

CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL DE
PESSOAS E BENS EM DIVÓRCIO, DE
CASAMENTO CONCORDATÁRIO
(Peças de um processo)

1

Petição inicial

Manuel [...], separado judicialmente de pessoas e bens, vem, por apenso aos autos de separação judicial de pessoas e bens que correram nessa vara em 1952 e 1953, e nas quais o ora requerente foi réu e autor D. Glória [...] e ao abrigo do disposto no art. 1 418 do C. P. C., com referência ao art. 46 da L. Div., requerer a conversão em divórcio da douta sentença de 23-1-1961 aí proferida que decretou a separação de pessoas e bens entre o requerente e sua mulher.

(a)

Explicação prévia

Pede-se neste requerimento — como em outros, semelhantes, apresentados em outros tribunais portugueses — a conversão em divórcio de pessoas separadas judicialmente de pessoas e bens há mais de cinco anos, mas casados pelo regime concordatário.

Pretende-se deste modo submeter frontalmente, e pela pri-

meira vez, à Justiça portuguesa, um problema de grande me-
lindre e transcendente gravidade social: a angustiante situa-
ção dos «separados» que pretendem refazer a sua vida e, em
grande número de casos, legitimar os seus filhos, nascidos de
ligações posteriores à separação.

Esclarece-se, porém, desde já, que este problema vai aqui
ser equacionado em termos de estricte técnica jurídica, com
total abstracção das suas implicações de ordem social ou reli-
giosa.

Designadamente, as questões de saber se o divórcio é em
si mesmo um bem ou um mal, se a Concordata deve ou não
«de jure condendo» continuar em vigor — foram intencional-
mente arredadas deste requerimento.

Verificamos que, qualquer que seja a opinião sobre o divór-
cio e a fé católica de cada um, há um facto que todos são for-
çados a admitir: que, na ordem jurídica portuguesa, o divórcio
e a Concordata coexistem. Por isso, será exclusivamente atra-
vés de interpretação dos preceitos legais em vigor destes ins-
titutos — interpretação que se procurou fazer com o maior
rigor técnico-jurídico e que é apoiada em opiniões dos mais
autorizados autores — que, como se verá, se concluirá pela pos-
sibilidade legal da conversão em divórcio que ora se pede.

(b)

*O artigo XXIV da Concordata não está em vigor em Portugal
por não ter sido regulamentado no Dec. 30 615*

1. Autor e réu celebraram casamento religioso.
2. Nos termos dos arts. 9 e ss. do dec. 30 615 este casa-
mento foi transcrito na Conservatória do Registo Civil compe-
tente, pelo que
3. Segundo o disposto no art. 2 do mesmo decreto deve-
ria, em princípio, ter produzido todos os seus efeitos civis.
Contudo,
4. Esses efeitos civis só se produziram em parte e, desi-
gnadamente
5. *Não se produziram os efeitos civis enunciados no art.*

XXIV da Concordata que prevê a renúncia, pelos cônjuges, à faculdade civil de requererem o divórcio.

Passa-se a demonstrar esta asserção:

6. O dec. 30 615 é, como se sabe, o decreto regulamentar da Concordata de 7-5-1940. Ora,

7. No art. XXXI daquele diploma estabeleceu-se que
«A presente Concordata [...] será ratificada e entrará em vigor logo que sejam trocados os instrumentos de ratificação, salvo na parte cuja execução depende de legislação interna complementar da República Portuguesa, em que entrará em vigor só com essa mesma legislação.

8. *Sucedee que o art. XXIV da Concordata, que atribui ao casamento canónico o efeito de renúncia à faculdade civil de requerer o divórcio, com a conseqüente impossibilidade de aplicação do mesmo pelos tribunais civis aos casamentos católicos, é, precisamente, uma das disposições que, segundo o art. XXXI da mesma Concordata, depende, na sua execução, de legislação interna complementar. Com efeito,*

9. Segundo a lei portuguesa — § único do art. 815 do Código Civil — «a renúncia só pode provar-se por documento escrito e assinado pelo renunciante».

10. Esta disposição legal, por ser uma lei de forma, tem carácter imperativo, e é, por isso, insusceptível de ser postergada ou dispensada ao fazer-se a recepção, na ordem jurídica interna portuguesa, de uma ordem jurídica estrangeira, como é a canónica.

11. Esse carácter imperativo é, aliás, acentuado pelo emprego do advérbio «só», no texto do preceito.

12. É, por isso, de excluir qualquer outra forma de renúncia, designadamente a renúncia tácita (vd., a respeito da inadmissibilidade da renúncia tácita, o ac. do S. T. J. de 24-2-1961, in *B. M. J.*, 104, p. 341).

13. Havia, por isso, imperiosa necessidade de, na regulamentação da Concordata, se prever, entre as formalidades que

condicionam a celebração do casamento canónico, a exibição, perante o pároco, de *um documento de renúncia ao divórcio por parte de ambos os cônjuges, outorgado segundo a forma prescrita no § único do art. 815 do C. Civ.*

14. Isto é: assim como, para respeitar as exigências da lei interna portuguesa, quanto ao condicionalismo civil do casamento, o art. 6 do dec. 30 615 exige a exibição, perante o pároco, de um certificado, passado pelo funcionário do registo civil, em que se declare que o casamento poderá realizar-se civilmente — pela mesma razão o dec. 30 615 devia ter previsto, como condição para a realização do casamento canónico, a exibição, perante o pároco, de um documento de renúncia ao divórcio, outorgado segundo a forma imperativamente prescrita pela lei interna portuguesa (art. 815, § único, do C. Civ.).

15. Sucede, porém, que essa renúncia não só não foi regulamentada no dec. 30 615, como nem sequer se lhe faz aí qualquer referência.

16. Assim, dado o disposto no art. XXXI da Concordata, não pode deixar de entender-se que o preceito do seu art. XXIV não está em vigor em Portugal.

(c)

Interpretação do art. XXIV da Concordata

17. A própria redacção do art. XXIV da Concordata impõe a necessidade dessa regulamentação, ao preceituar que «...entende-se que pelo próprio facto da celebração do casamento canónico, os cônjuges renunciarão à faculdade civil de requererem o divórcio». Com efeito

18. O emprego do tempo futuro — «renunciarão» — em vez do presente, evidencia uma dissociação cronológica e conceitual entre as duas formalidades:

- a) a celebração do casamento católico e
- b) a renúncia à faculdade civil de requerer o divórcio.

19. Como se compreende, se o art. XXIV da Concordata quisesse dispensar essa segunda formalidade, devia ter empregado

o verbo renunciar no *presente* («renunciam»), como se fez em todos os artigos em que se pretende atribuir eficácia jurídica ao acto do casamento exclusivamente (v. g., art. xxiii: «O casamento produz — e não «produzirá» — todos os efeitos civis desde a data da celebração»).

20. Certo é que o Prof. MÁRIO DE FIGUEIREDO: *A Concordata e o Casamento*, dá a p. 92 uma explicação diferente para o emprego desse tempo futuro; porém,

21. Segundo os princípios da melhor hermenêutica jurídica, a interpretação legal deve montar-se por critérios objectivistas e não subjectivistas. (Vd. entre outros, Prof. CABRAL DE MONCADA: *Lições de direito civil*, 1931-1932, p. 142). Ora,

22. A interpretação objectiva do preceito, a determinação da «mens legis», conduz, irrecusavelmente, à conclusão que acima fica exposta.

23. Por outras palavras, o preceito tem este alcance: pelo próprio facto da celebração do casamento canónico entende-se que os cônjuges se *constituem na obrigação* de renunciarem à faculdade civil de requererem o divórcio.

24. Obrigação essa cujo cumprimento está dependente, nos termos do art. xxxi da Concordata, da prévia publicação da legislação interna complementar — ainda inexistente — que a adapte ao formalismo imperativamente previsto na lei interna portuguesa para o acto de renúncia.

25. Independentemente de o dec. 30 615 não ter regulamentado essa renúncia ao divórcio, acrescentar-se-á que autor e réu nunca renunciaram a esse direito.

(d)

O direito ao divórcio é irrenunciável

26. Mas ainda por outro fundamento igualmente decisivo se chega à mesma conclusão:

Prevê-se no referido art. xxiv da Concordata, como se viu, uma *renúncia*, por parte dos cônjuges, à faculdade civil de requererem o divórcio; porém

27. A mais autorizada doutrina portuguesa ao analisar já após a vigência da *Concordata*, o problema da possibilidade legal dessa renúncia por parte dos cônjuges à faculdade legal de requererem o divórcio, *tem-se manifestado pela sua inadmissibilidade*. Assim,

28. O Prof. PEREIRA COELHO, que rege a cadeira de Direito de Família na Faculdade de Direito de Coimbra, ensina a este respeito (*Curso de direito da família*, 1965, p. 442):

«...A ideia de uma renúncia ao divórcio vai contra princípios jurídicos elementares, pois o direito ao divórcio, como direito relativo ao estado das pessoas, é irrenunciável».

