multiplicando assim matrimônios inválidos por defeito de forma (p. 140).

III. O CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO DE 1917

Por fim, o *Código de Direito Canônico* promulgado por Bento XV em 27 de Maio de 1917 estabelecia o seguinte a respeito da forma canônica do matrimônio:

Forma ordinária: Para a validade do matrimônio requer-se que seja celebrado ante o pároco ou o Ordinário do lugar, ou um sacerdote delegado por um deles, e pelo menos duas testemunhas (c. 1094). O sacerdote assistente deve assistir livremente e pedir o consentimento de cada nubente (c. 1095 §1, 3º).

Posteriormente, com o fim de evitar nulidades por defeito de forma, a praxis curial e jurisprudencial aplicou a figura da suplência de faculdade do c. 209 para os supostos de erro comum e de dúvida positiva e provável em relação ao sacerdote assistente (p. 143).

Forma extraordinária: Em perigo de morte, ou no caso de não ser possível sem grave incómodo a presença de um sacerdote, por mais de um mês, pode celebrar-se só com a presença das testemunhas (c. 1098).

Sujeito da obrigação da forma canónica: A obrigação da forma canónica abrange só os baptizados na Igreja católica ou recebidos nela da heresia ou cisma, mesmo que se casem com hereges, cismáticos ou não cristãos (c. 1099).

O Código acrescenta outros preceitos concretos, como é habitual na legislação para poder atender a várias circunstâncias que podem dar-se, o que leva a doutrina a interpretar esses preceitos para poder aplicar-se aos casos que interessam e portanto a sobrevalorizar a legislação (legalismo) em prejuízo da vontade matrimonial (consentimento mútuo) que causa o matrimónio.

IV. O CONCÍLIO VATICANO II E O CÓDIGO DE 1983

O cap. III do livro refere-se ao Concílio Vaticano II até à actualidade. Na fase ante-preparatória do Concílio, apresentaram-se propostas para que a forma canónica deixasse de ser *ad validitatem* e passasse a ser *ad liceitatem* para facilitar os matrimónios com não católicos ou não baptizados, sobretudo na América e na Ásia, mantendo-se contudo a celebração pública *ad validitatem*. Contudo, o grupo mais numeroso propunha manter a forma canónica *ad validitatem* pela sua prática já secular e por atenção à dignidade sacramental, continuando a adequar melhor para evitar nulidades por defeito de forma. Também apareceram propostas para ampliar a suplência da faculdade de assistir do c. 209 (p. 165).

O Concílio não chegou a resolver toda a questão, colocando nas mãos do Papa a solução. Apenas o Decreto *Orientalium Ecclesiarum* (21-XI-1964) estabeleceu que a forma de celebração para o matrimónio entre católico e acatólico orientais seria obrigatória somente *ad liceitatem*, para prevenir matrimónios inválidos e proteger a estabilidade e a santidade das núpcias e a paz doméstica, bastando para a validade a presença do ministro sagrado (factor sempre requerido nas Igrejas orientais) (n. 18).

Posteriormente ao Concílio, com a aprovação do Papa Paulo VI, a Congregação para a Doutrina da Fé publicou a Instrução *Matrimonii Sacramentum* (8-III-1966), que mantinha os impedimentos de mista religião e de disparidade de cultos (embora os Ordinários do lugar tivessem a faculdade de dispensar de acordo com as disposições já dadas no “motu proprio” *Pastorale munus* [30-XI-1963], nn. 19-20) e a exigência da forma canónica *ad validitatem*, para defender a santidade do matrimónio (sem a possibilidade de ser dispensada pelos Ordinários do lugar⁵).

5] Cf. CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, *Instrução “Matrimonii Sacramentum”* (8-III-1966),

Por outro lado, a Congregação para as Igrejas Orientais publicou o Decreto *Crescens matrimoniorum* (22-II-1967), estendendo aos católicos de rito latino a forma canônica só *ad liceitatem* nos matrimônios com acatólicos orientais, na presença de um ministro sagrado, por semelhança com o Decreto conciliar *Orientalium Ecclesiarum*, n. 18. A Autora explica com acerto por que razão este primeiro passo se limitou ao matrimônio com acatólico oriental e não se aplicou a outros acatólicos: as Igrejas orientais são verdadeiras Igrejas, a sua doutrina dogmática é comum à Igreja católica, particularmente em relação ao matrimônio, e para a celebração deste requerem sempre a presença do sacerdote (pp. 180-181).

Depois do Sínodo dos Bispos de 1967, sobre “a preservação e o fortalecimento da fé católica”, uma Comissão especial de cardeais estudou as suas conclusões sobre os matrimônios mistos e Paulo VI publicou o “motu proprio” *Matrimonia mixta* (31-III-1970), entre um católico e outro não católico, batizado ou não. Como se vê, consideram-se, não só os matrimônios entre católico e acatólico (“matrimônio misto” propriamente), como também entre católico e não cristão (“matrimônio de disparidade de cultos”).

