

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 749/21.4T8CSC.L1-6

Relator: EDUARDO PETERSEN SILVA

Sessão: 06 Janeiro 2022

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: PROCEDENTE

DIVÓRCIO SEM CONSENTIMENTO DO OUTRO CÔNJUGE

CONTESTAÇÃO

RUPTURA DEFINITIVA

TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO

Sumário

Se na pendência dos autos de divórcio sem consentimento do outro cônjuge se obtém a declaração do cônjuge autor de que a ruptura é definitiva, não pretendendo retomar o casamento, e se frustrada a tentativa de conciliação, ao contestar, o outro cônjuge vem declarar que repensou e considera agora que a ruptura é definitiva e não pretende retomar vida em comum, pedindo aliás que seja marcada nova tentativa de conciliação, o tribunal deve marcar esta nova tentativa caso haja necessidade de verificar os pressupostos de decretamento do divórcio por mútuo consentimento no que toca aos acordos exigidos pelo artigo 1775º do Código Civil, o que deve fazer nos termos do artigo 931º nº 3 do CPC.

(Sumário elaborado pelo Relator)

Texto Integral

Acordam os juízes que compõem este colectivo do Tribunal da Relação de Lisboa:

I.-Relatório

J..., com os sinais dos autos, intentou, a 12.03.2021, a presente acção de Divórcio Sem Consentimento do Outro Cônjuge contra P..., de nacionalidade italiana e temporariamente residente com seus pais em Itália, nos autos m.id., pedindo que seja decretado o divórcio por força do artigo 1781º al. d) do Código Civil.

Em síntese, alegou que contraiu casamento católico e no regime da separação de bens com a Ré em 20.06.2016, que do casamento nasceram G..., em 13.02.2018, e GG..., em 27.02.2021. Em 2.12.2020 os cônjuges acordaram na separação, sendo consequentemente que a Ré deixou de viver na casa de morada de família em 22.12.2020, não mais se reatando a comunhão de vida e economia comum, e limitando-se os contactos aos assuntos relativos aos filhos menores.

Mais declarou o Autor, no artigo 11º da petição inicial que *“Acresce a tudo isto o facto de Autor não pretender, de forma alguma, restabelecer a vida em comum com a Ré”*.

Procedeu-se a tentativa de conciliação, em cuja acta se fez constar que *“a Meritíssima Juiz deu início à presente diligência, procurando a reconciliação entre as partes, o que se frustrou. Também não se mostrou possível a convalidação do divórcio para mútuo consentimento”*.

Ordenada a notificação da Ré para contestar, veio a mesma fazê-lo, alegando logo no artigo 1º da contestação que *“(...) a separação entre as partes é efetiva e, embora não fosse essa a pretensão da Ré, definitiva, pelo que inexistem razões para que não seja decretado o divórcio entre as partes”*.

Na contestação a Ré formulou ainda pedidos reconventionais, de restituição, pelo Autor, de valor monetário tendo em vista resolver a questão da divisão dos bens que as partes têm em propriedade; de condenação do Autor a pagar-lhe a compensação prevista no artigo 1676º, nº 2, do Código Civil; e de fixação de alimentos pelo Autor e em benefício da Ré.

Finalmente e para o que aqui releva, a Ré concluiu na sua contestação: *“a) Atendendo à verificação dos pressupostos para o decretamento do divórcio, e perante a real possibilidade que a Ré antevê de ser o presente divórcio convalidado em divórcio por mútuo consentimento, ser agendada nova tentativa de conciliação para esse fim; (...)”*.

Em 16.9.2021 foi proferido despacho que indeferiu o pedido de marcação de nova tentativa de conciliação “por falta de fundamento legal”, dispensou a audiência prévia nos termos do artigo 593º do CPC, e seguidamente saneou os autos, não admitindo os dois primeiros pedidos reconventionais e indeferindo o pedido de fixação de alimentos, fixando ainda à acção o valor de € 30.000,01, e passando a conhecer do mérito, decidiu a final:

- *“julgo improcedente a ação intentada pelo Autor e não decreto o divórcio entre Autor e Ré”. Custas pelo Autor (cfr. art. 535, nºs 1 e 2 - a) do CPC)”*.