29. No mesmo sentido se pronuncia o Prof. MANUEL DE ANDRADE, ao escrever (*Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, XXII, p. 327):

«Mas é fácil de ver que tal regime [o da renúncia prevista na *Concordata*, à faculdade de pedir o divórcio] comporta graves objecções:

1.º — *É inadmissível a renúncia antecipada de direitos pessoais, «maxime» tratando-se de direito tão importante...*

30. E a REVISTA DE LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDÊNCIA, ao estudar o problema da renúncia ao divórcio, *pronuncia-se também decisivamente pela sua inadmissibilidade*, dizendo textualmente o seguinte (77, n. 2788, de 20-1-1945, p. 296):

«...Por isso cremos que se pode e deve continuar a admitir, como princípio de ordem pública, o da inadmissibilidade da renúncia como perda voluntária do direito de requerer o divórcio».

E, mais adiante:

«...Não é possível, realmente, deduzir da fórmula do art. XXIV da *Concordata* uma construção nova acerca da teoria da renúncia no nosso direito em matéria de divórcio».

31. Por outro lado, e como ensina o Prof. MACHADO VILLELA (*Tratado elementar de direito internacional privado*, p. 564,

nota), as leis de ordem pública são *imperativas*, no sentido de que

«o seu preceito não pode ser preterido por um acto de vontade, por um acto de *renúncia* ao poder jurídico estabelecido pela regra de direito quanto esta tenha a forma de uma lei permissiva».

32. Ora a Concordata é um tratado que, relativamente ao casamento, veio tornar normalmente competente para o regular disposições de uma ordem jurídica diferente da portuguesa: a ordem jurídica canónica.

33. Como ensina o Prof. MACHADO VILELLA (*ob. cit.*, p. 556),

«se, porém, a lei competente indicada pela fonte de Direito Internacional Privado for uma lei estrangeira, a aplicação dessa lei não se efectuará, segundo a doutrina corrente, *se for contrária a uma lei local de ordem pública*».

34. Essa lei local de ordem pública proíbe, como se viu, a *renúncia aos direitos pessoais*, e aflora expressamente, quanto ao divórcio, no art. 54 da L. Div. Consequentemente,

35. O art. 61 do dec. 30 615, que ao promover a recepção do Direito Canónico na ordem jurídica portuguesa, em matéria matrimonial, dispõe que «a Concordata vigora como direito interno português» tem que interpretar-se com esta restrição: *na medida em que essas disposições de Direito Canónico acolhidas na Concordata não ofendam princípios de ordem pública portuguesa*. Ora,

36. Um dos princípios de ordem pública portuguesa que o Direito Canónico não pode infringir é, como a mais autorizada doutrina portuguesa o afirma, com vimos, o da inadmissibilidade da renúncia ao divórcio.

37. Consequentemente,

— *dado que a renúncia ao divórcio contraria um princípio de ordem pública interna portuguesa, que o continua a ser após a Concordata;*

— *dado que a aplicação de disposições de lei estrangeira —*

como são as de Direito Canónico — não se efectuam se forem contrárias a um princípio de ordem pública interna;

Segue-se, por isso, que, também por esta decisiva razão, o casamento «sub-judice» não produziu, relativamente à ordem jurídica interna portuguesa, o efeito previsto no art. XXIV da Concordata de renúncia à faculdade civil de os cônjuges requererem o divórcio.

(e)

Incidência da doutrina fixada no assento de 9 de Julho de 1961 no problema em equação

38. O Supremo Tribunal de Justiça, funcionando em tribunal pleno, firmou, em 9-7-1965 o assento seguinte (B. M. J., 149, p. 155):

«Não é de conceder a revisão e confirmação de sentença estrangeira que decreta o divórcio, de nacionais ou estrangeiros, casados segundo o regime da Concordata entre Portugal e a Santa Sé».

Pergunta-se: a doutrina firmada neste assento prejudicará o que atrás vem exposto?

39. Antes de mais, a doutrina do assento só é obrigatória para a questão de direito que o provocou — o problema da revisão e confirmação de *sentença estrangeira* que decreta o *divórcio* de nacionais ou estrangeiros casados pelo regime concordatário — não também para a questão de saber se uma *sentença portuguesa de separação de pessoas e bens* pode ou não ser *convertida em divórcio*, que é diferente daquela.

40. Certo é que um dos considerandos desse assento parece contrariar um dos argumentos aqui expostos.

Com efeito, ao dizer que «parece pois claro que aqueles que casaram em Portugal canonicamente depois de 1-3-1964, não podem obter dos tribunais civis portugueses o divórcio, uma vez que a mera celebração desse casamento passou a implicar a renúncia ao pedido de divórcio», o assento está aparentemente contrariando a tese aqui defendida de que o art. XXIV da Concordata não está ainda em vigor em Portugal, por não ter sido ainda regulamentada a sua adaptação à forma exigida pelo § único do art. 815 do C. Civ. para a renúncia.

41. Esta circunstância é, porém, irrelevante, porquanto,

conforme decidiu o douto acórdão do S. T. J. de 12-7-1949 (B. M. J., 14. p. 171):

«só a opposição entre julgados pode fundamentar um tal recurso [para o pleno]: não a opposição entre as considerações ou razões de decidir...»

42. Correlativamente, só a doutrina assente pelo acórdão que resolve o conflito de jurisprudência será obrigatória para os tribunais — não também a que possa inferir-se de algum dos seus considerandos, considerado isoladamente.

43. Mas, por outro lado, o considerando do assento a que se fez referência, quando interpretado em termos hábeis, não contradiz a tese aqui defendida; com efeito,

Não se contesta que a celebração do casamento canónico passe a implicar a renúncia ao pedido de divórcio. Simplesmente,

44. Ao falar-se em *celebração de casamento canónico*, não pode deixar de se dar a esta expressão o significado de celebração do casamento canónico como o art. XXIV da Concordata o prevê: acompanhado da prova de que, perante a lei interna portuguesa a renúncia à faculdade de divórcio foi legalmente autorizada.

45. Por outras palavras, quando se fala em «celebração de casamento canónico» «tout court», está-se pensando, manifestamente, no casamento canónico *precedido da celebração de todas as formalidades civis, previstas no art. 7 do dec. 30 615, e exigidas pelo art. 265 do anterior C. Reg. Civil.* Ora,

46. Pelas razões expostas, deve entender-se que há, além daquelas formalidades civis, uma outra formalidade civil cuja celebração é indispensável para que se possa falar de casamento canónico implicando, pela sua celebração, renúncia ao pedido de divórcio: a *outorga do acto de renúncia, nos termos do § único do art. 815 do C. Civil.*

47. Essa outorga, só por si — i. e., sem ser seguida de casamento canónico — é nula e de nenhum efeito, pelos motivos atrás aduzidos. Se, porém, se lhe seguir a deliberação do casamento canónico — esta celebração tem, por força do art. XXIV da Concordata, e pelo mero facto de se verificar, a virtualidade de *tornar aquela renúncia vinculativa.*

48. A esta luz pode, pois, afirmar-se que, como se lê no referido considerando do assento, «a mera celebração do casamento canônico passou a implicar a renúncia ao pedido de divórcio».

49. A circunstância de o requerente ter casado canonicamente não é, portanto, obstáculo à conversão em divórcio da douta sentença proferida a fls. ... que decretou a sua separação de pessoas e bens.

50. Após a separação, o requerente — como é natural e humano — refez a sua vida, ligando-se com uma senhora da maior respeitabilidade, de quem tem dois filhos menores (docs. 1 e 2).

51. Essas duas crianças, que vivem com o seu pai e a sua mãe num lar perfeitamente normal, têm, porém, nos seus documentos oficiais, o ferrete ignominioso de «filhos ilegítimos»!

52. Como disse alguém que não pode ser acusado de parcialismo a favor do divórcio, dada a sua conhecida formação católica, o Prof. PAULO CUNHA (*Direito de família*, lições, II, 1941, pp. 71-72),

«nestes casos [em que, uma vez quebrada a vida conjugal de tal maneira que o seu restabelecimento em condições normais seja impossível, e os cônjuges não deixam de, ao fim de algum tempo, estabelecer uniões ilegítimas] a indissolubilidade do casamento é um factor muito importante para a existência de concubinato e, portanto, para a existência de prole fora do matrimónio, criando afinal piores condições morais para os filhos do que as que existiriam se passassem a viver dentro de uma família legítima, embora não a sua família natural.»

E, mais adiante (p. 72) :

«E, pois, para evitar situações de concubinato, preferível reconhecer «de jure» aquilo que de facto já existe. O vínculo matrimonial volatilizou-se e não vale a pena que o legislador civil deixe continuar vivendo em separado os cônjuges que estão ligados por um vínculo matrimonial transformado em simples miragem».

53. Estas sábias e ponderadas palavras aplicam-se «de pleno» ao caso dos autos: há fundamento legal e moral para se sancionar, pelo divórcio, uma situação de facto consolidada; e

quanto ao casamento canónico que o requerente celebrou em nada ele será afectado por esse divórcio, o qual será pura e simplesmente inexistente para o Direito Canónico.

A douta sentença proferida no processo apenso transitou em julgado em 1-10-1953 (doc. 1). Já se verificou, portanto a condição — decurso do prazo de 5 anos — exigido pelo art. 46 da Lei do Divórcio para que essa conversão seja possível.