O documento faz menção pela primeira vez do *ius connubii* como direito natural e causa principal da reforma legislativa, mantendo a forma canônica *ad validitatem* (salvo no matrimônio com acatólico oriental, que é só *ad liceitatem*), mas podendo agora o Ordinário do lugar dispensar em caso de graves dificuldades, segundo normas estabelecidas pela Conferência Episcopal da região, que incluam alguma forma de celebração pública (nn. 8 a 10). O impedimento relativo ao matrimônio misto e o de disparidade de cultos podem ser dispensados a teor do “motu proprio” *Pastorale munus* já citado (nn. 1-3).

Os trabalhos para a nova codificação deram por assente a normativa desejada em geral: manter a obrigatoriedade da forma canônica *ad validitatem*, reduzir ao mínimo as nulidades matrimoniais por defeito de forma canônica, manter a suplência da faculdade de assistir, manter o critério estabelecido para o matrimônio com acatólico oriental, dispensa do Ordinário do lugar dos impedimentos de mista religião e de disparidade de cultos, faculdade de dispensa da forma canônica pelo Ordinário do lugar nos matrimônios "mistos".

Durante a discussão não faltaram debates formalistas que preanunciavam as interpretações legalistas futuras, sobre a testemunha qualificada, a suplência da faculdade de assistir, a forma extraordinária, o sujeito da obrigatoriedade, a faculdade de dispensa da forma canônica pelo Ordinário do lugar nos matrimônios "mistos".

II: “Na celebração dos matrimônios mistos, deve-se observar a forma canônica, tratada no cân. 1094, requerida para a validade do matrimônio.

“Porém, se surgirem dificuldades, o Ordinário levará o caso com todas as suas circunstâncias à Santa Sé”.

Por fim, ficaram estabelecidas as normas para a celebração do matrimónio no *novo Código de Direito Canónico* para a Igreja latina, promulgado pelo Papa João Paulo II em 25 de Janeiro de 1983:

Forma ordinária: Em geral, para a sua validade, os matrimónios devem ser contraídos perante o Ordinário do lugar ou o pároco, ou um sacerdote ou diácono delegado por um deles, e mais duas testemunhas; o clérigo que assiste ao matrimónio deve solicitar a manifestação do consentimento dos contraentes (cân. 1108). Onde faltem clérigos, com licença da Santa Sé, o Bispo pode delegar num leigo idóneo para assistir ao matrimónio (cân. 1112).

Foi admitida a suplência da faculdade do cân. 144 nos supostos de erro comum e de dúvida positiva e provável em relação ao assistente, com a remissão no cân. 1108 para o cân. 144 e deste para o cân. 1111, §1 (p. 196).

Forma extraordinária: Se não for possível, sem grave incómodo, encontrar quem possa assistir ao matrimónio, podem contrair validamente só perante testemunhas: em perigo de morte ou no caso de não se prever quem assista dentro de um mês (cân. 1116).

Sujeito da obrigação da forma canónica: Estão obrigados à forma canónica se uma das partes foi baptizada na Igreja católica ou nela recebida, e não tiver saído por um acto formal (cân. 1117). Introduziu-se o acréscimo “e não tiver saído por um acto formal”, para exceptuar da obrigação da forma canónica os que deixarem de ser católicos, mas que por isso não perdem o *ius connubii* ou direito fundamental a casar (p. 205).

Dispensa da forma canónica: Em perigo de morte, o Ordinário do lugar pode dispensar da forma canónica os seus súbditos e todos os que se encontrem no seu território; e, não sendo possível recorrer ao bispo, também pode dispensar o pároco ou o ministro sagrado que assiste ao matrimónio (cân. 1079). Para os matrimónios mistos e de disparidade de cultos, mantém-se a excepção da faculdade de dispensa introduzida pelo “*motu proprio*” *Matrimonia mixta* (cânn. 1127 e 1129).

Proibição de matrimónio misto: O matrimónio entre católico e acatólico está proibido sem a licença do Ordinário do lugar (cân. 1124). Portanto, é válido, mas ilícito. O Ordinário do lugar concede essa licença se houver uma causa justa e razoável e se verificarem determinadas condições de segurança para a fé e a responsabilidade da parte católica (cân. 1125).

Forma de celebração do matrimônio misto: Se a parte acatólica é de rito oriental, a forma canônica só é obrigatória para a licitude; mas para a validade, requer-se a intervenção de um ministro sagrado. Contudo, se surgirem graves dificuldades, o Ordinário do lugar da parte católica pode dispensar caso a caso da forma canônica, salvaguardada para a validade alguma forma pública de celebração (cân. 1127).

