

**Tribunal da Relação de Évora**  
**Processo nº 2670/07-3**

**Relator:** ACÁCIO NEVES

**Sessão:** 17 Abril 2008

**Votação:** UNANIMIDADE

**Meio Processual:** AGRAVO CÍVEL

**Decisão:** PROVIDO

**MORTE PRESUMIDA**

**ACÇÃO DE DIVÓRCIO**

## Sumário

I - Após a reforma do Código Civil de 1977, a declaração de morte presumida não dissolve o casamento.

II - Nada impede que o cônjuge presente queira ver dissolvido o casamento através da instauração de uma acção de divórcio, desde que para tanto tenha fundamento legal.

## Texto Integral

\*

**PROCESSO Nº 2670/07 - 3**

**ACORDAM NO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA**

\*

“A”, residente no sítio do ..., freguesia de ..., concelho de ..., intentou, em 03.04.2007, no Tribunal de Família e Menores da Comarca de ..., acção especial de divórcio litigioso contra “B”, com residência actual no sítio de ..., ..., pedindo que seja decretado o divórcio entre ambos, devendo o réu ser declarado como único e exclusivo culpado.

Alegou, para tanto e em resumo que contraíram casamento entre si em 30.09.1961 e que o réu abandonou o lar conjugal em 1976, deixando a mulher e os filhos a viver com dificuldades e não mais ali regressando nem dando notícias, inexistindo da parte da ambos o propósito de restabelecer a comunhão de vida.

Mais alegou ainda que, desde então, só em Março de 2007 é que tomou conhecimento do paradeiro do réu.

Foi designada e teve lugar uma tentativa de conciliação no âmbito da qual foi junta pela autora uma certidão de nascimento do réu (fls. 26), na qual se encontra averbada a declaração de morte presumida do mesmo com data de 1980, por sentença de 07.11.95.

Foi então mandada juntar aos autos (fls. 46 a 48) certidão da dita sentença, proferida nos autos de Justificação de Ausência para Declaração n.º ..., que correu termos pela 2ª secção do 1.º Juízo do Tribunal Judicial da Comarca de ..., na qual, a requerimento da ora autora, se declarou a morte presumida do ora réu, fixada em 1980.

Seguidamente, foi proferido despacho, no qual se julgou improcedente a acção por manifesta falta de fundamento legal (por se considerar ser legalmente inadmissível propor acção de divórcio contra o marido cuja morte presumida foi declarada).

Inconformada, interpôs a autora o presente recurso de agravo, em cujas alegações apresentou as seguintes conclusões:

1ª - Como factos que podem ser tidos como assentes, porque prova documental consta dos autos em referenda, com especial importância e relevância para a resolução da presente lide, e conseqüente boa decisão da causa, temos os seguintes:

a) A autora, ora recorrente e o réu celebraram casamento católico, sem convenção antenupcial, na igreja paroquial da ..., freguesia e concelho de ..., no dia 30 do mês de Setembro do ano de 1961, conforme resulta da certidão do Assento de Casamento n.º ..., do ano de ..., da Conservatória do Registo Civil de ... junta aos presente autos.

b) No Tribunal Judicial da Comarca de ..., sobre os autos de Justificação de Ausência para Declaração registados sob o n.º ... correu termos, pela ... secção do ...º juízo, a acção judicial na qual, através de sentença já transitada em julgado, foi justificada a ausência do ora réu, marido da autora, e declarada, em conseqüência, a sua morte presumida, tendo sido fixada a data da sua morte em 1980, nos termos dos arts. 114.º e 115.º ambos do Cod. Civil e art. 1105.º, n.º 2 do Cod. de Proc. Civil.

c) No referido Assento de Casamento n.º ..., do ano de 1961, da Conservatória do Registo Civil de ..., não foi feito o averbamento da referida declaração de morte presumida do réu.

d) A autora recorrente, não contraiu novo casamento com terceiro, como resulta desse mesmo Assento.

e) E o réu não faleceu, tal como se pode verificar através da análise do Assento de Nascimento n.º ..., do ano de 1926, da Conservatória do Registo

Civil de ... constante dos autos, face a ausência de qualquer averbamento que comprove tal eventualidade.