Termos em que requer a V. Ex.^a se digne, ao abrigo do disposto no art. 1418 do C. P. C., converter em divórcio a separação judicial de pessoas e bens decretada na aliás douta sentença acima referida.

Para tanto, deverá, nos termos do n. 2 do referido art. 1418 do C. P. C. a requerente ser citada para, querendo, contestar, seguindo-se os demais termos.

Valor: O da acção.

Junta: Duplicados legais, 2 documentos e procuração.

O Advogado

ANTÓNIO MARIA PEREIRA

II

Despacho do juiz-corregedor da 5.^a vara do Porto, de 4-7-1966

Manuel [...] e D. Glória [...] casaram catòlicamente em 9 de Fevereiro de 1952. Por sentença de 25 de Julho de 1953, que transitou em julgado no dia 1 de Outubro seguinte, foi decretada a separação de pessoas e bens dos cônjuges.

O marido vem agora requerer a conversão da separação em divórcio. Sustenta que, não obstante o casamento haver sido celebrado em conformidade com as leis canónicas, é possível a conversão, pois o art. xxiv da Concordata de 7-5-1940 não está em vigor em Portugal, por não ter sido regulamentado no dec.-lei 30 615, além de que o direito ao divórcio é irrenunciável.

É evidente que a pretensão do requerente não pode proceder.

A execução do preceito contido naquele art. xxiv não dependia da legislação interna complementar da República Portuguesa.

Certo, o § único do art. 815 do C. Civ. estabelece que a renúncia só pode provar-se por documento escrito e assinado pelo renunciante. Mas a disposição não é, manifestamente, de observar quando a própria lei atribui a determinado comportamento o significado de renúncia a um direito. Não seria difícil indi-

car diversos outros casos em que isso acontece. Ocorre-nos, de momento, o de renúncia ao recurso em processo correccional, regulado no art. 531, § único, do C. P. Pen. (cfr. art. 681, nn. 2 e 3, do C. P. C.).

Na hipótese daquele art. XXIV não é, aliás, de uma verdadeira e própria renúncia que se trata. Por definição, a renúncia é voluntária; não pode ser imposta. «Esta [a renúncia à faculdade de requerer o divórcio] foi aproveitada como simples expediente de ordem técnica para se chegar a certa solução jurídica sem se criarem desinteligências lógicas dentro do sistema legislativo português», como se diz na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 77, p. 296. É da mesma opinião o dr. PEREIRA COELHO (*Curso de direito de família*, I, p. 442, nota, e p. 452).

Segundo informa o Prof. MÁRIO DE FIGUEIREDO (*A Concordata e o Casamento*, p. 92), a palavra «renunciarão» foi escrita no art. XXIV para não deixar lugar a dúvidas de que o regime de Concordata se applicava tão somente aos casamentos canónicos celebrados depois da sua entrada em vigor.

Fazendo o texto derivar a «renúncia» do *próprio facto* da celebração do casamento canónico, seria incongruente exigir-se mais alguma coisa — uma declaração escrita, p. ex. — para se ter como perdida pelos cônjuges a faculdade civil de requererem o divórcio.

O que pode afirmar-se da redacção do art. XXIV da Concordata é que a língua portuguesa foi aí maltratada; o verbo *renunciar* devia ter-se empregado no presente do indicativo, nunca no futuro. Mas a dissonância tem, seguramente, a explicação que o negociador do tratado fornece.

A partir da entrada em vigor da Concordata de 7 de Maio de 1940, passou a haver casamentos dissolúveis por divórcio e outros que o não são. A lei, hoje, só permite a dissolução por divórcio dos casamentos civis. O verdadeiro sentido daquele art. XXIV é proibir a dissolução por divórcio dos casamentos católicos, conquanto nele se fale apenas de renúncia dos cônjuges à faculdade de pedirem o divórcio.

Nestas circunstâncias, a irrenunciabilidade do direito ao divórcio é princípio que agora só pode vigorar em relação aos casamentos civis. Não tendo os casados catolicamente direito ao divórcio, a questão de poderem ou não renunciar a tal direito não se põe, logicamente, quanto a eles.

Não afirmam coisa diferente disto, nos lugares referidos no douto requerimento de fls. 2, nem MANUEL ANDRADE (*Bole-*

tim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, XXII, p. 327), nem a Revista de Legislação e de Jurisprudência (loc. cit.).

Quanto ao Dr. PEREIRA COELHO, ele próprio observa (*ob. cit.*, pp. 451-452): «Notaremos, por último, que o art. XXIV da Concordata em nada vem afectar a doutrina que acaba de ser exposta [acerca da irrenunciabilidade do direito ao divórcio]. Até porque embora a lei empregue essa palavra, não é de uma «renúncia» que aí verdadeiramente se trata». O eminente jurista tinha, de resto, começado por aludir ao cônjuge «*a quem pertence*» o direito ao divórcio. Ora tal direito não pertence aos casados catolicamente.

O art. 1793 do Projecto do novo Código Civil, depois de permitir a qualquer dos cônjuges requerer que a separação seja convertido em divórcio, acrescenta: «Sem prejuízo do disposto no art. 1790». Neste segundo artigo proíbe-se a dissolução por divórcio dos casamentos católicos.

Nem uma nem outra disposição são inovadoras. Sempre se entendeu que o art. XXIV da Concordata se encontra em vigor. E os tribunais assim têm decidido, sem discrepância.

Os juizes não podem deixar de aplicar a lei sob pretexto de que ela lhes pareça imoral ou injusta; nas suas decisões devem atender ao carácter geral e abstracto da norma legal, *concorrendo para a uniformidade da jurisprudência* — art. 110-2 do E. J.; o dever de obediência à lei — esclarece o n. 3 do mesmo artigo — compreende o de respeitar os juízos de valor legais.

Nestes termos e nos do art. 474-1-c do C. P. C., indefiro o requerimento de fls. 2.

Custas pelo requerente. Imposto de justiça — um sexto.

Porto, 4 de Julho de 1966 — *J. Figueiredo*.

III

Alegação do agravante para a Relação

(a)

Explicação prévia

1. No seu requerimento de fls., o ora agravante pediu a conversão em divórcio da sentença que havia decretado a sua separação de pessoas e bens, visto já ter decorrido o prazo de cinco anos previsto no art. 46 da Lei do Divórcio.

Ao fazê-lo, não ignorava o agravante as dificuldades que o seu pedido iria afrontar, motivadas pelo facto de o seu casamento ter sido realizado canonicamente, após a publicação da Concordata com a Santa Sé.

Com efeito, é ideia desde sempre assente que os casamentos católicos realizados após a Concordata se não podem dissolver pelo divórcio. E foi, uma vez mais, seguindo na esteira dessa ideia desde sempre assente, que, aliás, a douta sentença de fls. 15 indeferiu liminarmente esse pedido.

Sucedo, porém que, por vezes, certas ideias consideradas como assentes, quando reexaminadas à luz de uma crítica objectiva e serena, se revelam, afinal, insuficientemente demonstradas e, por isso, inexactas. Isto acontece, com frequência, na prática do direito; é, com efeito, fenómeno corrente que certas hipóteses, para as quais se tinha encontrado determinada solução considerada como pacífica, sejam, mais tarde, resolvidas em termos diferentes, pelos tribunais: aqui reside aliás um dos mais valiosos contributos da jurisprudência para a contínua criação do direito, e para a sua constante melhor adaptação às necessidades sociais.

Salvo o devido respeito, não deverá, por isso, perturbar V. Ex.^{as} a circunstância de, até à data, como se observa na sentença recorrida, nunca qualquer aresto ter admitido a possibilidade de dissolução por divórcio de um casamento canónico celebrado ulteriormente a Agosto de 1940.

Este facto pode ter, muito simplesmente, a seguinte explicação: também nunca, até à data, esse problema foi frontalmente equacionado e analisado em termos de rigorosa técnica jurídica, pelos tribunais, como agora se tenta conseguir.

Pede-se, por isso, com o maior respeito, a V. Ex.^{as} que com aquela serenidade e objectividade que é apanágio de uma justiça superior, considerem os argumentos que, em seguida, se irão expender, sem se deixarem impressionar — como aconteceu com o aliás douto juiz «a quo» — pela circunstância de, até agora, ser ideia feita que os casamentos concordatários se não podem dissolver pelo divórcio.

2. Queremos também desde já salientar que a tese aqui sustentada de modo algum é contrária à natureza sacramental que, para os católicos, é atributo do casamento.

Não se veja, pois, na pretensão do requerente a defesa de uma tese contrária aos princípios católicos insitos na Concordata. Aliás, o próprio facto de o primeiro e mais acérrimo defensor dos argumentos em que o agravante se louva ter sido

um distinto jurista, confessadamente católico praticante — o Dr. FERNANDO TAVARES DE CARVALHO — é a confirmação cabal de que o provimento do recurso em nada afectará aqueles princípios católicos.

A conclusão a tirar poderá sintetizar-se nestes termos: o casamento católico concordatário, *quando celebrado com todas as formalidades legalmente necessárias*, é indissolúvel pelo divórcio.