Impedimento de disparidade de cultos: É inválido o matrimônio entre uma pessoa católica e outra não batizada; o Ordinário do lugar da parte católica pode dispensar o impedimento se houver uma causa justa e razoável e se verificarem determinadas condições de segurança para a fé e responsabilidade da parte católica (cân. 1086).

Forma de celebração do matrimônio de disparidade de cultos: Como no matrimônio misto, requer-se a forma canônica para a validade; contudo, se surgirem graves dificuldades, o Ordinário do lugar da parte católica pode dispensar caso a caso da forma canônica, salvaguardada para a validade alguma forma pública de celebração (cân. 1129).

V. O MOTU PROPRIO "OMNIUM IN MENTEM"

Não tardou muito para que iniciassem as dificuldades de interpretação do *acto formal de abandono* (cân. 1117). Um sector, baseado no objectivo de reduzir as nulidades matrimoniais por motivos formais, para assegurar o direito natural a casar, advogava uma interpretação o mais ampla possível, bastando qualquer comportamento voluntário que pudesse ser verificado externamente; outro sector, dando mais importância à certeza jurídica de se realizar um verdadeiro matrimônio, requeria um acto jurídico (pp. 227-228).

Ante a incerteza da validade dos matrimônios afectados, alguns autores propuseram a supressão radical da isenção; mas a maioria fazia sentir a necessidade de uma interpretação autêntica do Legislador.

Entretanto, levantou-se um grave problema nos países germanófilos (Alemanha, Áustria e Suíça), onde vigora o imposto eclesiástico cobrado pelo Estado a favor da respectiva confissão religiosa, do qual o cidadão pode livrar-se se declara que abandonou a confissão religiosa. A Conferência Episcopal Alemã e a Austríaca estabeleceram que os católicos que procedessem deste modo, deixando de cumprir o preceito de sustentação da Igreja, realizavam um acto formal de abandono e ficavam excluídos da vida sacramental. A canonística dessa altura foi muito crítica em relação à atitude do episcopado, por achar desproporcionada a um acto que em geral não podia ser considerado apostasia (pp. 229-230).

Como consequência, esses católicos ficavam dispensados legalmente da forma canónica pelo cân. 1117. É curioso o comentário da Autora, ao fazer notar que na Alemanha os católicos que eram declarados formalmente fora da Igreja por não pagarem o imposto eclesiástico e portanto excluídos dos sacramentos, ao serem isentos da forma canónica, recebiam o sacramento do matrimónio, pela sua condição de baptizados! (p. 231).

As variadas propostas mostravam as dificuldades que toda a legislação provoca, ao pretender abranger todos os casos concretos possíveis (casuística); parece-nos que mais prático seria seguir o sistema da jurisprudência, resolvendo caso a caso da maneira mais justa, de modo a poder servir simplesmente de orientação. De todos os modos, perante aquela diversidade de interpretações, que conduzia a duvidar da validade dos matrimónios, compreende-se a proposta de acabar com a isenção pelo acto formal de abandono (que podia parecer até ser um estímulo para abandonar a Igreja e assim ficar dispensado do casamento religioso). Bastaria ficar assente que a obrigação da forma canónica só abrangia os católicos (cân. 1117), não os acatólicos quando contraíam entre si, analogamente como se reconhece em princípio a validade do matrimónio entre não cristãos.

A Autora apresenta o longo trabalho percorrido na Santa Sé para resolver a incerteza causada pela aplicação do cân. 1117 aos católicos separados da Igreja por um acto formal de abandono, em que intervieram o Conselho Pontifício para os Textos Legislativos, a Congregação para o Culto Divino e a Disciplina dos Sacramentos e a Congregação para a Doutrina da Fé. Esta última pronunciou-se sobre o aspecto teológico, esclarecendo que o acto de abandono devia representar um acto de apostasia, heresia ou cisma, ainda que a ligação ontológica com a Igreja nunca se destrua, e que devia coincidir esse acto interior com a manifestação externa (p. 232).

Em Março de 2006 e com a aprovação de Bento XVI, o Conselho Pontifício enviou uma Carta aos Presidentes das Conferências Episcopais com esses requisitos teológicos, acrescentando o requisito de comunicar à autoridade eclesiástica. Era uma interpretação bastante restrita do acto formal de abandono (p. 236). A polémica sobre a interpretação não parou e, além disso, as Conferências Episcopais dos países em que existia o imposto eclesiástico levantaram fortes objecções (pp. 236-238).

Viu-se, pois, a necessidade de uma solução definitiva, que chegou com o “Motu proprio” *Omnium in mentem*, de 26-X-2009, o qual suprimiu a cláusula do “acto formal de abandono” nos cânns. 1086, 1117 e 1124. Os motivos invocados diziam respeito naturalmente ao matrimónio: a fórmula do acto formal de abandono tinha a finalidade de respeitar o direito natural de casar (*ius connubii*) dos fiéis que abandonassem a Igreja, mas mostrou-se de difícil determinação; a isenção parecia

contribuir para que houvesse matrimónios clandestinos e facilitar a apostasia; a supressão da isenção supõe que o matrimónio desses fiéis é inválido e assim facilita o matrimónio canónico de quem tenha fracassado o anterior e deseja regressar à Igreja católica⁶.