2a - Termos em que, perante tais factos e em consequência do estatuído nos arts. 115° e 116° ambos do Cod. Civil, disposição legal essa que determina que a declaração de morte presumida produz os mesmos efeitos que a morte, mas não dissolve o casamento, autora e réu continuam, para todos os efeitos legais, como estando casados.

3a - Assim sendo, tendo presente tais factos e o estatuído nas referidas disposições legais - arts. 115° e 116° do Cod, Civil, mal andou o Tribunal "a quo " ao proferir a decisão que a recorrente ora coloca sob censura.

4a - Pois que, em face da redacção do art. 115° do Cod. Civil, não restam quaisquer dúvidas de que, uma vez declarada a morte presumida de alguém, esta mera declaração não dissolve o casamento.

5ª - Sendo que este somente será considerado dissolvido, por divórcio, com efeitos à data da declaração de morte presumida, desde que o cônjuge do ausente venha a contrair novo casamento. É o que resulta, expressa e taxativamente, da redacção do art. 116° do mesmo diploma legal.

6ª - Ao invés, o mesmo será dizer-se que quando o cônjuge do ausente, cuja declaração de morte presumida tenha sido proferida, não contrai novo casamento este não se dissolve e, como tal, os cônjuges continuam unidos por esse laço matrimonial.

7ª - Sendo este o caso dos presentes autos - porque a autora nunca contraiu novo casamento, o seu laço matrimonial que a liga ao réu, por força do disposto no art. 115° do Cod. Civil, continua plenamente em vigor, ou seja, mantém-se o matrimónio com o cônjuge ausente, não obstante ter sido declarada a sua morte presumida.

8ª - Tal vínculo conjugal somente terminaria, caso esta viesse a contrair novo casamento com uma terceira pessoa, sendo que, e somente em tal caso, o matrimónio que então contraiu com o réu, então sim, seria considerado dissolvido, por divórcio, cfr. dispõe o art. 116° do citado Código, com efeitos à data da declaração de morte presumida.

9ª - Nestes termos, e por esse motivo, para que esse casamento possa ser dissolvido, uma das formas legais à qual a agravante pode recorrer para obter o efeito pretendido dissolução do casamento que celebrou com o réu - é que seja decretado o divórcio - cfr. art. 1788° do Cod. Civil.

10ª - Porquanto não é obrigada a ter que casar novamente, desta feita com um terceiro, para obter o mesmo efeito, em face do estatuído no art. 116° do Cod, Civil, como parece ser o entendimento do Tribunal "a quo ".

11ª - Divórcio esse que, por razões óbvias, não pode correr sob a forma de mútuo, pois que a autora recorrente, desconhece, por completo, qual seja o

paradeiro do seu marido, embora disponha de informações de que este, actualmente, reside na área da comarca de Olhão, mais concretamente no sitio de ..., freguesia de ...

12ª - Ou seja, o mesmo será dizer-se que o divórcio pretendido somente poderá ser obtido através da via litigiosa, até porque a autora, ora agravante, dispõe de fundamento legal para tanto.

13ª - Contudo, e não obstante, só o tribunal "a quo" não teve em consideração todos estes factos, e o enquadramento jurídico que dos mesmos resulta, ao proferir a decisão da qual ora se recorre, sem que, para tanto, a tivesse fundamentado devidamente, em termos legais, como aliás constituía seu dever.

14ª - Com efeito, tendo em consideração o disposto no n.º 1 do art. 158.º do Cod. de Proc. Civil, deveria o tribunal "a quo" ter invocado, expressamente, em termos de direito, qual a disposição legal que, concretamente e a existir, lhe servia de suporte para proferir a decisão que proferiu e nesta sede se coloca sob censura.

