

## CASAMENTO: DIREITOS DO ESTADO & DIREITOS DA CONSCIÊNCIA

João Baptista Villela  
UFMG

**B** OSCH, Friedrich W[ilhelm], *Staatliches und kirchliches Eherecht — in Harmonie oder im Konflikt?* Bielefeld, Giesecking, 1988, 145 pp. (Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Bd 122).

### 1. Céu e terra na práxis do casamento

Segundo Hugo Grotius, o casamento é onde a associação natural se manifesta na mais alta perfeição: "Consociatio maxime naturalis in conjugio apparet"<sup>1</sup>. Possivelmente esteja aí mais uma comprovação de que o ser humano, assim como está predisposto à associação, também está preordenado ao conflito, pois é certo que o casamento, se é o lugar do encontro e do amor, tem-se revelado, de outra parte, o espaço privilegiado do desacordo e dos antagonismos. Ninguém, talvez, melhor que Ingmar Bergman, o festejado teatrólogo e cineasta nórdico, em sua peça *Cenas de um Casamento Sueco*, tenha fixado tão bem a natureza contraditória da instituição, ponto emblemático de confluência do mais sublime êxtase e das mais extremas formas de desamor. Mas o casamento não é apenas cenário de *harmonia* e de *conflito* entre as pessoas. A sua história mostra que ele

1. Cf. *De jure belli ac pacis*, t. II., cap. V., VIII., I.

próprio tem sido objeto de disputas. Religião e Estado têm inovado ao longo dos séculos o direito de tê-lo sob suas respectivas regras.

## 2. *Entre a religião e o Estado*

O presente livro de Friedrich Wilhelm Bosch, consagrado jurista alemão a quem se deve a fundação da *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, ocupa-se da situação atual entre o estatuto laico e o estatuto religioso do casamento, especialmente na República Federal da Alemanha. Por *religioso* entenda-se aqui sobretudo o da Igreja Católica Apostólica Romana. Bosch esclarece, com efeito, que depois de o *Reich* alemão ter introduzido o casamento civil obrigatório — o que se consumou para a totalidade do Estado em 1875 —, a Igreja Evangélica na Alemanha, após resistência inicial, acabou aceitando, pela sua expressão majoritária, o entendimento de que o matrimônio se realiza com a troca do consentimento perante a autoridade pública. Assim, o ato religioso não passa de uma benção que a Igreja dispensa aos cônjuges (p. 6). Nessas condições, as dificuldades na matéria, entre os evangélicos e o Estado, são escassas.

Freqüentes, ao contrário, têm sido os desencontros entre o Estado alemão e a Igreja Católica. Convém lembrar que na República Federal da Alemanha, diferentemente do que ocorre na França ou no Brasil, não existe separação absoluta entre o Estado e a Igreja. Suas relações ali estão disciplinadas na chamada *Concordata do Reich*, de 20 de julho de 1933 e cuja validade foi confirmada em 1957 pela Corte Constitucional da República Federal da Alemanha.

Sobre questões que resultam da aplicação da Concordata ocupa-se detidamente Bosch. Em especial, indaga ele se a Igreja Católica, ao subscrever a Concordata, teria reconhecido o sistema do casamento civil obrigatório. Sua conclusão, contrariamente à de outros autores que indica, é a de que não se pode falar de *reconhecimento* por parte da Igreja. O art. 26 da Concordata, que amplia a possibilidade de o casamento religioso ser celebrado antes do casamento civil, teria como regra implícita a obrigatoriedade deste. Daí a ilação do reconhecimento. Mas, segundo Bosch, ao assentir no citado art. 26, que, de qualquer modo, acena para uma “futura regulação mais compreensiva das questões jurídico-matrimoniais”, a Igreja Católica apenas se rendeu à impossibilidade de alcançar mais. Interessava-lhe,

então, diante do Governo Nacional-Socialista, garantir uma plataforma jurídica de onde lhe fosse possível voltar-se contra esperadas agressões à fé católica. Cumpria-lhe preservar a liberdade de culto, a autonomia eclesiástica, a garantia do sigilo da confissão e da cura das almas, o ensino religioso nas escolas, as faculdades de teologia católicas, a cura de almas nos quartéis e nas prisões etc.