A reacção da canonística não se fez esperar. Em geral, manifestava-se perplexidade pelo facto de se ter optado pela segurança jurídica sacrificando o direito fundamental ao matrimónio de toda a pessoa humana (*ius connubii*) a quem abandona a Igreja, o que significava que a Igreja não reconhecia o seu matrimónio e conseqüentemente a sua liberdade religiosa, em contraste com a Declaração conciliar *Dignitatis humanae*; também chocava que se considerasse nulo por falta da forma canónica para quem quisesse voltar a casar na Igreja, sem considerar a existência ou não da vontade matrimonial⁷.

VI. A FUNÇÃO DA FORMA CANÓNICA

A Segunda Parte do livro que referenciamos trata do *Estudo sistemático da função da forma canónica e novas propostas* (pp. 251-425).

A Autora começa por deixar assente que o matrimónio é a doação mútua dos cônjuges e a sua causa eficiente é o consentimento mútuo entre os nubentes. Por implicar duas pessoas, com os seus direitos e deveres, e a sua relação com a comunidade civil e religiosa, o matrimónio é uma realidade iminentemente social. Daí resulta a necessidade de que a origem do novo matrimónio (o consentimento mútuo) seja susceptível de ser conhecida socialmente (na comunidade).

A seguir, a Autora aprofunda o *ius connubii*, entendido como direito de toda a pessoa humana a contrair matrimónio – enquanto união indissolúvel, exclusiva e aberta à geração –, que inclui o direito ao seu reconhecimento e promoção pela sociedade e o direito a não ser impedido nem obrigado a contrair (p. 277); no caso de dois cristãos, uma vez que o seu matrimónio é sacramento, o direito a receber o sacramento do matrimónio (p. 276). Naturalmente, entende-se que o direito se deve exercer conforme os requisitos do seu objecto, que é um matrimónio válido (pp. 280-281).

6] Cf. BENTO XVI, Carta Apostólica em forma de “Motu próprio” *Omnium in mentem* (26-X-2009), Preâmbulo.

7] Cf., por exemplo, CARMEN PEÑA, *El M.P. “Omnium in mentem”: la supresión del acto formal de abandono de la Iglesia*, in J. OTADUY (Ed.), *Derecho Canónico en tiempos de cambio*, Actas de las XXX Jornadas de Actualidad Canónica de la Asociación Española de Canonistas (Madrid 2010), Madrid 2011, pp. 91-108.

Recorda a Autora que o *ius connubii*, como princípio informador de todo o sistema matrimonial, deve ser critério de interpretação na sua aplicação concreta; em consequência, só tem sentido a regulação do exercício do *ius connubii* que contribua para salvaguardar a identidade do matrimónio (pp. 279 e 281).

O consentimento matrimonial necessita de ser expresso de modo que possa ser reconhecido pela sociedade, segundo a sua cultura e os seus costumes: são as formas de recepção estabelecidas pela autoridade social. Para o matrimónio canónico, essas formas estão estabelecidas nos cân. 1108, 1112 e 1116.

É exigência positiva do *ius connubii* que a vontade verdadeiramente matrimonial seja socialmente reconhecida; por isso, a forma de recepção deve respeitar o *ius connubii*. Não basta que a forma garanta a segurança jurídica, é necessário que garanta a existência da vontade matrimonial (pp. 282-283).

Para garantir a segurança jurídica, a forma requer uma celebração pública, que facilita a identificação da causa eficiente. No entanto, se se desse uma importância excessiva a um instrumento técnico de modo que não reconhecesse uma vontade matrimonial existente, não serviria. Por exemplo, a actual forma canónica extraordinária cumpre esses requisitos porque, além de uma celebração pública, não exige qualidades especiais nas testemunhas, a não ser poder testemunhar um acto público; pelo contrário, a forma canónica ordinária exige uma testemunha qualificada, daí as dificuldades que surgiram e obrigaram a criar outros meios supletivos (pp. 286-287).

Mais difícil é a forma garantir a existência da vontade matrimonial, porque nem sempre a manifestação pública dos nubentes coincide com a sua vontade interior: só um processo matrimonial poderia resolver a questão. O que acontece é que, se se dá uma importância excessiva à forma canónica, pode querer significar que quem não adere a ela forçosamente não tem essa vontade matrimonial e por isso não há matrimónio válido, é nulo, e os contraentes poderão contrair outro matrimónio: nesse caso, a forma canónica perderia o seu carácter declarativo para se tornar constitutiva (p. 290).