15ª - Nomeadamente quando refere que "por ser legalmente inadmissível propor acção de divórcio contra o marido, cuja morte presumida foi declarada, nos termos que atrás se deixam expostos".

16ª - Mas, o que na verdade se constata é que não existe esse alegado impedimento legal para propor a presente acção de divórcio litigioso.

17ª - Muito antes pelo contrário, existe é fundamento legal para tanto, como resulta do disposto nas alíneas a) e d) do art. 1781.º e art. 1783.º ambos do Cod. Civil.

18ª - Salvo melhor e superior opinião, o mais coerente e plausível, bem como sensata decisão, teria sido o tribunal "a quo" ter feito prosseguir os termos subsequentes do processo e, após realização da audiência de discussão e julgamento, aferir, em face da prova aí produzida, se estavam ou não reunidos todos os alegados fundamentos de facto que pudessem conduzir ao efeito pretendido da autora, e que esta reclama no âmbito da presente lide dissolução do seu casamento, por divórcio, nos termos do art. 1788.º do Cod. Civil como já referido anteriormente.

19ª - Ao não actuar desta forma, mal andou aquele tribunal ao dar a decisão de que ora se recorre, tendo em consideração todos os factos, e enquadramento jurídico, supra expostos.

20ª - Até porque, acresce ainda, em face do disposto no art. 664.º do Cod. de Proc. Civil, "o juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito ... " embora, como refira esse mesmo normativo, possa "servir-se dos factos articulados pelas partes, sem prejuízo do disposto no artigo 264.º".

21<sup>a</sup> - Pois caso o tribunal "a quo" não concordasse com o enquadramento jurídico feito pela autora em sede de PI. - arts. 13<sup>o</sup> a 16<sup>o</sup> desse articulado, sempre poderia enquadrar todos os alegados factos na alínea d) do art. 1781<sup>o</sup> , e art. 1783<sup>o</sup> ambos do Cod. Civil, para que o efeito pretendido por aquela - dissolução do casamento - pudesse ser obtido.

22<sup>a</sup> - E, nesses termos, em face da matéria factual vertida em sede de PI., e que, como supra referido nas alíneas a) a e) do ponto 1 antecedente parece não existirem quaisquer dúvidas em que a mesma poderá considerar-se como assente, teria o tribunal "a quo" o dever de, em face de tais normativos - art. 115<sup>o</sup>, 116<sup>o</sup> , 1781<sup>o</sup>, alíneas a) e d), 1783<sup>o</sup> e 1788<sup>o</sup>, todos do Cod. Civil, fazer prosseguir os presentes autos de modo a que, em sede de audiência de discussão e julgamento a autora lograsse vir fazer prova de que a vida em comum do casal nunca mais foi reatada, desde a longínqua data da sua separação de facto, verificada no ano de 1976 - cfr. descrito nos arts. 4<sup>o</sup> e segs. da PJ.

23<sup>a</sup> - Pelo que, e desse modo, não teria proferido, erradamente, o despacho de que ora se recorre, o qual, violou o n<sup>o</sup> 1 do art. 158<sup>o</sup> do Cod. de Proc. Civil, bem como os referidos normativos da lei civil - arts. 115<sup>o</sup>, 116<sup>o</sup>, 1781<sup>o</sup>, alíneas a) e d), 1783<sup>o</sup> e 1788<sup>o</sup>, todos do Cod. Civil.

24<sup>a</sup> - Vícios esse que, para os devidos efeitos previstos nas alíneas a), b) e c) do n<sup>o</sup> 2 do art. 690<sup>o</sup> do Cod. de Proc. Civil expressamente se invocam.

25<sup>a</sup> - Pelo que, e por essa razão, terá que ser revogado, necessariamente, o despacho ora recorrido, no sentido de que seja ordenado o prosseguimento dos presentes autos, com vista à realização da audiência de discussão e julgamento.

26<sup>a</sup> - Revogação essa pela qual pugna a agravante, através da interposição do presente recurso de agravo.