Inconformado, o Autor J... interpôs o presente recurso, formulando, a final, as seguintes conclusões:

“1.-Contrariamente ao referido na douta Sentença, objeto do presente recurso, resulta claro da Petição Inicial que originou os presentes autos, que a causa de pedir apresentada pelo ora Recorrente consiste na deterioração irreversível da sua relação conjugal, razão pela qual aí requereu que fosse decretado o divórcio sem o consentimento do outro cônjuge com fundamento na rutura definitiva do seu casamento com a ora Recorrida (ou seja, com fundamento na al. d) do art. 1781.º do Código Civil).

2.-Com o intuito de demonstrar a rutura definitiva da relação conjugal, o ora Recorrente, na Petição Inicial, alegou, em suma, os seguintes factos:

a)-Devido a incompatibilidades profundas e inultrapassáveis, designadamente a nível da personalidade de ambos, a relação conjugal, ao longo dos últimos tempos, deteriorou-se de forma irreversível;

b)-Tal deterioração levou a que as partes decidissem separar-se definitivamente em 02-12-2020;

c)-Em 22-12-2020 a Recorrida saiu da casa de morada de família;

d)-A partir de 22-12-2020 Recorrente e Recorrida deixaram de habitar a mesma casa;

e)-A partir de 22-12-2020 Recorrente e Recorrida deixaram de tomar juntos as suas refeições;

f)-Desde a separação, Recorrente e Recorrida deixaram de manter relações sexuais;

g)-Desde a separação, os contactos entre o Recorrente e a Recorrida passaram a ocorrer somente para discutir aspetos relativos à vida dos dois filhos que têm em comum;

h)-O Recorrente não pretende, de forma alguma, restabelecer a vida em comum com a Recorrida.

3.-O Recorrente requereu ainda, em sede de Petição Inicial, que os efeitos do divórcio quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges retroagissem à data da separação, isto é, a 02-12-2020, nos termos do disposto no art. 1789.º, n.º 2, do Código Civil.

4.-A ora Recorrida deduziu Contestação, não tendo, porém, refutado quaisquer dos factos alegados pelo Recorrente em sede de Petição Inicial.

5.-Aos factos supra elencados - e nunca contestados - acresce a circunstância de, na tentativa de conciliação, Recorrente e Recorrido terem, de forma expressa, referido que pretendiam divorciar-se.

6.-Sem prejuízo do supra exposto, importa também ter presente que, na data em que foi proferida a douda Sentença, objeto do presente recurso, Recorrente e Recorrida encontravam-se separados de facto há cerca de nove meses, mantendo, em absoluto, a sua intenção de não retomar a vida em comum.

7.-Em função, por um lado, da factualidade alegada pelo Recorrente em sede de Petição Inicial, nunca contestada pela Recorrida, e, por outro, perante a vontade claramente manifestada pelas Partes, em sede de tentativa de conciliação, o Tribunal a quo, contrariamente ao que decidiu, à semelhança do Supremo Tribunal de Justiça no acórdão proferido em 03-10-2013 no âmbito do processo n.º 2610/10.9TMPRT.P1.S1, deveria ter julgado a Petição Inicial totalmente procedente, por se encontrar cabalmente demonstrada a rutura definitiva do casamento, com o conseqüente decretamento do divórcio entre o Recorrente e a Recorrida.

8.-Para além de decretar o divórcio entre as Partes, por isso mesmo ter sido expressamente requerido, o Tribunal a quo deveria ainda, nos termos do disposto no art. 1789.º, n.º 2, do Código Civil, ter feito retroagir os efeitos do divórcio, quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges, à data da separação, isto é, a 02-12-2020, sendo certo que a Recorrida, ao nunca ter contestado esse facto, reconheceu tacitamente essa como sendo a data em que a separação de facto ocorreu.

Termos em que:

O presente recurso merece ser julgado totalmente procedente, devendo, conseqüentemente, a decisão proferida pelo Tribunal a quo, somente no que respeita ao (não) decretamento do divórcio entre as Partes, ser substituída por outra que efetivamente decreta o divórcio entre o Recorrente e a Recorrida, devendo ainda tal decisão fazer retroagir os efeitos do divórcio quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges a 02-12-2020, nos termos do disposto no art. 1789.º, n.º 2, do Código Civil”.

Não consta dos autos que tenham sido apresentadas contra-alegações.

Corridos os vistos legais, cumpre decidir.

II.-Direito

Delimitado o objecto do recurso pelas conclusões da alegação - artigo 635.º, n.º 3, 639.º, n.º 1 e 3, com as excepções do artigo 608.º, n.º 2, in fine, ambos do CPC - a questão a decidir é a de saber se o divórcio devia ter sido decretado.