A propósito ainda do art. 26 da Concordata, considera Bosch que a sua redação alemã é incorreta, quando, para denotar a celebração do matrimônio religioso, usa o termo *Einsegnung*, "abençoamento". Exata para Bosch é a expressão do texto italiano, que fala em *matrimonio religioso, verbis*: "[...] si è d'accordo che il matrimonio religioso possa esser celebrato prima dell'atto civile [...]".

### **3. O casamento à medida do homem**

O livro de Bosch não se limita, entretanto, aos problemas que põem em confronto os dois complexos de normas matrimoniais, o do Estado e o da Igreja. Nos oito capítulos por que se desdobra comparecem muitas das mais graves questões — e não apenas da sociedade alemã — que suscita a condição do homem moderno posto diante da entidade *família*. O destaque que o título confere às relações entre as duas ordens pode induzir a engano quanto ao seu objeto, que é bem mais amplo. Mas encontra justificação no fato de que, assim, se tocam os extremos de duas realidades que concernem a um sujeito só. E mais. O confronto entre a ordem laica e a religiosa, cada uma com pretensões próprias, mas não necessariamente opostas, pode contribuir positivamente para aquilo que Bosch destaca como um objetivo a perseguir: elevar a reputação do casamento (pp. 121-123).

Eis alguns dos temas candentes que o A. desenvolve ou integra em suas reflexões: a coexistência entre o casamento e concubinato, o incentivo à procriação, a proteção do nascituro, aborto, adoção pré-natal, fertilização *in vitro*, maternidade de aluguel.

Questão particularmente relevante que Bosch suscita, mas para a qual prefere não dar resposta imediata é a da pluralidade de formas matrimoniais asseguráveis pelo Estado. Recorda, a esse propósito, o depoimento do Presidente da Corte Constitucional da República Federal da Alemanha, Roman Herzog, em 1988, nas conversações de Bitburg. Herzog dizia então que o casa-

mento facilmente dissolúvel, sobretudo tal como contemplado no § 1566, II do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB abreviadamente), não guarda a mais remota correspondência com suas representações éticas. Esta disposição do BGB — observe-se à margem — prevê que um casamento se considera incontestavelmente malogrado (e, por isso, pode ser dissolvido, na conformidade do que dispõe o § 1566, I) quando o casal esteja separado há três anos. Voltando ao depoimento de Herzog: perguntava-se ele, pois, se não seria o caso de o Estado pôr à disposição dos interessados diferentes modelos de casamento (pp. 38-39). Comentando essa passagem do livro de Bosch, lembra Albrecht Dieckmann estudo de Hattenhauer sobre a *privatização do casamento*, mas observa que o *Bundesgerichtshof*, Superior Tribunal de Justiça da República Federal da Alemanha, já se pronunciou, em larga medida, contrariamente à validade de convenções que tenham por fim excluir ou dificultar sobremaneira o divórcio<sup>2</sup>.

2. Cf. Buchbesprechungen, *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, Nr. 7/1989, 15. Febr. 1989, S. 449.

#### **4. Solteiro/casado: um novo estado civil?**

“Casados e, entretanto, não casados” é como Bosch qualifica aqueles que se tenham casado apenas perante a Igreja e que não gozam dos efeitos civis do matrimônio. Um mal menor, segundo Bosch, eventualmente aconselhável (p. 122). Bosch observa que a contração do casamento civil na República Federal da Alemanha pode, sob circunstâncias, acarretar desvantagens econômicas para ambos ou, pelo menos, para um dos cônjuges. Casar-se civilmente e ter de suportá-las seria então uma conduta inexigível. Por isso considera perigoso que se reflita sobre se não está aberto, em tais casos de inexigibilidade, o caminho para a celebração apenas religiosa do casamento. Nessa eventualidade estarão sendo rompidos os limites configurados nas cláusulas de exceção do § 67 da Lei do Estado Civil (*Personenstandsgesetz*, PStG abreviadamente). É que o § 67 determina, como regra, que não se admitirá o casamento ou cerimônia religiosos, sem que preceda o casamento civil. Estabelece exceções, entre as quais, porém, não se inclui o caso de desvantagens econômicas. Salvo quanto à possibilidade de alcançar efeitos civis, a solução do casamento apenas religioso, contudo, dispõe de uma base certamente confortável. De um lado, a norma proibitiva do § 67 é uma *lex minus quam perfecta*: sua inobservância, desde a reforma operada em 1957, não gera sanção. De outro lado, tem-na a doutrina, segundo Bosch, prevalentemente