Foi proferido despacho de sustentação.

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir:

Perante o conteúdo das conclusões das alegações da agravante, enquanto delimitadoras do objecto do recurso (arts. 684<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 3 e 690<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1 do CPC), a única questão de que cumpre conhecer consiste em saber se, declarada a morte presumida de um dos cônjuges, o outro cônjuge pode requerer acção de divórcio.

Com interesse específico para a questão mostra-se assente que:

1) A autora, "**A**", e o réu, "**B**", contraíram casamento entre si no dia 30.09.61 (doc. de fls. 6 e 7).

2) Por sentença, transitada em julgado, proferida em 07.11.95 nos autos de Justificação de Ausência para Declaração n<sup>o</sup> ..., que correu termos pela ...

secção do ... Juízo do Tribunal Judicial da Comarca de ..., nos quais foi requerente a ora autora, foi declarada a morte presumida do ora réu, a qual foi fixada em 1980 (doc. de fls. 46 a 48).

Segundo o despacho recorrido, "a autora, com base no fundamento legal que invocou, não pode, por ser legalmente inadmissível, propor acção de divórcio contra seu marido, cuja morte presumida foi declarada.

Com efeito, ainda segundo o mesmo despacho, em face do que se encontra estabelecido nos artigos 115º e 116º do C. Civil "o actual regime legal estipula que o casamento só se dissolve se o cônjuge do ausente casado civilmente contrair novo casamento, estipulando como que uma dissolução automática, não havendo assim lugar ao processo de divórcio autónomo para o efeito, sendo que até configura em tese o caso de uma "bigamia legal".

A autora agravante, discorda de tal posição, conforme se alcança das conclusões do recurso, invocando para o efeito que, uma vez que a declaração de morte presumida não dissolve o casamento, nos termos das citadas disposições legais, não faria sentido que, para obter a dissolução do casamento, o cônjuge do ausente tivesse que ser obrigado a contrair novo casamento.

Estabelece o art. 115 do C. Civil que "a declaração de morte presumida produz os mesmos efeitos que a morte, mas não dissolve o casamento, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte ".

Por sua vez, o art. 116º do mesmo diploma estabelece que "o cônjuge do ausente casado civilmente pode contrair novo casamento, neste caso, se o ausente regressar, ou se houver notícia de que era vivo quando foram celebradas as novas núpcias, considera-se o primeiro matrimónio dissolvido por divórcio à data da declaração de morte presumida"

Verifica-se assim que (sem prejuízo de o cônjuge do ausente cuja morte presumida foi declarada, poder casar civilmente, considerando-se o casamento dissolvido por divórcio no caso de o ausente regressar ou no caso de haver notícia de que era vivo aquando da celebração das novas núpcias), ao contrário do que se estabelecia no art. 1150 do C. Civil, no regime anterior à reforma de 1977 (que estabelecia, sem mais, que a declaração de morte presumida produzia os mesmos efeitos que a morte), no regime actual a declaração de morte presumida não dissolve o casamento.

Assim, enquanto que no regime anterior, declarada a morte presumida, o cônjuge presente era havido como viúvo, no regime actual continua a assumir a posição de casado, sendo que, em ambos os regimes, podendo e tendo o cônjuge presente contraído novo casamento, no caso de o ausente regressar (ou havendo notícia de que o mesmo era vivo à data das novas núpcias) o casamento considerar-se-á dissolvido por divórcio - divórcio esse que opera

ope legis, sem necessidade de instauração de acção de divórcio (vide P. Lima e A. Varela, in C. Civil Anotado, 2a ed. revista e actualizada, pag. 117).

O regime actualmente estabelecido nos arts. 115º e 116º do C. Civil não é assim de fácil interpretação, no sentido da admissibilidade da propositura de acção divórcio, por parte do cônjuge do ausente, precisamente com base na ausência deste.