III.-Matéria de facto

A que consta do relatório que antecede.

IV.-Apreciação

Dispõe o artigo 1781º do Código Civil: - *“São fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges: a) A separação de facto por um ano consecutivo; b) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum; c) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano; d) Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento”*.

A decisão recorrida considerou que apenas tinham sido alegados factos relacionados - porque posteriores, de resto, à - com a separação, e que não tinham sido alegados factos para que se pudesse concluir pela demonstração da ruptura definitiva do casamento.

Já para o recorrente, essa demonstração encontra assento nos factos por ele alegados e pela Ré não impugnados, sobretudo quando eles, mesmo que posteriores à separação, se consolidam com o tempo. Estamos a usar palavras nossas.

Não está em causa, nos presentes autos, que nem quando a acção foi interposta nem até à prolação do despacho saneador sentença, se tinha completado o prazo de um ano sobre a separação de facto do casal. A

discussão não é portanto a de saber se o prazo se tem de completar antes da interposição da acção ou se o artigo 611º do CPC e o princípio da actualização da sentença permite decretar divórcio com base em separação que só na pendência da acção veio a completar um ano.

Como é manifesto da al. d) do artigo 1781º do Código Civil, está-se em presença duma cláusula genérica que permite operar o pensamento de que ninguém deve estar submetido às obrigações decorrentes do contrato de casamento, justamente em função do seu carácter infungível e do seu reflexo pessoalíssimo, contra sua vontade, concedendo-se à bilateralidade e à expectativa da parte contrária, uma verificação objectiva do bem fundado dessa vontade - “mostrem” “ruptura definitiva”.

Esta verificação objectiva implica, assim têm sido os termos da operação sistemática jurídico-processual entre nós, a alegação de factos que possam ser, pelo julgador, apreciados e levados à presença da norma estabelecida pelo legislador, e por aqueles considerados como a esta subsumíveis - artigo 607º do CPC.

Quer isto dizer que não basta que um dos cônjuges venha peticionar o divórcio sem o consentimento do outro afirmando que o casamento se rompeu definitivamente, e nem mesmo se os dois cônjuges afirmarem a ruptura definitiva, estaremos em condições de decretar o divórcio ao abrigo do artigo 1781º al. d) do Código Civil. É que nos faltam os factos para podermos juntar a nossa voz à do ou dos cônjuges: - sim, perante estes factos, também concordamos que o casamento acabou.

É claro que os, aqueles peticionantes, cônjuges, são os principais interessados (porventura os únicos, se filhos não houver, e já não contando com as relações com terceiros, sejam patrimoniais ou pessoais, que dependam do estado civil) e que o tribunal não lhes deve impor o casamento contra vontade. Mas aos cônjuges que não alegam factos e apenas declaram que o casamento respectivo acabou, a lei faculta, *ab initio*, a via consensual, ou na pendência da via litigiosa, a hipótese da convolação do divórcio sem consentimento em divórcio por mútuo consentimento.

É por esta possibilidade legal que não podemos considerar que a simples declaração do autor e recorrente de que não tinha intenção de retomar vida conjugal, nem a declaração que a ré e recorrida fez no sentido de que nada obstava ao divórcio visto que tinha, já depois da tentativa de conciliação,

ponderado melhor e percebido que o casamento tinha mesmo acabado – ou seja, também para ela a intenção era a de não retomar o casamento – não podemos considerar, dizíamos, que essas duas declarações de intenção se constituam como facto, em sentido processual, de aquisição tácita, que permita sem mais a conclusão de preenchimento da al. d) do artigo 1781º do Código Civil.

Sustenta o recorrente que houve, da sua parte, enquanto autor, suficiente alegação de factos para preencher a citada alínea, a saber que *“a) Devido a incompatibilidades profundas e inultrapassáveis, designadamente a nível da personalidade de ambos, a relação conjugal, ao longo dos últimos tempos, deteriorou-se de forma irreversível; b) Tal deterioração levou a que as partes decidissem separar-se definitivamente em 02-12-2020; c) Em 22-12-2020 a Recorrida saiu da casa de morada de família; d) A partir de 22-12-2020 Recorrente e Recorrida deixaram de habitar a mesma casa; e) A partir de 22-12-2020 Recorrente e Recorrida deixaram de tomar juntos as suas refeições; f) Desde a separação, Recorrente e Recorrida deixaram de manter relações sexuais; g) Desde a separação, os contactos entre o Recorrente e a Recorrida passaram a ocorrer somente para discutir aspetos relativos à vida dos dois filhos que têm em comum; h) O Recorrente não pretende, de forma alguma, restabelecer a vida em comum com a Recorrida”* – e isto, à data da decisão, já há nove meses e mantendo ambos o propósito de se divorciarem.