Depois da reforma protestante, que entregou a competência jurídica do matrimónio ao Estado, e sobretudo com a secularização iniciada com a Revolução Francesa, a forma canónica com a preparação anterior à celebração era alguma garantia de se manter a realidade matrimonial. Contudo, mesmo nos católicos casados segundo a forma canónica, perante os processos de nulidade que se multiplicam, vai aumentando os que não foram válidos. Por outro lado, as pessoas que não estão sujeitas à forma canónica (acatólicas, não baptizadas), quando casam entre si, o seu matrimónio é considerado *a priori* válido pela Igreja e certifica-se da validade num processo matrimonial.

A forma canônica tridentina *ad validitatem* libertou o matrimônio da excessiva privatização e evidenciou a sua grande repercussão social; contudo, introduziu também o perigo do formalismo na celebração do matrimônio, difundindo a ideia de que não são os nubentes que se casam, mas é a Igreja que os casa. Em consequência, considerava-se que os católicos que não seguissem a forma canônica, seriam incapazes de emitir um consentimento naturalmente suficiente e, portanto, incapazes de matrimônio válido (pp. 299-300).

Segundo a Autora, qualquer que seja a forma de celebração de um matrimônio, este é válido se ambos os nubentes entregaram mutuamente a sua conjugalidade, sem terem algum impedimento para o fazer (p. 301). (Recorde-se que os matrimônios clandestinos, realizados somente por mútuo consentimento, eram considerados válidos; e, mesmo agora, também os matrimônios celebrados sem a forma canônica em circunstâncias especiais). A questão é saber se só a forma canônica *ad validitatem* garante melhor a existência da vontade matrimonial nos nubentes. O problema que se levanta é o caso de um católico que não seguiu a forma canônica *ad validitatem* e constituiu família durante anos, rompe com o cônjuge e casa com outra pessoa pela Igreja, porque o seu primeiro matrimônio é considerado inválido. Esta possibilidade causa um grande escândalo comparado com o matrimônio de um acatólico em celebração civil, considerado válido pela Igreja (p. 304).

Por outro lado, é lógico que, sendo o matrimônio uma realidade sagrada e para a Igreja um sacramento, ele se realize segundo as indicações dadas pela Igreja: preparação, consentimento matrimonial mútuo público, celebração litúrgica. “Contudo, a sacramentalidade do matrimônio não depende da presença nem da assistência do sacerdote, nem sequer da bênção (deste), mas do carácter baptismal dos contraentes” (p. 306).

A exagerada importância dada à forma canônica, enquanto cumprimento de uma norma legal, leva a que “o matrimônio já não é uma união real nas pessoas que o ordenamento simplesmente reconhece, mas uma instituição legal, que o direito cria” (p. 313). Na sociedade civil, a ditadura da afectividade, que sustenta o matrimônio unicamente sobre o amor-sentimento, levou a autoridade civil a não interferir na sua definição e a limitar-se a legalizar todas as decisões afectivas que são reivindicadas, com a aparição de uma multiplicidade de novos fenómenos (divórcio, uniões de facto, uniões homossexuais, novos sistemas de adopção e de procriação, etc.).

A Autora insiste em que urge recuperar a essência do matrimônio. O consentimento matrimonial é a causa eficiente do matrimônio (*matrimonium in fieri*), o seu objecto é que é o matrimônio (*matrimonium in facto esse*), o matrimônio como união de duas pessoas que se entregam mutuamente na vida conjugal, com as

características de abertura aos filhos, de fidelidade mútua e de indissolubilidade (pp. 316-317).

O *motu proprio* de Bento XVI “*Omnium in mentem*”, de 26-X-2009, suprimia a isenção da forma canónica estabelecida no cân. 1117 do Código de 1983. Contudo, esta isenção procedia do desejo de defender o *ius connubii* em geral, evitando a nulidade de matrimónios somente por motivo formal, de católicos que tivessem abandonado a Igreja. Já vimos atrás as dificuldades de interpretação do “abandono por acto formal”. Com o *motu proprio*, produz-se uma restrição considerável do *ius connubii* perante a Igreja; a Autora analisa a seguir as várias razões que levaram ao *motu proprio* (p. 319).

Para a Autora, a causa principal do *motu proprio* foi cortar pela raiz as dificuldades de interpretação do “acto formal de abandono”, com a consequência de limitar o *ius connubii* (pp. 319 e 321). Outros autores vêem sobretudo afectado o respeito pela liberdade religiosa dos que abandonam a Igreja (pp. 321-322).