mente por contrária ao art. 4, II, da Lei Fundamental de Bonn, que garante o exercício pacífico da religião (p. 91 e 122).

Na Áustria, de resto, onde o direito matrimonial alemão, inclusive o § 67 da *PSStG*, foi introduzido entre 1938 e 1939, aquela disposição foi suspensa por inconstitucionalidade e incompatibilidade com o Tratado de Paz de Saint-Germain, de 1919. Decisão nesse sentido foi tomada, com efeito, pela Corte Constitucional Austríaca em 15 de dezembro de 1955, exatamente quando se discutia a matéria no Parlamento da República Federal da Alemanha, a partir da iniciativa do Governo, que previa a supressão pura e simples do famigerado parágrafo, mas que acabou não prevalecendo. Naturalmente que a decisão tomada pela Corte Constitucional Austríaca tem aqui um valor apenas relativo por duas razões básicas. De uma parte, os paradigmas são diversos: o que é inconstitucional na Áustria pode não o ser em outro país e vice-versa. Depois, a versão do § 67 da *PSStG* introduzida pelo Governo nacional-socialista na Áustria não é a que hoje prevalece na República Federal da Alemanha: enquanto a última se viu tornar depois de 1957 uma *lex minus quam perfecta*, conforme já se observou, a primeira previa sanção pecuniária e até mesmo, disjuntivamente, pena privativa de liberdade. A extensibilidade do raciocínio da Corte Constitucional Austríaca para a República Federal da Alemanha depende, obviamente, de um exame cuidadoso da *ratio decidendi*. Como quer que seja, a suspensão do preceito por inconstitucionalidade configura, em si mesma, um fato auspicioso. É, parece, principalmente nesse sentido que Bosch menciona a decisão. Não é sem importância neste contexto observar que já em 1950, bem antes portanto da decisão da Corte Constitucional, a Conferência dos Bispos da Áustria havia considerado a exigência do casamento civil prévio como contrária à garantia constitucional da liberdade religiosa e à secular tradição jurídica do País. Em consonância com esse entendimento, tinha também autorizado, sob cautelas, a infringência da regra estatal (pp. 92-93).

Fundamental, enfim, para a correta avaliação da matéria é ter presente, como adverte Bosch, que são idéias distintas o *princípio do casamento civil obrigatório* e a norma da *precedência cronológica da celebração matrimonial civil*. A inconstitucionalidade que se argúi aqui é a de se condicionar uma prática religiosa a um ato da legislação estatal, e particularmente a precedência cronológica deste sobre aquela. Não, porém, a faculdade do Estado de só reconhecer o casamento civil (p. 91, incl. n. 321). É verdade, contudo, que a constitucionalidade do casamento civil obrigatório, em si mesmo, já foi também contestada pelo próprio A.

no passado<sup>3</sup>. Na presente obra, Bosch revê expressamente sua posição anterior pelo sistema da livre escolha entre o casamento civil e o religioso (pp. 114-115). Mas não abdica totalmente da convicção de que o casamento civil obrigatório fere a Lei Fundamental de Bonn (cf. pp. 103.115), mantendo-se, pois, no particular e pelo que se pode depreender, em desacordo com Beitzke, seu antigo colega na Universidade de Bonn<sup>4</sup>.