(b)

O artigo XXIV da Concordata não está em vigor em Portugal por não ter sido regulamentado no dec. 30 615

3. Agravante e agravada celebraram casamento religioso, após a entrada em vigor da Concordata com a Santa Sé.

Nos termos dos arts. 9 e ss. do dec. 30 615, este casamento foi transcrito na Conservatória do Registo Civil competente, pelo que, segundo o disposto no art. 2 do mesmo decreto, deveria, em princípio, ter produzido todos os seus efeitos civis. Porém,

Sustenta o agravante que esses efeitos civis só se produziram em parte e, designadamente, *não se produziram os efeitos civis enunciados no art. XXIV da Concordata que prevê a renúncia, pelo cônjuge, à faculdade civil de requererem o divórcio*. Passaremos, nos números seguintes, a demonstrar esta asserção.

4. O dec. 30 615 é, como se sabe, o decreto regulamentar da Concordata de 7-5-1940.

Ora, o art. XXXI daquele diploma estabeleceu-se que

«A presente Concordata [...] será ratificada e entrará em vigor logo que sejam trocados os instrumentos de ratificação, salvo na parte cuja execução depende de legislação interna complementar da República Portuguesa, em que entrará em vigor só com essa mesma legislação».

Ora sucede que o art. XXIV da Concordata, que atribui ao casamento canónico o efeito de renúncia à faculdade civil de requerer o divórcio, com a consequente impossibilidade de aplicação do mesmo pelos Tribunais civis aos casamentos católicos é, precisamente, uma das disposições que, segundo o art. XXXI

da mesma Concordata, depende, na sua execução, de legislação interna complementar.

Com efeito, segundo a Lei portuguesa — § único do art. 815 do C. Civ. — «a renúncia só pode provar-se por documento escrito e assinado pela renunciante».

Esta disposição legal, por ser uma lei de forma, tem carácter imperativo, e é, por isso, insusceptível de ser postergada ou dispensada ao fazer-se a recepção, na ordem jurídica interna portuguesa, de uma ordem jurídica estrangeira, como é a canónica.

Esse carácter imperativo é, aliás, acentuado pelo emprego do advérbio «só» no texto do preceito.

E, por isso, de excluir qualquer outra forma da renúncia, designadamente a renúncia tácita (vd., a respeito da inadmissibilidade da renúncia tácita, o ac. do S. T. J. de 24-2-1961, in B. M. J., 104, p. 341).

Havia, por isso, imperiosa necessidade de, na regulamentação da Concordata, se prever, entre as formalidades que condicionam a celebração do casamento canónico, a exibição, perante o pároco, de um documento de renúncia ao divórcio por parte de ambos os cônjuges, outorgado segundo a forma prescrita no § único do art. 815 do C. Civ.

Isto é, assim como, para respeitar as exigências da lei interna portuguesa, quanto ao condicionalismo civil do casamento, o art. 6 do dec. 30 615 exige a exibição, perante o pároco, de um certificado, passado pelo funcionário do registo civil, em que se declare que o casamento poderá realizar-se civilmente — pela mesma razão o dec. 30 615 devia ter previsto, como condição para a realização do casamento canónico, a exibição, perante o pároco, de um documento de renúncia ao divórcio, outorgado segundo a forma imperativamente prescrita pela lei interna portuguesa (art. 815, § único, do C. Civ.).

Sucede, porém, que essa renúncia não só não foi regulamentada no dec.-lei 30 615, como nem sequer se lhe faz aí qualquer referência.

Consequentemente, dado o disposto no art. XXXI da Concordata, não pode deixar de entender-se que o preceito do seu art. XXIV não está em vigor em Portugal.

5. Esta conclusão é doutamente sustentada pelo ilustre juriconsulto Dr. FERNANDO TAVARES DE CARVALHO: *Como poderão descasar-se os casados pela Igreja, onde se diz expressamente o seguinte:*

«Viu-se como o art. XXIV da Concordata não é, na verdade, relevante; e, como tal, deverá concluir-se pela hipótese de não estar efectivamente integrado no direito interno. Podia e devia tê-lo sido, não através do disposto no art. 61 do dec.-lei 30 615... mas através de disposição especial daquele ou de outro diploma, que o declarasse expressamente, à imagem do que viria, seis anos depois, a proceder-se, por exemplo, para o Ultramar, em que o dec. 35 461, de 22-1-1946, contém na verdade um artigo (o 4.º), em que se preceitua, mais ou menos pelas mesmas palavras do art. XXIV da Concordata, a implicação da renúncia ao divórcio». (p. 90).

6. Como rebate a sentença recorrida esta argumentação? Por mais que se procure, não se descobre na sentença qualquer argumento em contrário à tese aqui definida.

Nela se lê, com efeito apenas isto:

«...Sempre se entendeu que o art. XXIV da Concordata se encontra em vigor. E os tribunais assim têm decidido, sem discrepância».

Ora, como é óbvio, este argumento de autoridade não convence, porque não rebate nenhuma das razões alegadas pelo agravante. E quanto à prática dos tribunais, repete-se que nunca o problema lhes foi frontalmente posto, como agora.

(c)

Interpretação do art. XXIV da Concordata

7. A própria redacção do art. XXIV da Concordata impõe a necessidade da sua regulamentação, ao preceituar: «entende-se que pelo próprio facto da celebração do casamento canónico, os cônjuges *renunciarão* à faculdade civil de requererem o divórcio». Com efeito.

O emprego do tempo futuro — «*renunciarão*» — em vez do presente, evidencia uma *dissociação cronológica e conceitual entre as duas formalidades*:

a) *A celebração do casamento católico;*

b) *A renúncia à faculdade civil de requerer o divórcio.*

Como se compreende, se o art. XXIV da Concordata quisesse dispensar essa segunda formalidade, devia ter empregado o verbo *renunciar* no presente («*renunciam*»), como se fez em todos os artigos em que se pretendeu atribuir eficácia jurí-

dica ao acto do casamento exclusivamente (v. g., art. XXIII: «O casamento produz — e não produzirá» — todos os efeitos civis desde a data da celebração», etc.).

8. Não se atendeu, na aliás douta sentença recorrida, a este emprego do *tempo futuro* relativamente à renúncia, que é fundamental na tese do agravante.

Com efeito, o que o art. XXIV da Concordata diz é que, *pelo próprio facto de os cônjuges celebrarem o casamento católico, se entende que renunciarão* (no futuro, com o significado de *deverão renunciar*) àquela faculdade — o que é completamente diferente.

Não há, portanto, aqui, na nossa opinião, uma presunção «*juris et de jure*» de renúncia. Há sim, uma *obrigação* em que os cônjuges se constituem por pretenderem casar catolicamente, de renunciarem ao divórcio, portanto, *de praticarem, de acordo a lei civil interna, o acto que formalize tal renúncia*.

Nem podia, aliás, deixar de ser assim, atendendo a que, como se compreende, uma presunção «*juris et de jure*» de renúncia seria uma verdadeira *monstruosidade jurídica*, dado que a renúncia é, por definição, a perca *voluntária* de um direito.

Por isso nota, com razão o Prof. PEREIRA COELHO, na sua obra adiante citada:

«Além do que não se entende o seja uma renúncia *forçada*, uma renúncia *imposta*...» (p. 442, nota).

9. Certo é — e este é o único argumento da sentença — que, como o agravante logo referiu no seu requerimento inicial, o Prof. MÁRIO DE FIGUEIREDO, no seu livro *A Concordata e o Casamento* (bem como o Prof. PAULO CUNHA, reproduzindo a afirmação daquele primeiro professor) dá, a p. 92 daquela obra, uma explicação diferente para o emprego desse tempo futuro, segundo a qual, como se lê naquela obra, «o vocábulo 'renunciarão' foi empregado para significar que a impossibilidade de requerer o divórcio se estabelece para o futuro».

Bem sabemos que o Prof. MÁRIO DE FIGUEIREDO foi um dos negociadores da Concordata, responsável, por isso, em larga medida, pela sua redacção. Simplesmente, é hoje ponto assente, em matéria de interpretação das leis, que esta se não deve cingir à determinação daquilo que o legislador pensou, da «*mens legislatoris*», mas sim da lei considerada, objectivamente, como uma *entidade à-parte*, isto é, da «*mens legis*».

É o que ensinam todos os autores, entre os quais referimos, a título de exemplo, o Prof. CABRAL DE MONCADA (*Lições de direito civil*, 1931-1932, p. 143):

«Durante muito tempo pensou-se que interpretar o sentido da lei era o mesmo que interpretar a vontade, no sentido psicológico, do legislador que a tinha feito. Hoje não se entende já assim. O legislador não é mais que um órgão a quem cumpre elaborar a lei; a sua vontade e a sua inteligência não são mais do que o instrumento, o meio de elaboração da lei. Acima da lei está a ordem jurídica, de que ela é apenas uma manifestação, uma precipitação. Elaborada a lei, esta fica constituindo, por assim dizer, uma entidade à-parte, qualquer coisa que se desligou da vontade do legislador e assumiu um valor próprio e uma significação independente da vontade e da inteligência do seu autor. Criada, a lei tem, como as ideias, uma vida própria e autónoma, uma vontade, num sentido não psicológico, mas jurídico. Ora, sendo assim, compreende-se facilmente que determinar o sentido de uma lei seja, não determinar a intenção e a vontade, subjectivamente consideradas, da pessoa do legislador que a lançou no mundo dos imperativos jurídicos, mas sim determinar essa vontade da lei em si mesma, a «mens legis» objectivamente considerada».