Outra razão dada para a supressão da isenção seria ela não impedir os matrimónios clandestinos, pois o cân 1117 não previa uma forma pública alternativa. Em contrapartida, a Autora apresenta três considerações oportunas, das quais uma delas nos chamou mais a atenção. Com efeito, o próprio cân. 1117, ao referir o cân. 1127, §2, faz uma referência implícita à necessidade de alguma forma pública de celebração. Este último cânon refere que, no matrimónio misto, entre católico e cristão não católico, o Ordinário do lugar da parte católica pode dispensar da forma canónica nalgum caso especial, salvaguardada para a validade alguma forma pública de celebração; e volta a poder aplicar-se no matrimónio de disparidade de cultos, entre católico e não cristão (cân. 1129). O que deixa patente que o cân. 1117 já impedia implicitamente matrimónios clandestinos. De todos os modos, segundo a Autora, bastaria incluir nesse cânon a exigência explícita de uma forma pública de celebração (pp. 324-325).

Outra das razões apontadas era que a isenção tornava mais difícil a reincorporação à Igreja de quem, uma vez casado sem a forma canónica e, com o passo do tempo separado do cônjuge, desejasse contrair matrimónio com outra pessoa católica e regressar à Igreja. Como o primeiro matrimónio era considerado válido, seria preciso um processo matrimonial moroso para averiguar a sua validade; com o *motu proprio*, torna-se simples, porque é considerado nulo por defeito da forma. A Autora acha estranho que se utilize a forma de celebração como modo de provocar a nulidade de um matrimónio, quando a função da forma é precisamente servir o *ius connubii*; além disso, parece como se a nova norma facilitasse a quem não se manteve fiel ao matrimónio o poder voltar a casar-se, com o escândalo daí resultante

(pp. 328-329). Acrescenta a Autora que o *Motu proprio* transmite a mensagem de que só o matrimônio canônico é definitivamente indissolúvel, porque só esse matrimônio seria verdadeiro matrimônio (p. 334).

Vários autores propunham a supressão da isenção porque entendiam que o matrimônio celebrado em forma não canônica não pode ser sacramento, porque não se respeita a sua dignidade. Além disso, para eles, a falta de fé (de quem abandona a Igreja) impede receber o sacramento do matrimônio, pois não aceitam que a sacramentalidade deriva do batismo dos cônjuges. A Autora faz notar que a Igreja reconhece como *ratos* (isto é, válidos e sacramento) os matrimônios entre protestantes, mesmo quando não professam a sacramentalidade do matrimônio (p. 337)⁸.

Em resumo, segundo a Autora, com a abolição da isenção da forma canônica *ad validitatem* pelo M.P. *Omnium in mentem*, parece-lhe que se deu um passo em falso. Reconhece que era necessário pôr fim a um problema de segurança jurídica, mas a abolição não era a única solução possível. Utilizar um instrumento formal, cuja razão de ser é servir a realidade matrimonial, precisamente para tornar nula essa mesma realidade, a fim de facilitar uma segunda união, parece-lhe não só uma solução inadequada, mas contraditória (p. 340). Por isso, apresenta a seguir uma proposta para reflexão.

VII. NOVAS PROPOSTAS PARA A FORMA CANÔNICA

Para poder apresentar uma solução formal mais conforme com a realidade matrimonial, a Autora recorda as várias propostas que foram aparecendo, muitas delas na preparação do Concílio Vaticano II e algumas que influíram na codificação de 1983, como a dispensa (cân. 1079 e 1127 §2), a isenção da forma canônica (cân. 1117), etc. (p. 343)⁹.

Uma das propostas para rodear os inconvenientes da forma *ad validitatem*, que não prosperou na codificação, mas surgiu mais estudada pela doutrina depois do *motu proprio* “*Omnium in mentem*”, foi limitar a forma canônica *ad liceitatem*. Como a

8] A Nota da CTI de 2020, que supera a Nota anterior da CTI de 1977, já admite que a falta de fé não impede por si a validade do matrimônio (e, em consequência, ser sacramento entre dois batizados, pela inseparabilidade matrimônio-sacramento), desde que os nubentes tenham a intenção de se comprometerem como quer a Igreja – intenção de fazer o que faz a Igreja –, que é constituir um matrimônio com as características de um matrimônio cristão (abertura aos filhos, fidelidade mútua e indissolubilidade): cf. MONTSERRAT GAS-AIXENDRI, *Possono i non credenti celebrare un valido matrimonio sacramentale? Considerazioni a margine del documento della Commissione Teologica Internazionale sulla reciprocità tra fede e sacramenti*, in *Ius Ecclesiae*, 2020/2, pp. 673-688, em particular p. 681, nota 29.

9] Parece-nos que se podia acrescentar a sanção na raiz por defeito da forma (cân. 1161).

exigência do Concílio de Trento era acabar com os matrimónios clandestinos, parecia-lhes que no séc. XX se podia satisfazer com outras formas públicas de celebração, mesmo com a celebração civil. Ao mesmo tempo, chamavam a atenção para outras razões pastorais: por exemplo, uma união estável que, só por um motivo formal, era considerada nula para possibilitar uma nova união, causava escândalo; em países protestantes, parecia incoerente que o matrimónio civil entre dois protestantes se considerasse sacramento e não entre um protestante e um católico.