Voltando, porém, ao § 67 da *PStG*: sem pretender entrar na controvérsia quanto à sua compatibilidade com a Lei Fundamental de Bonn, sobre o que já se pronunciaram — e em sentido nem sempre convergente — juristas como Dölle, Gernhuber, D. Schwab, Böckermann e Strätz, não se pode negar que a imposição da precedência lógica ou mesmo o simples condicionamento de um ato pelo outro atenta contra a idéia de uma sociedade pluralista e democrática. Também no Brasil prevalece o princípio do casamento civil obrigatório, salvo a hipótese do casamento religioso com efeitos civis. Isto quer dizer que, em regra, o Estado só reconhece como casamento o civil. Não obstante, a ninguém ocorreria admitir que a celebração do casamento religioso antes do civil ou mesmo deste absolutamente desacompanhada pudesse tipificar uma atitude *contrária à ordem*. Na República Federal da Alemanha, contudo, é assim que a lei considera.

... e no que se refere ao casamento religioso

3. Cf. F. W. Bosch, *Liebe — Ehe — Rechtsordnung*, Sddr. aus "Familie in Not" (hrsg. v. Stadtverwaltung Bad Godesberg), Bad Godesberg, Rh. Verlagsanstalt, (1953), S. 17.

4. Cf. Günther Beitzke, *Familienrecht*, 24. Aufl., Munique, Beck, 1985, S. 37-8.

## 5. Indução ao concubinato

Problema de solução certamente difícil em qualquer país é o que suscita a cláusula de celibato quando associada à conservação de vantagens patrimoniais, sejam estas oriundas da previdência estatal, sejam de atos negociais como o acordo na separação conjugal, sejam finalmente de decisão judiciária. Bosch mostra com exemplos o equívoco que se esconde sob o raciocínio *wer heirate, sei eben versorgt*, ou em vernáculo, *quem casa, está provido* (p. 35). Entre nós, para só tomar um caso, a Consolidação das Leis da Previdência Social determina a extinção da cota de pensão para o beneficiário do sexo feminino que contrai casamento (art. 50, II). Ora, é fácil imaginar hipóteses em que o casamento não traz qualquer melhoria econômica para a pensionista e nas quais, portanto, a supressão do benefício revela-se infundada. Bosch evoca a situação pretérita de dois órfãos de guerra que, ainda estudantes, contraissem casamento um com o outro: a pensão se extinguiu para ambos, ainda que lhes faltassem meios de subsistência. Só nos anos setenta, depois de

decisões da Corte Constitucional da Federação é que sobreveio legislação corretiva.

Por outro lado, se a atribuição da pensão se baseia na perda do estado de casado, é natural e lógico que a reconstituição deste deva implicar o desaparecimento daquela. Aqui está-se diante dos casos de pensão alimentícia nas separações conjugais ou de pensão previdenciária por viuvez. Os primeiros abrem campo às determinações expressas ou implícitas conhecidas na *common law* como cláusula *dum casta (vixerit)*, cláusula *dum sola* e cláusula *dum sola et casta*. Já a cláusula *dum vidua* pode-se dizer típica das atribuições previdenciárias.

Uma condição hostil ao casamento é odiosa não apenas porque ofende a liberdade pessoal, senão também porque estimula os relacionamentos clandestinos. A um equacionamento satisfatório do problema só se pode chegar, parece, com a *desprevidencialização* do casamento. Vale dizer: repensar os institutos de direito previdenciário e de direito civil por modo tal que nem a cessação do estado de casado configure necessariamente uma causa de benefícios econômicos, nem necessariamente a contração do casamento defina uma razão para os perder. Enquanto a desprevidencialização não sobrevier, continuarão a se manifestar com a benevolência de todos, mas evidente desgaste da instituição do casamento, as relações concubinárias ou promíscuas, ostensivas ou ocultas, da parte de pessoas que, preferentemente, estariam casadas. Ou seja, pessoas que não rejeitam o casamento, mas também não querem ou mesmo não podem rejeitar direitos econômicos com ele incompatíveis.

## 6. Uma sentença de Loysel

Ao ocupar-se do princípio do consenso para a formação do casamento, observa Bosch que uma contribuição essencial ao seu reforço reside no cânon 1098 do novo Código de Direito Canônico, que prevê o dolo como causa de invalidade (p. 52).