Resulta ainda do artigo 607º do CPC, que já referimos, que apenas os factos são consideráveis na operação do silogismo judiciário, não as conclusões. São conclusões: - *“incompatibilidades profundas e inultrapassáveis, designadamente a nível da personalidade de ambos”*, e *“deterioração de forma irreversível”* da relação conjugal.

Factos, para dar exemplos, são: *“A mudou de orientação sexual, B não quer ter filhos ao contrário de C, seu cônjuge, D praticou violência doméstica no seu cônjuge E”*.

O mais que vem descrito nas alíneas c) a g) são realmente consequências normais da própria separação que vem alegada em b), cuja alegação coadjuva o facto da separação e cuja não perdurabilidade – isto é nítido no caso da coabitação e das relações sexuais – poderia vir a inutilizar o prazo decorrido na contagem do prazo de separação.

Não há que valorar autonomamente, e em crescendo com a passagem do

tempo, o que caracteriza uma separação de facto dos cônjuges. Pode suceder que seja alegado que estas características da separação já se verificavam antes da separação e a ela levaram: - o casal já não tomava as refeições em conjunto nem dormia no mesmo quarto nem se falava ou cumprimentava, e o conjunto deste desinteresse os levava a acordarem separar-se. Neste exemplo, podemos abdicar da contagem do prazo de separação para caracterizar a persistência dessa não vida em comum ao abrigo duma ruptura definitiva do casamento - é o que sucede com os factos referidos no acórdão que o recorrente cita a seu favor - STJ 3.10.2013^[1] - sendo certo que no caso julgado por este acórdão, os factos relevantes não se limitavam às consequências ou características da separação.

Quid juris então para o presente caso? Confirmamos a decisão recorrida?

Pede-nos o recorrente que ponderemos a vontade sempre manifestada por si e pela Ré invocando, na conclusão 5ª, que acresce “na tentativa de conciliação, Recorrente e Recorrido terem, de forma expressa, referido que pretendiam divorciar-se”. A conclusão 6ª começa por “Sem prejuízo do supra exposto (...)”. Podemos assim dizer que para o recorrente, a vontade comum dos cônjuges, também é invocada como fundamento para que o divórcio seja decretado.

Não vindo referida na acta da tentativa de conciliação essa declaração comum de vontade de decretamento de divórcio, o que inequivocamente se revela no processo é que à declaração de vontade do Autor - não tenho intenção em retomar o casamento - se soma, na contestação e após ponderação, a mesma vontade da Ré - *para mim a separação que não era definitiva, reconheço agora que passou a sê-lo e portanto nada obsta que seja decretado o divórcio*. Para tanto, a Ré pediu a marcação de nova tentativa de conciliação, pedido que foi indeferido com a invocação de que lhe faltava fundamento legal, por despacho que imediatamente antecedeu a decisão ora sob recurso.

É certo que não vem directa e expressamente formulada no recurso a impugnação desse despacho, mas o pedido formulado no recurso - *decrete o divórcio, além do mais porque estamos de acordo* - exige ao tribunal que operacionalize a concepção de não obrigação da manutenção do casamento contra a vontade dos cônjuges, ao mesmo tempo que exige que o tribunal verifique o cumprimento das condições para o decretamento do divórcio no caso de ambos os cônjuges estarem de acordo. Então, a combinação ou conjugação, melhor, da primeira exigência com a segunda, diz-nos que (de

resto considerando ainda o princípio de que quem pode o mais, pode o menos) podemos colocar a decisão do recurso no nível ou patamar prévio, de natureza processual, à decisão pretendida, o que podemos fazer oficiosamente.