Contudo, quanto ao modo concreto de levar a cabo essa proposta (da forma *ad liceitatem*), havia diferenças entre os autores e nem todos chegavam a aprofundar nas consequências práticas.

Não foram poucos os autores que reagiram contra as propostas de revisão da forma *ad validitatem*. Este sector doutrinal considerava que traria mais inconvenientes do que vantagens e que convinha conservar a forma existente porque oferecia maiores garantias para proteger o matrimónio.

É oportuno conhecer esse forte debate ante uma disciplina que levava quase cinco séculos, apesar das frequentes críticas aos graves inconvenientes.

Podemos enumerar as importantes razões expostas para rejeitar a nova proposta (p. 351-354):

- O Decreto *Tametsi* do Concílio de Trento não pretendia apenas acabar com os matrimónios clandestinos, mas também assegurar um conteúdo religioso ao matrimónio definido no Concílio como sacramento.

- A proposta *ad liceitatem* levaria a aceitar o matrimónio civil como celebração pública, quando muitas das suas normas são contrárias ao direito divino (por exemplo, o divórcio – actualmente, outras aberrações), e portanto os nubentes tenderiam a casar-se segundo esse modelo e não segundo o matrimónio cristão.

- Além disso, a aceitação do matrimónio civil terminaria por afectar a jurisdição exclusiva da Igreja sobre o matrimónio dos católicos, indispensável para defender as condições do seu carácter sacramental.

- À falta de um rito religioso para contrair o matrimónio, desapareceria a consciência do seu valor sagrado; e dificilmente os fiéis recorreriam ao pároco para receberem a formação necessária para celebrarem um matrimónio válido e frutuoso.

- Sem o processo pré-matrimonial, seria muito mais difícil ao tribunal eclesiástico pronunciar-se sobre a validade ou nulidade do matrimónio.

- Quer a forma *ad validitatem*, quer *ad liceitatem*, ao serem obrigatórias, não respeitam a liberdade religiosa segundo o Vaticano II e, portanto, não favorecem o

ecumenismo.

– A proposta da forma *ad liceitatem* visa defender casos particulares – certamente bastantes – que são lesionados pela forma *ad validitatem*; mas esta tem sido uma protecção eficaz para a imensa maioria dos católicos que se casaram, pelo que se devia manter em atenção ao bem comum e à segurança jurídica, com os acertos necessários para evitar os inconvenientes graves.

A Autora analisa com seriedade as argumentações num sentido e no outro e apresenta a sua proposta da forma canónica na sua função “ao serviço da vontade matrimonial” (p. 356-358):

A introdução da forma canónica *ad validitatem* pelo Concílio de Trento levou a ver a intrínseca sociabilidade do matrimónio, isto é, uma realidade de modo algum redutível ao indivíduo, mas de carácter social, quer por se referir aos direitos e deveres dos cônjuges e dos filhos, quer pelas implicações mútuas com a sociedade que a rodeia; portanto, a forma canónica defende a liberdade responsável da vontade matrimonial de cada um dos nubentes e assegura que esta esteja inscrita no matrimónio cristão.

Uma vez que a forma *ad validitatem* não considerava a possibilidade de haver verdadeiro matrimónio sem ela – portanto, deixava de reconhecer o direito natural de contrair matrimónio (*ius connubii*) cada vez de mais católicos na época actual –, parece mais adequada ser ela apenas *ad liceitatem*, desde que, para a validade do matrimónio, se exija a sua celebração nalguma forma pública.

A forma canónica estabelecida continuaria a ser uma obrigação grave, correspondente aos requisitos da celebração de um sacramento, de modo que quem não a cumprisse encontrar-se-ia em situação de grave desobediência a um preceito importante da Igreja e, por conseguinte, em situação objectiva de pecado grave (segundo o cân. 915) que impediria a recepção dos sacramentos (talvez, à semelhança de quem não assiste à Missa dominical).

Para voltar à plena comunhão com a Igreja, deveria dirigir-se ao pároco ou ao Ordinário do lugar, que verificaria se o matrimónio celebrado reúne as condições necessárias para a sua validade e se foram cumpridas as obrigações relativas à fé e à educação dos filhos (segundo o cân. 1125). No caso positivo, inscreveria o matrimónio no livro de registos do matrimónio e do baptismo.

Fica a proposta à discussão da doutrina canónica, mesmo para resolver alguns pontos concretos. Parece-nos que conviria não cair na tendência habitual ao legalismo, com as suas discussões intermináveis sobre o alcance da lei que se estabeleça, esquecendo o método mais prático e acertado da jurisprudência resolvendo os casos concretos, segundo a tradição do direito romano e do direito canónico clássico.