A matéria é de especial interesse para a doutrina brasileira, onde, a despeito do silêncio do Código Civil (ou justamente por isso), se tem entendido que o dolo não vicia o consentimento matrimonial<sup>5</sup>. Orlando Gomes, depois de também afirmar a inaplicabilidade do dolo no casamento, excepciona a hipótese em que ele seja a causa determinante de erro apto à anulação<sup>6</sup>. Ora, a ressalva, parece, vem a dar na admissão do dolo com a mesma extensão sob que se admite o erro essencial quanto à pessoa do

5. Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, V. 5, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 109.

6. Cf. *Direito de Família*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 74.

cônjuge. Essa lição de Orlando Gomes significaria então que, se o erro tiver sido maliciosamente produzido por outrem — o cônjuge ou terceiro —, é a figura do dolo que determinaria a anulabilidade do casamento. Nesse caso, a doutrina poderia estar em franca oposição ao que ensina Pontes de Miranda, *verbis*: “Se o dolo está ligado ao erro, esse é que causa a anulabilidade, e não aquele”<sup>7</sup>. Estaria Pontes falando do direito civil brasileiro ou do direito canônico? De ambos? O contexto deixa dúvida. Há, enfim, na civilística brasileira inegável obscuridade em torno da questão antes mesmo que um definido alinhamento contrário à relevância do dolo no matrimônio. De um modo ou de outro, a recente alteração promovida no direito canônico positivo é um convite a que também no direito estatal brasileiro o tema seja reavaliado.

7. Cf. *Tratado de Direito Privado*. T. 7, 4ª ed., São Paulo, Rev. Tribunais, 1983, p. 250.

Se a secular tradição canonística não admitia que se invocasse o dolo no casamento, inspirada em motivação estritamente religiosa, o empenho do Estado na estabilidade das uniões conjugais conduzida ao mesmo resultado. Fez popularidade na matéria uma regra de Loysel, que se argúi de cínica, mas que talvez apenas evoque aquela iniquidade tolerável que os romanos batizaram de *dolus bonus*. Diz a máxima de Loysel: *En mariage trompe qui peut*.

Algum tempo faz, Busnelli, na Itália, advertia para o inconveniente de se transferir *sic et simpliciter* para a legislação civil a irrelevância do dolo no matrimônio canônico. Usando imagem de Graziani, lembrava que o resultado seria uma “desagradável mistura” de *chiara acqua* com *dolce vino*<sup>8</sup>. A apreciação era justa e a imagem correta. Relevante hoje o dolo no matrimônio canônico, a transposição pura e simples continua inconveniente. Afinal não é disso que se trata: transplantar sem atenção aos respectivos contextos. A revolução determinada, no particular, pelo direito canônico envolve, contudo, uma forte sugestão, ante a qual o legislador civil não pode permanecer indiferente.

8. Cf. F. D. Busnelli, *Il dolo nel matrimonio civile: ius conditum e prospettive di riforma, il diritto di famiglia e delle persone*, Milão, 1973, n. 4, p. 1135.

Pela nova regra não se renega o caráter sacramental do casamento, que orientava a solução antiga e que subsiste íntegro. A importância da alteração para o direito civil está na angulação diferente que se adotou para o problema. Aquela em que, como nota Bersini, o legislador quis responder “com sentido de maior compreensão e de mais amplo respeito da dignidade da pessoa” aos casamentos concluídos com engano sobre qualidades que possam comprometer seriamente o *consórcio da vida conjugal*<sup>9</sup>.

9. Cf. Francesco Bersini, *Il nuovo diritto canonico matrimoniale: Commento giuridico — teologico — pastorale*, 2ª ed., Turim, Ed. Elle di Ci, 1983, p. 89.