Se applicarmos esta lição ao caso dos autos, a conclusão só pode ser esta: o intérprete, colocado perante a expressão «os cônjuges renunciarão à faculdade civil de requererem o divórcio», deverá interpretá-lo *na sua objectividade*, deverá procurar determinar o seu valor próprio, como entidade «a se», e não o sentido que lhe tenha atribuído alguém que tenha colaborado na sua redacção.

Ora o preceito fala em «renunciarão», no futuro, e não em «renunciam», no presente.

O intérprete não pode, por isso, com o pretexto de que um dos colaboradores na redacção da Concordata dá certa explicação para o emprego desse tempo futuro, proceder como se aquelle termo não tivesse — *como tem* — quando objectivamente considerado, um significado próprio e definido.

Ora, «os cônjuges renunciarão», objectivamente — significa que a renúncia se operará no futuro, que eles *deverão renunciar*.

Ou seja, conceptual e cronologicamente, o acto — *casamento*

canónico — diferencia-se claramente da formalidade *renúncia à faculdade de divórcio*.

Concluindo: o art. XXIV da Concordata, quando interpretado correctamente, segundo critérios objectivos, não contém uma presunção «*juris et de jure*» de renúncia, mas sim *uma obrigação, dirigida aos nubentes, de praticarem, em momento que se não confunde com o acto do casamento em si, o acto de renúncia ao divórcio*.

(d)

O direito ao divórcio é irrenunciável

10. Mas, por outro fundamento igualmente decisivo, se argumentou, no requerimento inicial, que o art. XXIV da Concordata não está em vigor em Portugal, na estrita medida em que implica uma renúncia à faculdade civil de os cônjuges requererem o divórcio. Expliquemo-nos:

Prevê-se, no referido art. XXIV da Concordata, como se viu, uma *renúncia* por parte dos cônjuges, à faculdade civil de requererem o divórcio; porém, a mais autorizada doutrina portuguesa, ao analisar *já após a vigência da Concordata*, o problema da possibilidade legal dessa renúncia por parte dos cônjuges à faculdade legal de requererem o divórcio, tem-se manifestado pela sua inadmissibilidade, como se passa a demonstrar.

Assim, e antes de mais o Prof. PEREIRA COELHO que rege a cadeira de Direito de Família na Faculdade de Direito de Coimbra, ensina a este respeito (*Curso de direito de família*, 1965, p. 462) que

«A ideia de uma renúncia ao divórcio vai contra princípios elementares, pois o direito ao divórcio, como direito relativo ao estado das pessoas é irrenunciável».

No mesmo sentido se pronuncia o Prof. MANUEL DE ANDRADE (in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, XXII, p. 327), ao escrever:

«Mas é fácil ver que tal regime [o da renúncia prevista na Concordata à faculdade de pedir o divórcio] comporta duas graves objecções:

1.º — É inadmissível a renúncia antecipada de direitos pessoais, «maxime» tratando-se de direito tão importante...»

E a REVISTA DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA, no artigo atrás citado, ao estudar o problema da renúncia ao divórcio, pronuncia-se também decisivamente pela sua inadmissibilidade, dizendo textualmente o seguinte:

«Por isso cremos que se pode e deve continuar a admitir, como princípio de ordem pública, o da inadmissibilidade da renúncia como perda voluntária do direito de requerer o divórcio».

Vê-se assim que segundo os mais autorizados autores, e contrariamente ao que se afirma na aliás douta sentença recorrida, o direito ao divórcio não só era irrenunciável no domínio do dec. de 3 de Novembro de 1910, como o continuou a ser pela lei nova.

Consequentemente, a conclusão só pode ser a de que, em oposição à douta sentença recorrida, a *Revista de Legislação e de Jurisprudência* exprime, como vimos no artigo citado, por estas palavras:

«por isso cremos que se pode e deve continuar a admitir, como princípio de ordem pública, o da inadmissibilidade da renúncia como perda voluntária do direito de requerer o divórcio».

11. Como consegue, então, a *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, no referido artigo, conciliar esta conclusão com o princípio, que tem por assente, da impossibilidade de divórcio para os cônjuges casados canonicamente após a Concordata?

Lê-se, a este respeito, no artigo:

«Notaremos, em primeiro lugar, que a renúncia, mais do que fundamento propriamente jurídico da solução concordatária, deve ser encarada como fundamento de ordem técnica [...] Não se trata, pois, em bom rigor, de uma verdadeira renúncia à faculdade de requerer o divórcio».

Que pensar desta opinião da *Revista*, que é perfilhada na aliás douta sentença «a quo»?

Parece-nos de flagrante evidência que a *Revista* cai aqui em manifesta contradição.

Com efeito, e como é óbvio, dizer-se que o art. xxiv utilizou a renúncia como *fundamento de ordem técnica*, equivale a dizer

que remeteu para uma *verdadeira e autêntica renúncia*, porquanto, em direito, *as palavras valem pelo que, tecnicamente, querem dizer*.

Desde que o acto jurídico de *renúncia* tem, em direito civil, uma definição e um regime rigorosamente estabelecido, não pode deixar de entender-se que, sempre que um diploma legal remete para a *renúncia*, ou fala em *renúncia*, *está aludindo a essa figura jurídica*.

Em linguagem puramente literária e não técnica, ainda se poderia admitir que se fizesse alusão a uma renúncia, sem se querer empregar a palavra em sentido técnico-jurídico. Porém, se, como a própria *Revista* — e os restantes autores citados — o afirmam, o termo *renúncia* foi empregado no preceito como *fundamento técnico* — *é evidente que se trata aqui do instituto de direito civil assim denominado, e não de qualquer outra realidade*.

12. Ora se, como a *Revista de Legislação e de Jurisprudência* e o Prof. PEREIRA COELHO ensinam, o instituto de direito civil da renúncia foi utilizado, no art. XXIV da Concordata, como seu *fundamento técnico*, não é lícito ao intérprete fazer dele tábua rasa e comportar-se *como se aquele preceito tivesse uma redacção completamente diferente*, ou tivesse adoptado um *fundamento técnico diverso*.

Bem sabemos que a intenção do legislador foi assegurar a indissolubilidade do casamento canónico concordatário. Simplesmente, por razões de que o intérprete poderá discordar, como jurista, mas que, em qualquer caso, foram por ele, legislador, adoptadas na redacção do preceito, o certo é que aquele objectivo — indissolubilidade do casamento canónico — foi atingido, na redacção do art. XXIV da Concordata, através de uma fundamentação técnica voluntarista, *consistente na remissão para o instituto da renúncia*, e não por qualquer outra via.

O intérprete não pode, por isso, proceder como se o legislador tivesse uma fundamentação técnica diferente, e redigido o preceito noutros termos. Na medida em que o fizer, o intérprete estará a traiçoando a sua missão específica, e assumindo antes a função de legislador.

Todos os autores ensinam que a teoria do direito se não pode nunca sobrepor ao direito positivo. O Prof. CABRAL DE MONCADA, entre tantos outros, escreve (*Lições de direito civil*, p. 40) a este respeito:

«É preciso notar, todavia, que não é esta teoria [do direito ou ciência pura de direito] que constitui em si mesma o direito positivo. O seu valor dependerá unicamente do facto de essa teoria se achar ou não conforme com o direito positivo. Isto é, não é o direito que provém da teoria, mas sim a teoria que provém do direito. 'Non ex regula jus sumatur, sed ex jure regula sit', como escreveu PAULO».

Aplicando esta lição ao caso dos autos, diremos: dado que o art. xxiv da Concordata, para assegurar a indissolubilidade do casamento, fez apelo ao instituto da renúncia — não é lícito ao intérprete construir uma teoria *em total desconformidade com aquele preceito de direito objectivo. Não lhe é permitido, por isso, onde um preceito de direito objectivo fala de renúncia, elaborar uma teoria que faz completa tábua rasa do texto desse mesmo preceito.*

13. Não se põe, sequer, em relação ao texto do art. xxiv, um problema de interpretação jurídica, porquanto, como é evidente, nada ele tem de confuso ou de susceptível de interpretações divergentes.

O intérprete pode, sim, criticar a solução adoptada, de natureza voluntarista; isto, porém, é coisa diferente da de, relativamente a um preceito que nada tem de equívoco, tentar, num esforço de abstracção que esquece completamente a sua redacção e o seu espirito, forçá-lo a dizer coisas que nele não estão contidas.

Com efeito, se o intérprete, como deve, fizer apelo aos princípios legais de interpretação das leis, ao elemento gramatical, e ao elemento lógico, sempre a conclusão será a mesma: o legislador, ao falar em *renúncia*, quis-se referir, efectivamente, ao acto jurídico da *renúncia*, e não a qualquer realidade diferente.

Foi infeliz — certamente...

Podia ter escolhido outra fundamentação para a indissolubilidade do casamento católico, de natureza não voluntariata — também é ponto assente...