Parece-nos ser de desejar que a nova lei seja o mais simples possível, sem a enumeração de casos em que se aplica ou não, deixando a aplicação ao caso concreto à jurisprudência em lugar do legalismo.

Seguidamente, a Autora dedica amplo espaço a sugerir solução a possíveis objecções a nível teórico à proposta (p. 358-395).

Também não se furta a prever as implicações da proposta a nível prático e a sugerir solução (p. 395-415).

Em ambos os casos, oferece uma discussão exaustiva que manifesta o cuidado posto em ver as consequências pastorais e legislativas da proposta da forma canónica *ad liceitatem*.

Vale a pena debruçarmo-nos sobre a questão de se teria sentido continuar com outros institutos existentes para flexibilizar as possíveis rigidezes da forma canónica *ad validitatem*; concretamente, a forma extraordinária, a dispensa, a suplência da faculdade do assistente e a sanação na raiz.

Segundo a Autora, todas estas ferramentas continuariam a ser utilíssimas, embora agora não indispensáveis para garantir a validade do matrimónio, mas a licitude e plena comunhão com a Igreja (p. 412).

Actualmente, segundo o Código de 1983 vigente, poderiam seguir-se:

– a *forma canónica extraordinária* – perante duas testemunhas apenas – por falta do assistente competente, em perigo de morte de um dos contraentes ou por ausência previsível daquele por mais de um mês (cân. 1116);

– a *suplência da faculdade de assistir* ao matrimónio aplica-se quando existe erro comum ou dúvida positiva e provável em relação ao assistente (cânn. 1108 §1, 1111 e 144);

– o Ordinário do lugar pode *dispensar da forma canónica* em caso de perigo de morte, para a sua diocese ou para os seus súbditos (cân. 1079);

– a *sanação na raiz* é a dispensa da forma canónica mantendo-se o consentimento, tornando válido o matrimónio desde o momento da celebração, e pode ser concedida pelo Bispo diocesano em cada caso (cânn. 1161 e 1165);

– tratando-se de matrimónios mistos ou de matrimónios de disparidade de cultos, cabe também, havendo graves dificuldades, o Ordinário da parte católica dispensar caso a caso da forma canónica, salvaguardando alguma forma pública de celebração (cânn. 1127 §2 e 1129).

Em nosso entender, parece-nos de facto que a forma canónica *ad validitatem* contribuiu desde a sua introdução, não só para acabar com os matrimónios clandestinos, mas sobretudo por ter sido uma protecção eficaz para a imensa maioria dos católicos que se casaram; ao mesmo tempo, o modo legalista como se aplicou levou a olvidar a sua função ao serviço da vontade matrimonial dos nubentes, chegando a considerar nulos bastantes matrimónios por motivo formal, por vezes sem lançar mão da suplência da Igreja para o evitar¹⁰.

Por isso, parece-nos cada vez mais necessário terminar com ela e a nova proposta parece adequada para o efeito, mesmo nas circunstâncias actuais em que se torna imperioso cuidar de que os católicos celebrem o matrimónio cristão, perante as fortes influências do ambiente adverso.

No caso de ser aprovada a obrigação da forma canónica *ad liceitatem* conforme propõe a Autora, em princípio a forma canónica continua a ser obrigatória para todo o católico com quem quer que se case: os católicos praticantes continuarão a dirigir-se ao pároco para instruírem o processo pré-matrimonial e a celebração na Igreja. Aqueles que não o tenham feito e querem regularizar a sua situação, para poderem receber os sacramentos, terão de recorrer ao pároco que lhes explicará o que for necessário. Se alguém se tinha casado sem ser pela Igreja e desejar casar-se com outra pessoa, ao dirigir-se ao pároco, o caso terá de ser levado ao tribunal judicial para analisar se o primeiro matrimónio foi ou não válido, pois em princípio tinha capacidade para tal (a Igreja respeitara o seu *ius connubii*).

10] Já na vigência do Código de 1917 se aplicava a suplência da Igreja, no foro externo e interno, à falta de jurisdição do ministro, em caso de erro comum ou de dúvida positiva e provável (c. 209), para que o confessor pudesse perdoar os pecados (cf. D. PRÜMMER, *Manuale Theologiae Moralis*, III, editio XV, Romae 1961, p. 294); analogamente, o mesmo se procurou fazer para o assistente ao matrimónio em relação à forma canónica (cf. *supra*, III), talvez com relutância daqueles que aproveitavam a interpretação legalista para facilitar a declaração de nulidade. Embora a assistência ao matrimónio não era um acto de jurisdição, a Comissão Pontifícia para a Interpretação Autêntica do Código confirmou a aplicação da suplência do c. 209 (26-III-1952).

O Código de 1983 já diz explicitamente que a suplência da Igreja se aplica à faculdade do confessor e à do assistente ao matrimónio (cân. 144), certamente por razão do bem comum.