Bosch arremata, registrando a essencial coincidência que passou a existir entre a legislação canônica e o direito de família da República Federal da Alemanha, no particular. Designada e respectivamente entre o cânon 1098 e o § 33 da Lei do Casamento (*Ehegesetz*, *EheG* abreviadamente) (p. 52). Faltou, talvez, acrescentar que, acolhendo o dolo no matrimônio canônico, a doutrina católica, sem abdicar da leitura sacramental do casamento, reencontra-se, de certo modo, com a tradição protestante. De fato, o que as mantinha distanciadas quanto ao dolo não era propriamente a natureza do casamento, sobre o que o desacordo persiste. Eram, sim, conseqüências que se extraíam de sua afirmada sacramentalidade e que, no plano do direito positivo, foram agora descartadas. Ora, livres de preocupações que derivam da sacramentalidade, as Igrejas Evangélicas, que não a reconhecem, puderam admitir, sem dificuldades, que se aplicasse ao casamento a teoria geral dos vícios da vontade e, portanto, também a figura específica do dolo. Esta orientação é generalizada entre os jusnaturalistas profanos do século XVII, como observou Erle<sup>10</sup>. No século seguinte ela ganha espaço no Código Prussiano de 1794 (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, *ALR* abreviadamente).

O *ALR* representa uma das duas vertentes em que se materializou o direito protestante do casamento: manifestada já no século XVII, ela se revela dominante nas fontes jurídicas do século subsequente e se caracteriza por ampla intervenção do Estado sobre a matéria, assim como pela integração desta na ordem jurídica civil e sua progressiva secularização. A este respeito o leitor interessado consultará com proveito o cuidadoso trabalho de Dieter Schwab, na mesma série do de Bosch<sup>11</sup>.

Pois bem: no *ALR* o dolo, depois de minuciosamente contemplado no título relativo às declarações de vontade (I, 4, §§ 84 et seq.), tem previsão expressa no Título II da Segunda Parte, que dispõe sobre o casamento (II, 1, §§ 38 et. seq.). Consoante o que aí se determina, a celebração em princípio não é válida quando o consentimento for obtido mediante o dolo. Tal qual, quase dois séculos mais tarde, faria o Código de Direito Canônico da Igreja Católica...

Do *ALR* a orientação passou ao *BGB* (§ 1334), de onde o foi tomar o *EheG* de 06.07.1938, hoje na versão de 20.02.1946.

Suíça, Finlândia, Noruega, Suécia e Dinamarca são outros tantos países, cujas legislações, certamente pelo influxo do pensamento evangélico, admitem, com maior ou menor abertura, a anulação do casamento por dolo.

10. Cf. Manfred Erle, *Die Ehe im Naturrecht des 17. Jahrhunderts: Ein Beitrag zu den geistesgeschichtlichen Grundlagen des modernen Eherechts*, Göttingen, (o Dr.), 1952, S. 276-7.

11. Cf. *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts* (Bielefeld: Giesecking, 1967, S. 221 et seq.)

## 7. Fins e natureza do casamento

A visão crítica de Bosch não se dirige exclusivamente ao direito estatal. Assim é que, invocando a companhia de Primetshofer, Kaiser e Zapp, assinala não ser compreensível que a *impotentia coeundi* antecedente e perpétua constitua ainda um impedimento indispensável e conduza sempre à invalidade do casamento canônico, mesmo não sendo mais a prole o fim primário do matrimônio (p. 47).

Tem razão Bosch quando destaca o ganho que a união conjugal, em si mesma, obteve no Código de Direito Canônico, onde o *bonum coniugum* foi expressamente associado à *generatio et educatio prolis* e mesmo a precede na nominação dos fins do matrimônio (cf. cân. 1055, § 1). Não parece, contudo, haver desconcerto lógico entre as duas orientações do Código de 1983. Com efeito, o cân. 1084, que dá à *impotentia coeundi antecedens et perpetua* o caráter de impedimento dirimente, deixa clara a pressuposição do casamento como união sexual, pois ali mesmo se diz que o efeito invalidante sobre o matrimônio se dá *ex ipsa eius natura*. Distinguem-se, na verdade, os fins da instituição, que não se exaurem no bem da prole, e a sua natureza, que inclui necessariamente a aptidão para a posse sexual. Essas duas categorias já se encontravam, de resto, bem-estreimadas no Código anterior, de 1917, onde, embora se proclamasse a *procreatio atque educatio prolis* como fim primário (cf. cân. 1013, § 1), não se fazia da esterilidade uma causa nem dirimente nem impeditiva do matrimônio (cf. cân. 1068, § 1). Embora o Código não falasse, como faz o atual, em *impotentia coeundi*, era desta que a doutrina considerava tratar-se<sup>12</sup>. Nem podia ser outro o entendimento, já que era um parágrafo do mesmo cân. que excluía a esterilidade como causa dirimente ou impeditiva. Poder-se-ia então perguntar, sob o regime do velho Código, como era possível afirmar a prole como fim primário do casamento e, ao mesmo tempo, admitir que o contraíssem pessoas sabidamente estéreis? E se, por outro lado, pessoas estéreis o podiam contrair, a despeito de que o fim era a prole, por que não o podiam os incapazes para a cópula? Tampouco aí havia contradição lógica, pois o fim do instituto pode ser pensado com autonomia relativamente à sua natureza. E vice-versa.