Podia, designadamente, ter-se limitado, como se fez no art. 1 790 do Projecto do novo Código Civil, a estabelecer que «não podem dissolver-se por divórcio casamentos católicos celebrados desde 1 de Agosto de 1940», o que teria terminado com todos os problemas — é também indiscutível...

Porém, todas estas observações críticas do intérprete, por muito pertinentes, são alheias à sua actividade interpretativa.

Ao interpretar a lei, o intérprete terá que a tomar como *dogma*. E esse dogma, no caso presente, define-se nestes termos: o legislador concordatário, para assegurar a indissolubilidade do casamento católico, fez apelo ao instituto da renúncia do Direito Civil, e não a qualquer outro fundamento técnico.

Indispensável é, portanto, segundo o art. XXIV da Concordata, para que os cônjuges casados segundo o regime concordatário se possam divorciar, que se prove terem renunciado, nos termos do § único do art. 815 do C. Civ., à faculdade civil de requererem o divórcio. Na medida em que essa renúncia não tenha sido outorgada, segundo as exigências daquele preceito de ordem pública da lei interna portuguesa, o casamento canónico não produz, perante a ordem jurídica interna portuguesa, o efeito de renúncia à faculdade civil de se requerer o divórcio.

14. Como se viu, a segunda ordem de razões invocadas pelo agravante no seu requerimento inicial consistia na afirmação de que a renúncia a direitos pessoais — «maxime» ao direito ao divórcio — seria contrário à ordem pública portuguesa. Quanto a este aspecto do problema — nem uma palavra se lê no sentença recorrida, pelo que passaremos adiante sem mais delongas.

(e)

Incidência da doutrina fixada no assento de 9 de Julho de 1961 no problema em equação

O Supremo Tribunal de Justiça, funcionando em tribunal pleno, firmou, aos 6-7-1965 o assento seguinte (B. M. J., 149, p. 155) a que alude a aliás douta sentença recorrida:

«Não é de conceder a revisão e confirmação de sentença estrangeira que decreta o divórcio, de nacionais ou estrangeiros, casados segundo o regime da Concordata entre Portugal e a Santa Sé».

Pergunta-se: a doutrina firmada neste assento prejudicará o que atrás vem exposto, como parece entender a sentença recorrida?

A resposta é negativa, pelas razões seguintes:

Antes de mais, a doutrina do assento só é obrigatória para a questão de direito que o provocou — o problema da *revisão e confirmação de sentença estrangeira* que decreta o *divórcio* de nacionais ou estrangeiros casados pelo regime concordatário

— não também para a questão de saber se uma *sentença portuguesa de separação de pessoas e bens* pode ou não ser *convertida em divórcio*, que é diferente daquela.

Certo é que um dos considerandos desse assento parece contrariar um dos argumentos aqui expostos.

Com efeito, ao dizer que «parece pois claro que aqueles que casaram em Portugal canonicamente depois de 1-8-1940, não podem obter dos tribunais civis portugueses o divórcio, uma vez que a mera celebração desse casamento passou a implicar a renúncia ao pedido de divórcio», o assento está aparentemente contrariando a tese aqui defendida de que o art. xxiv da Concordata não está ainda em vigor em Portugal, por não ter sido ainda regulamentada a sua adaptação à forma exigida pelo § único do art. 815 do C. Civ. para a renúncia.

Esta circunstância é, porém, irrelevante, porquanto, conforme decidiu o douto acórdão do S. T. J. de 12-7-1949 (*B. M. J.*, 14, p. 171):

«Só a oposição entre julgados pode fundamentar um tal recurso [para o Pleno]: *não a oposição entre os considerandos ou razões de decidir...*»

Correlativamente, só a doutrina assente pelo *acórdão* que resolve o conflito de jurisprudência será obrigatória para os tribunais — *não também a que possa inferir-se de algum dos seus considerandos, tomado isoladamente.*

Mas, por outro lado, o *considerando do assento a que se fez referência, quando interpretado em termos convenientes, não contradiz a tese aqui defendida.*

Com efeito, não se contesta que a celebração do casamento canônico passe a implicar a renúncia ao pedido de divórcio. Simplesmente, ao falar-se em *celebração do casamento canônico*, não pode deixar de se dar a essa expressão o significado da celebração do casamento canônico como o art. xxiv da Concordata o prevê: *acompanhado da prova de que, perante a lei interna portuguesa, a renúncia à faculdade de divórcio foi legalmente outorgada.*

Por outras palavras: quando se fala em «celebração de casamento canônico» «*tout court*», está-se aludindo, manifestamente, ao casamento canônico *precedido da celebração de todas as formalidades civis*, previstas no art. 7 do dec. 30 615, e exigidas pelo art. 265 do anterior C. Reg. Civil.

Ora, pelas razões atrás expostas, deve entender-se que há, além daquelas formalidades civis, uma outra formalidade civil

cuja celebração é indispensável para que se possa falar de casamento canónico implicando, pela sua celebração, renúncia ao pedido de divórcio: *a outorga do acto de renúncia, nos termos do § único do art. 815 do C. Civ.*

Essa outorga, só por si — i. e., sem ser seguida de casamento canónico — é nula e de nenhum efeito.

Se, porém, se lhe seguir a celebração do casamento canónico — esta celebração tem, por força do art. XXIV da Concordata, e pelo mero facto de se verificar, a virtualidade de tornar aquela renúncia vinculativa.

A esta luz pode, pois, afirmar-se que, como se lê no referido considerando do assento, «a simples celebração do casamento canónico passou a implicar a renúncia ao pedido de divórcio».

(f)

CONCLUSÕES

I

O artigo XXIV da Concordata não está em vigor por não ter sido regulamentado no dec. 30 615

1.^a Os efeitos civis do casamento católico do agravante só se produziram em parte e, designadamente, não se produziram os efeitos civis enunciados no art. XXIV da Concordata que prevê a renúncia, pelos cônjuges, à faculdade civil de requerer o divórcio. Com efeito,

2.^a O art. XXXI daquele diploma estabelece que, na parte cuja execução depende de legislação interna complementar da República Portuguesa, ele só entrará em vigor com essa mesma legislação.

3.^a Ora o art. XXIV da Concordata, que atribui ao casamento canónico o efeito de renúncia à faculdade civil de requerer o divórcio, com a consequente impossibilidade de aplicação do mesmo pelos Tribunais Civis aos casamentos católicos, é, precisamente, uma das disposições que, segundo o art. XXXI daquele diploma, depende, na sua execução, de legislação interna complementar; com efeito,

4.^a Segundo a lei interna portuguesa — § único do art. 815

do C. Civ. — «a renúncia só pode provar-se por documento escrito e assinado pelo renunciante».

5.^a Esta disposição legal, por ser uma lei de forma, tem carácter imperativo e é, por isso, insusceptível de ser postergada ou dispensada ao fazer-se a recepção, na ordem jurídica interna portuguesa, de uma ordem jurídica estrangeira, como é a canónica.

6.^a Este carácter imperativo é, aliás, acentuado pelo emprego do advérbio «só» no texto do preceito.

7.^a É, por isso, de excluir, qualquer outra forma de renúncia, designadamente a renúncia tácita (vd. acórdão do S. T. J. de 24-7-1961).

8.^a Havia, por isso, imperiosa necessidade de, na regulamentação da Concordata, se prever, entre as formalidades que condicionam a celebração do casamento canónico, a exibição, perante o pároco, de um documento da renúncia ao divórcio por parte de ambos os cônjuges, outorgado segundo a forma prescrita no § único do art. 815 do C. Civ.

9.^a Porém, essa renúncia não só não foi regulada no dec. 30 615, como nem sequer se lhe faz aí qualquer referência. Consequentemente.

10.^a Dado o disposto no art. XXXI da Concordata, não pode deixar de entender-se que o preceito do seu art. XXXI não está em vigor em Portugal.

11.^a Neste mesmo sentido se pronunciou o ilustre juriconsulto Dr. FERNANDO TAVARES DE CARVALHO na sua obra *Como poderão descasar-se os casados pela Igreja*, 1966.

II

Interpretação do artigo XXIV da Concordata

12.^a O emprego, no art. XXIV da Concordata, do tempo futuro «renuniarão», com o significado de «deverão renunciar», em vez do presente, cronológica e conceitual entre duas formalidades, a saber:

- a) A celebração do casamento católico;
- b) A renúncia à faculdade civil de requerer o divórcio.

13.^a Ora a douta sentença recorrida raciocina como se o preceito tivesse empregado o passado «renunciaram», em vez do referido futuro «renunciarão».

14.^a Certo é, que o Prof. MÁRIO DE FIGUEIREDO, a quem se deve, pelo menos em grande medida, a redacção da Concordata, dá uma explicação diferente para o emprego desse tempo futuro; porém,

16.^a Se atendermos a essa «mens legis», i. e., se, como ensina o Prof. CABRAL DE MONCADA, considerarmos a lei na sua objectividade, como uma *entidade à-parte*, seremos forçados a não tomar em consideração aquele depoimento pessoal, e a perfilhar, antes, a interpretação que fica exposta, que atende ao texto do art. XXIV da Concordata considerado *como valor próprio* e com *significação independente* das opiniões das pessoas que intervierem na sua redacção.