Explicando de outro modo: - não tem razão o tribunal recorrido quando diz que o pedido de marcação de nova tentativa de conciliação não tem fundamento legal. Na verdade, ao abrigo do nº 3 do artigo 931º do CPC - *“Na tentativa de conciliação, ou em qualquer outra altura do processo, as partes podem acordar no divórcio ou separação de pessoas e bens por mútuo consentimento, quando se verificarem os necessários pressupostos”*, é sempre possível, nessa *“qualquer outra altura do processo”*, que pode até ser em fase de recurso, quer verificar oficiosamente que há acordo quanto ao divórcio e conduzir as partes aos termos processuais devidos e ainda em falta - *“quando se verificarem os necessários pressupostos”*, isto é, aos termos do artigo 1775º do Código Civil, quer deferir a requerimento das partes que peça a marcação de nova tentativa para operacionalizar o acordo, designadamente para obter a regulação das responsabilidades parentais eventualmente ainda não homologadas ou decididas por sentença judicial autónoma.

E dizemo-lo, agora, deste modo restrito porque da mesma decisão recorrida e na parte que não admitiu e indeferiu os pedidos reconventionais, não foi interposto recurso. Donde, o único óbice ao decretamento imediato do divórcio por esta Relação, visto que ambos os cônjuges estão de acordo, visto que consideramos que os factos alegados não permitiam ir além do fundamento *“separação de facto por mais de um ano consecutivo”* e não serviam para integrar a al. d) do artigo 1781º do Código Civil, o único óbice a que esta Relação convole a acção em divórcio por mútuo consentimento e decrete o divórcio e fixe ainda a data da separação dos cônjuges para efeitos patrimoniais na data de 2.12.2020 tal como ela vem aceite por força da não contestação de nenhum dos factos nem pedidos, é apenas a de que não temos demonstrada a regulação do exercício das responsabilidades parentais quanto aos dois filhos menores, a qual deve ser obtida por acordo ou se assegurando que se encontra já regulada por decisão judicial, verificação, deste pressuposto necessário, que deve ser feita pelo tribunal recorrido - um pouco até por paralelismo com o que sucede com o mecanismo do artigo 662º nº 2 al. c) parte final e nº 3 al. c) do CPC - convocando nova tentativa de conciliação a que devem ser chamados os cônjuges.

Obtido o acordo ou feita essa demonstração, o tribunal recorrido dará adequado prosseguimento aos autos, desde logo decretando o divórcio por

mútuo consentimento e fixando a data da separação em conformidade com o que acima referimos - 2.12.2020, data e efeito que a Ré não impugnou.
Custas pelo vencido a final - artigo 527º nº 1 e 2 do CPC.

V.-Decisão

Nos termos supra expostos, acordam oficiosamente revogar a sentença recorrida e em consequência determinar ao tribunal recorrido que convole a acção em divórcio por mútuo consentimento e marque nova tentativa de conciliação para obter acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais ou a demonstração de que a mesma já foi judicialmente homologada ou decidida, e em função desse acordo ou desta verificação, se obtidos, decrete o divórcio por mútuo consentimento e fixe a data da separação do casal para efeitos patrimoniais em 2.12.2020.

Custas pelo vencido a final.

Registe e notifique.

(Sumário (a que se refere o artigo 663º nº 7 do CPC): (acima transcrito)

Lisboa, 06 de Janeiro de 2022

(Processado por meios informáticos e revisto pelo relator)

Eduardo Petersen Silva

Manuel Rodrigues

Ana Paula Albarran Carvalho

[1] Resulta aliás claramente do confronto dos pontos III e IV do sumário que o STJ não admite nenhum encurtamento do prazo de um ano para o fundamento “separação”. Lê-se em tais pontos: “III - No contexto da causa de pedir enunciada na al. d) do art. 1781.º do CC - «quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento» - o tempo ou a duração desses factos releva como elemento de

prova da cessação duradoura e irreversível da comunhão conjugal, podendo e devendo ser considerada pelo tribunal ao abrigo do disposto no art. 264.º, n.º 2, do CPC (factos instrumentais que resultem da instrução e discussão da causa). IV - Não obstante a afirmação pelo autor de que tinha deixado o lar conjugal em 29-04-2010 - o que tornaria inviável o pedido se a causa de pedir fosse a separação de facto, posto que a acção foi proposta em Novembro de 2010 -, certo é que o autor alegou, e provou, diversos factos susceptíveis de preencherem a previsão da al. d) do art. 1781.º do CC, sendo igualmente certo que aquando do julgamento da matéria de facto ocorrido em 11-06-2012 esses mesmos factos, reveladores da cessação da vida privada e social em comum, se mantinham”.