Voltando ao Código atual: se não há ilogicidade na relação entre fins e natureza, nem por isso a solução que adota pode ser tida como perfeita. A proposta de Bosch para que no futuro a Igreja Católica admita o casamento de pessoas que, por idade, doença

12. Cf. Lorenzo Miguélez Domínguez et alii, *Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria*, Madri, Bibl. de Autores Cristianos, 1980, p. 410.

ou qualquer outro motivo não estejam aptas ao desempenho do ato sexual, é simpática e deveria ser objeto da melhor consideração. Caberia aqui também advertir quanto aos inconvenientes de uma leitura demasiado estrita de *aptidão sexual*. Percebe-se que o conceito ainda está impregnado da idéia de procriação. Circunscrever a capacidade sexual ao desempenho do ato mecânico, por instrumento do qual a geração se processa, é, entretanto, deixar-se conduzir por uma visão pobre e tendencialmente animal da sexualidade humana. Todas as manifestações aptas a proporcionar uma resposta sexual gratificatória e, assim, contribuir para o mútuo e íntimo crescimento do casal, têm origem, claro, na potencialidade dos envolvidos para as produzir. E constituem, no mais rigoroso sentido, expressões de sua capacidade sexual. Em outra oportunidade, aliás, sugeri, com base em resultados da investigação sexológica e a propósito do erro como causa de nulidade do casamento, que se deixasse de lado o "poder instrumental para a cópula" em favor da "capacidade *tout court* de gratificar sexualmente o parceiro"<sup>13</sup>.

A sugestão de Bosch retoma, em certo sentido, o fio da genial percepção de von Hildebrand, quando disse que a fecundidade está presente em "todo casamento intimamente realizado"<sup>14</sup>. Se a *realização íntima* do casamento não exige a capacidade procriativa, exigiria a aptidão para o desempenho sexual? É um ponto sobre que pensar.

## 8. Resumindo e concluindo

Dieckmann e Furkel opuseram respeitosa crítica a Bosch por não ter consignado os esforços da Igreja Evangélica no sentido de atenuar as conseqüências patrimoniais desfavoráveis de um novo casamento de pensionistas<sup>15</sup>. Teria sido, sem dúvida, um gesto de elegância fazer o registro. Mas daí a considerar a omissão matéria de crítica, mesmo discreta, há, parece, um salto demasiado longo. Quantos outros detalhes a obra poderia conter e, não obstante, calou? A menos que a informação fosse essencial, censurar a sua falta, é censurar a incompletude da obra. Ora, Bosch parece não ter tido o empenho da exaustão. Ao contrário: no prefácio, evocando Goethe na sua visão de Roma, sugere que também ele, A., necessita de "mais tempo e calma" (p. VIII).

13. Cf. João Baptista Villela, *Liberdade e Família*, Belo Horizonte, Fac. Direito da UFMG, 1980, p. 28-9.

14. Cf. Dieter von Hildebrand, *Die Ehe*, Munique, Ars Sacra, 1929, S. 21.

15. Cf. Dieckmann, *op. cit.*, S. 450; Françoise Furkel, "Bibliographie commentée", *Revue internationale de droit comparé*, Paris, jan./mars 1990, p. 407.