17.^a Assim interpretado — como deve ser — em harmonia com *critérios objectivos*, o art. XXIV da Concordata tem este significado:

«Em harmonia com as propriedades essenciais do casamento católico, entende-se que, pelo próprio acto da celebração do casamento canónico, os cônjuges *deverão renunciar* à faculdade civil de requererem o divórcio...»

18.^a Renúncia essa que, no seu formalismo, obedece, como não pode deixar de ser, ao preceito de forma consignada no § único do art. 815 do C. Civ.

III

O direito ao divórcio é irrenunciável

19.^a Para além do que vem dito e em opposição à sentença recorrida, ensinam os mais categorizados autores, que *escreveram já após a entrada em vigor da Concordata*, que a renúncia por parte dos cônjuges à faculdade civil de requererem o divórcio é ilegal e *contrária à ordem pública portuguesa*. Entre outros, pronunciaram-se neste sentido, os Prof. PEREIRA

COELHO e MANUEL DE ANDRADE, bem como a *Revista de Legislação e de Jurisprudência*.

20.^a Tentando conciliar o que é inconciliável, isto é, a afirmação expressa de que a *renúncia ao divórcio é contrária (já após a entrada em vigor da Concordata, insiste-se)*, à ordem pública e que, por outro lado, o casamento canónico é indissolúvel pelo divórcio perante a lei interna portuguesa, a *Revista de Legislação e de Jurisprudência* lança mão do expediente de considerar a renúncia prevista no art. XXIV da Concordata, não como uma verdadeira e típica renúncia, mas como simples *fundamento de ordem técnica*. Ora,

21.^a Esta explicação não convence, porquanto, como é evidente, se o termo «renunciarão» foi empregado no preceito como *fundamento técnico* — isto quer dizer, obviamente, que se trata do instituto de direito civil assim denominado.

22.^a Certo é que, como nota o Prof. PEREIRA COELHO, «a nossa doutrina tem criticado, em geral, e com justas razões, esse fundamento da renúncia» da Concordata; a verdade, porém, é que, nem pelo facto de essa fundamentação ser infeliz, e, por isso, criticável, deixa ela de ter valor legal, porquanto, foi expressamente adoptada naquele diploma.

23.^a Sendo assim, não é lícito ao intérprete, colocado perante o texto legal em referência — que deverá considerar como um verdadeiro *dogma* — proceder como se o mesmo tivesse escolhido uma fundamentação completamente diferente ou tivesse adoptado uma qualquer outra redacção. Com efeito.

24.^a Como ensinam todos os autores, o intérprete deve considerar o direito objectivo como verdadeiro *dogma*, e não pode nunca — sob pena de violação das mais elementares regras da interpretação — criar uma teoria que, como ensina o Prof. CABRAL DE MONCADA, se não ache em conformidade com o direito positivo.

25.^a O assento de 9-7-1965, por um lado, não tem aplicação obrigatória ao caso dos autos, porquanto só um dos seus considerandos — não também a questão de direito que provocou — tem alguma relação com o problema «sub-judice»; mas

26.^a Por outro lado, esse considerando do assento, se-

gundo o qual «aqueles que casaram em Portugal canonicamente depois de 1-8-1940 não podem obter dos tribunais civis portugueses o divórcio», não vai contra a tese aqui defendida, uma vez que por «casamento canónico em Portugal» se entenda, como deve ser, o «casamento canónico celebrado com todas as formalidades legalmente exigidas»; ora

27.º Uma dessas formalidades é, precisamente, a *renúncia ao divórcio, outorgada pela forma prevista no § único do art. 815 do C. Civ.*

Termos em que a allás douta sentença recorrida deverá ser revogada e substituída por outra que ordene a citação da requerida para contestar, querendo, seguindo-se os demais termos.

Assim se fará Justiça.

O Advogado

ANTÓNIO MARIA PEREIRA

IV

Acórdão da Relação do Porto de 12-4-1967

Acordam no Tribunal da Relação do Porto:

Manuel [...] e Glória [...] casaram catolicamente em 3-2-1952, tendo depois, por sentença de 25-7-1953, transitada em julgado no dia 1 de Outubro seguinte, sido decretada a separação de pessoas e bens entre os cônjuges.

Vello agora o marido requerer a conversão da separação em divórcio.

Por douto despacho do M.º corregedor da 1.ª vara cível da comarca do Porto foi o requerimento liminarmente indeferido com fundamento no art. XXIV da Concordata de 7-5-1940 celebrada entre Portugal e a Santa Sé, cuja execução não dependia nem depende da publicação de legislação interna complementar.

Dessa decisão agravou o requerente.

Em extensa e douta alegação alinha ele fundamentos tendentes a mostrar que o art. XXIV da Concordata não está em vigor por não ter sido regulamentado no dec.-lei 30 615; que a expressão «*renunciarão*», usada naquele artigo, deve entender-se com o significado de «*deverão renunciar*»; e que sendo, em princípio, irrenunciável o direito ao divór-

etc. há que interpretar a referida expressão por forma a harmonizá-la com o disposto no art. 815, § único, do C. Civ. — fundamentos esses por que conclui dever prover-se o agravo e ordenar-se a substituição do despacho agravado por outro que ordene a citação da requerida.

O agravo não foi contramintado.

Sustentado o despacho, subiu o processo a este Tribunal, onde se observaram as formalidades legais necessárias ao julgamento.

Tudo examinado:

1. A tese do agravante, desenvolvida com brilho que justo é assinalar, pode estar certa como posição doutrinal tomada sobre o problema de saber se, produzindo efeitos civis os casamentos canónicos celebrados depois da entrada em vigor da Concordata de 7-5-1940, será socialmente aceitável ou útil ou mesmo recomendável que aos respectivos cônjuges se recuse o direito de pedirem o divórcio e que se negue, a cada um deles, a possibilidade de voltar a casar civilmente com outra pessoa.

Assim se poria em crise o disposto no art. XXIV daquela Concordata.

Nesse aspecto a tese estará certa ou estará errada.

Não compete, porém, aos tribunais dizer se os conceitos acolhidos nas leis, ou por elas simplesmente impostos, são válidos ou não, se são ou não aceitáveis, ou se têm vantagens ou inconvenientes com projecção que transcenda a própria ordem jurídica — competindo-lhes sim, e apenas, aplicar as leis em atenção ao seu carácter geral e abstracto, e com inteiro respeito pelos juízos de valor nelas contidos (art. 110-2 e -4 do Est. Jud.).

Ora, perante tais juízos, a referida tese é inadmissível.

Como vimos, pretende o agravante que, apesar de casado canonicamente no regime concordatário, lhe assiste o direito de pedir a conversão da separação em divórcio, ao abrigo do art. 46 do dec. de 3-11-1910, por decorrido o prazo fixado nesse mesmo preceito legal.

Não há dúvida de que se completou esse prazo.

Existe, porém, o obstáculo — necessariamente irremovível — de se tratar de casamento sujeito ao apontado regime e, consequentemente, insusceptível de dissolução por divórcio.

Vejamos sucintamente porquê.

2. De conformidade com o citado art. XXIV, *pelo próprio facto da celebração do casamento canónico os cônjuges renun-*

ciado à faculdade civil de requererem o divórcio, que por isso não poderá ser aplicado pelos Tribunais civis aos casamentos católicos.

O texto não será tecnicamente perfeito.

E não o é concerteza, nem quando permite inferir que a indissolubilidade do casamento resulta de uma verdadeira *renúncia* por parte dos cônjuges, nem quando autoriza a supôr que o presumido acto de vontade terá de ser exteriorizado no futuro através de documento escrito.

Mas, com esses ou outros defeitos que possam atribuir-se à letra do art. XXIV, a verdade é que o seu espírito é claro e terminante no sentido de que, *pelo próprio facto da celebração do casamento*, os cônjuges aceitam implicitamente o princípio da indissolubilidade matrimonial e não poderão, por isso, usar da faculdade de requerer o divórcio.

Tal é o cristalino e seguro pensamento da lei.

Poderá dizer-se que há aí uma verdadeira *renúncia* ao divórcio?

3. Estabelece o art. 54 do citado dec. de 3-11-1910 que é proibido renunciara o divórcio — ponto que se aceita quer por pertinente a matéria de direitos pessoais, *maxime* tratando-se de um direito tão importante (Prof. MANUEL DE ANDRADE), quer porque a lei pretende que o cônjuge a quem pertence o direito tenha sempre a faculdade de decidir, *com inteira liberdade e em face das circunstâncias actuais*, sobre a oportunidade do divórcio (Prof. P. COELHO).

Assim se justifica aquela irrenunciabilidade.

Mas a justificação visa, sem dúvida alguma, a *renúncia* como acto voluntário no sentido de abdição ao exercício de um direito ou como «perda voluntária de um direito» por parte do renunciante, nos termos do art. 815 do C. Civ. — assim se pondo a questão de saber se a proibição do citado art. 54 abrange a *renúncia* antecipada e a superveniente, a genérica e a específica, a total e a parcial.

Claro que não tem esse sentido a expressão do art. XXIV.

A manifestação de vontade só existe aí, directa e especificamente, para a celebração do casamento canónico e não para a perda da faculdade de requerer o divórcio, sendo a lei que, *pelo próprio facto* da realização daquele casamento, presume a vontade no tocante a este ponto e impõe, como indiscutível, a impossibilidade de pedir o divórcio.

Tratar-se-ia, se pudesse ser, de uma *renúncia* obrigatória.

Mas estes dois termos são inconciliáveis no conceito que

dimana do art. 815, o que nos leva a ter como certo que a *renúncia* do art. XXIV nada tem de comum com a *renúncia* do art. 815 — a não ser isto: é que, com um sentido ou com outro, os nubentes que queiram casar canonicamente sabem de antemão que o pedido de divórcio lhes é legalmente interdito ou negado o direito de, pelo divórcio, dissolverem o casamento.

Poderia talvez tratar-se de novo conceito de *renúncia* em matéria de divórcio e, se assim fosse, as coisas teriam necessariamente de passar-se como desse mesmo conceito resultava — o que, por si, afastaria os problemas suscitados no agravo.

Mas, como sustenta a douta *Revista de Legislação e Jurisprudência*, a *renúncia* do art. XXIV, mais do que *fundamento próprio juridico* da solução concordatária, deve ser encarada como *fundamento de ordem técnica* (77, p. 296).

E depois acrescenta:

«O que se pretendeu consagrar, como dissemos, foi o principio da indissolubilidade do vinculo matrimonial, e procurou-se dar forma jurídica a esse resultado impondo-se a renúncia, para assim dar foro de alguma razoabilidade à dependência em que ficou a admissibilidade do divórcio da forma da celebração do casamento».

Isso o que, em última análise, resulta do discutido texto.

No entanto, defende o Prof. MÁRIO DE FIGUEIREDO que o fundamento da parte dispositiva do art. XIXV é a *renúncia* e que a palavra «renunciarão» foi escrita na forma futura para não deixar lugar a dúvidas de que o acordado só se applicaria aos casamentos celebrados depois da sua entrada em vigor (cfr. *A Concordata e o Casamento*, p. 92).

Mas, se assim é, o tempo preciso do verbo, para ajuste gramaticamente rigoroso no texto, tem de ser o presente e, então, tudo aí será cristalino, sem deixar de ser diferente relativamente ao regime da *renúncia* no Cod. Civ.:... entende-se que, *pelo próprio facto da celebração do casamento canónico, os cônjuges renunciam à faculdade civil de requererem o divórcio...*

Nessa interpretação ou na da *Revista de Legislação e de Jurisprudência* — nossa posição é de adesão a esta última —, sempre terá de concluir-se que o divórcio é inteiramente vedado a cônjuges casados catolicamente.

E esse o pensamento expresso no art. 1790 no novo Cód. Civil.

Para terminar, note-se que tanto o Prof. MANUEL DE ANDRADE como o Prof. PEREIRA COELHO, apesar de se mostrarem discordantes do princípio da indissolubilidade matrimonial, não vão ao ponto de sustentar que, mesmo ante o art. XXIV da Concordata, é possível o divórcio de cônjuges casados canonicamente depois de 1-8-1940 (cfr., respectivamente, *Boletim Faculdade de Direito de Coimbra*, XXII, p. 326, e *Curso de direito de família*, I, p. 442).

4. Passemos à suscitada questão da interpretação.

Claro que estamos de pleno acordo com o agravante quando afirma, aliás louvando-se na opinião do Prof. CABRAL DE MONCADA, que o intérprete deve cingir-se à determinação da «mens legis» e não da «mens legislatoris», considerando a lei na sua objectividade ou como uma entidade à parte.

Essa posição é de evidente rigor exegético.

Ora, sem voltarmos a pontos já considerados, não deixaremos de notar que o agravante, ainda que possa dispensar-se de aceitar os esclarecimentos do Prof. MÁRIO DE FIGUEIREDO acerca dos fins visados pelo legislador, não pode certamente esquecer ou postergar, na interpretação do art. XXIV, nem os valores considerados nesse artigo — casamento canónico e divórcio —, nem os ensinamentos da doutrina, nem ainda as decisões dos nossos tribunais.

Aqueles valores logo mostram que o fim último da lei — de ela mesma, por si ou como entidade à parte — foi o de impedir o divórcio aos cônjuges que tenham casado canonicamente depois de 1-8-1940 e isso pelo simples facto de terem contraído tal casamento, havendo aí, portanto, um total sacrifício do divórcio às propriedades essenciais do casamento católico.

O pensamento da lei é esse e só esse.

Por outro lado, sustenta a doutrina que a renúncia, ou presunção de renúncia, é apenas *fundamento técnico* do preceito do art. XXIV, visto que não se entende bem o que seja uma renúncia *forçada* ou *imposta* ou *obrigatória* — o que, evidentemente, subtrai essa renúncia ao regime substancial e formal do instituto genericamente estabelecido no citado art. 815 (cfr. Prof. PEREIRA COELHO e *Revista Legislação Jurisprudência*, nos locais citados).

Finalmente, nunca os tribunais entenderam aquele art. XXIV em termos de que ele implicava, para que os cônjuges não pudessem divorciar-se, a necessidade de renúncia escrita ulterior ao casamento ou até anterior a este.

Não há, que saibamos, uma única decisão em tal sentido. Mas a questão é tão líquida que o Supremo Tribunal de Justiça, no seu assento de 9-7-1965, fundamentando a decisão, considerou:

«Claro que aqueles que casaram em Portugal canonicamente depois de 1 de Agosto de 1940, não podem obter dos tribunais civis portugueses o divórcio, uma vez que a mera celebração desse casamento passou a implicar a renúncia ao pedido de divórcio [...]»

Tudo isso leva a excluir o significado que o agravante atribue ao texto em apreciação, designadamente ao termo *renunciarão*, que deve entender-se, não com o sentido de *deverão renunciar*, mas sim como o de que *renunciam* à aludida faculdade os cônjuges casados canonicamente — e *renunciam pelo próprio facto* da celebração do casamento.

Essa, para nós, a única interpretação lógica do preceito.

5. Sustenta ainda o agravante que o art. xxiv da Concordata não está em vigor por não ter sido regulamentado no dec.-lei 30 615.

Também aí, e sempre com o devido respeito, carece de razão.

A posição tomada pelo agravante neste ponto, que se pretende justificar com o art. xxiv da Concordata, parte da mesma ideia fundamental que dominou toda a sua argumentação, qual seja a de que a renúncia exige a exibição, perante o respectivo pároco, de um documento escrito e assinado por ambos os cônjuges (entenda-se que também pelos nubentes), e outorgado segundo a forma prescrita no art. 815 do C. Civ.

Se isso fosse exigível o raciocínio estaria certo.

Contudo, se tal não é de exigir, se a renúncia dimana do próprio facto da celebração do casamento, toda a argumentação do agravante parte de premissa errada e conduz logicamente a errada conclusão.

Mas, nesse aspecto, o art. xxiv não dependia da legislação complementar.

O texto impunha-se logo por si em termos exequíveis, designadamente depois da Concordata ter sido mandada vigorar como direito interno português (art. 61 do dec.-lei 30 615).

Por isso mesmo é que a Procuradoria-Geral da República, em seu douto parecer de 15-10-1953, afirmou que

«a impossibilidade de requerer o divórcio de casamentos canónicos transcritos se radicava na Concordata, e não nas disposições internas

complementares a publicar pela República Portuguesa». (B. M. J., 41, p. 85).

Indubitavelmente que assim é.

Mas que o pensamento da lei é o que acima referimos, e não o que o agravante lhe atribui, dimana inequivocamente de disposição interna complementar inserta em diploma publicado para execução da Concordata nas nossas Províncias Ultramarinas.

Trata-se do art. 4 do dec. 35 461, de 22-1-1964.

Aí se estabelece, com efeito, que

«em harmonia com as propriedades essenciais do matrimónio católico, entende-se que pelo próprio facto da celebração do casamento canónico, depois de entrar em vigor o presente decreto os cônjuges renunciarão à faculdade civil de requererem o divórcio, que por isso não poderá ser decretado pelos tribunais civis em relação a tal casamento».

Quer dizer: esse preceito, visando claramente a execução do art. xxiv da Concordata — e pouco mais fazendo do que reproduzi-lo —, manteve integralmente, nos mesmos e precisos termos do texto regulamentado, o princípio da renúncia *presumida e forçada* à faculdade de pedir o divórcio ou da renúncia traduzida pelo *próprio facto da celebração do casamento canónico*, só aí havendo de meritório o facto de se esclarecer que a renúncia só restringia aos casamentos contraídos «depois de entrar em vigor» o decreto em que se contém a transcrita disposição.

Assim era e é no Ultramar.

E assim era e é entre nós por força da própria letra e do próprio espírito do art. xxiv da Concordata, como se infere da *regulamentação* que o referido art. 4 fez daquele outro artigo, mantendo-o, no que aqui interessa, nos seus precisos termos, e como se infere também do citado artigo 61 do dec.-lei número 30 615.

O discutido art. xxiv está, pois, em pleno vigor.

6. Pelo exposto, nega-se provimento ao agravo.

Custas pelo agravante.

Porto, 12 de Abril de 1967 — Rui Guimarães; Manuel Falcão Nunes Garcia; Alfredo de Sousa Albarinha.