Compreende-se que o legislador tenha estabelecido, com o actual regime, que a declaração de morte presumida não dissolva o casamento, uma vez que, conforme referem Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira (in Curso de Direito da Família, vol. I, 2a ed., pag. 271), a mesma pode ser requerida por qualquer dos interessados a que alude o art. 1000 do C. Civil (para além do cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens, os herdeiros do ausente e todos os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente da condição da sua morte).

Com efeito, atenta a natureza da morte presumida (fisicamente não certificada, mas apenas legalmente presumida em resultado da ausência por determinado período de tempo), pode muito bem acontecer que o cônjuge do ausente (na expectativa do regresso do ausente que sempre pode acontecer) não pretenda a dissolução do casamento.

Assim, não estando sequer interessado em requerer a declaração da morte presumida, não faria sentido que, em resultado da acção de terceiros (que requereram a declaração de morte presumida) o cônjuge do ausente se visse na contingência de se ver confrontado, contra sua vontade, com a dissolução do seu casamento.

Por outro lado, vistas as coisas por outro prisma, não sendo o casamento dissolvido com a declaração de morte presumida de um dos cônjuges (nos termos do art. 1150 do C.C.), se o cônjuge do ausente cuja morte presumida foi declarada, a requerimento seu (conforme o caso dos autos) ou de terceiro, pretende e tem fundamento legal para requerer a dissolução do casamento por divórcio (por exemplo, como se invoca no caso dos autos, a separação de facto por 3 anos consecutivos ou a ausência, sem notícias, por 2 anos - nos termos das alíneas a) e d) do art. 1781º do C.C.) não vemos razão para que tenha que permanecer forçosamente casado, porventura ad infinitum.

Pode casar de novo, sendo certo que nesse caso a dissolução do casamento por divórcio apenas acontecerá, automaticamente, ope legis (nos termos do art. 1160 do C.C.) se o ausente regressar (verificando-se até este momento, conforme se refere no despacho recorrido, e conforme referem P. Lima e A. Varela, in ob.cit., pag. 117, uma situação de bigamia legal).

Mas pode acontecer que não queira casar de novo, apenas querendo ver (com fundamento legal) o seu casamento dissolvido, da mesma forma que pode

querer casar novamente mas apenas depois de ver dissolvido o anterior casamento.

Afigura-se-nos assim mais correcto e adequado o entendimento de que, inexistindo dissolução do casamento, pode o cônjuge do ausente (cuja morte presumida foi declarada), tendo fundamento para tal, pedir e obter o divórcio. Aliás, contrariamente ao que se refere no despacho recorrido, não resulta do art. 1160 do C. Civil que o casamento só se dissolve se o cônjuge do ausente casado civilmente contrair novo casamento.

O que ali se refere é que, podendo o cônjuge do ausente contrair novo casamento, este se considera dissolvido se o ausente regressar ou houver notícias de que era vivo à data da celebração das novas núpcias.

Aliás, jamais faria qualquer sentido que, mesmo depois de o ausente regressar, o seu cônjuge, tendo fundamento legal, continuasse impossibilitado de requerer o divórcio.

E o certo é que, no caso dos autos, a autora, ora agravante, até alegou que em Março de 2007 tomou conhecimento do paradeiro do réu.

Assim, a nosso ver, no caso dos autos, a única questão que se poderia colocar era a de se saber contra quem deveria ser proposta a acção, se contra o cônjuge ausente (conforme foi feito) ou contra os seus herdeiros, ou seja, a questão da legitimidade passiva.

Todavia, tendo alegado o conhecimento do paradeiro do réu (mau grado a sua declaração de morte presumida) afigura-se-nos que a autora deveria, conforme foi feito, intentar a acção de divórcio contra o seu cônjuge (ausente).

Por outro lado, em face da certidão negativa que foi lavrada (que, naturalmente, face à declaração judicial de morte meramente presumida, refere a morte do réu) haveria que proceder-se às diligências necessárias tendentes a averiguar da veracidade do indicado paradeiro do réu.

Inexistindo assim, a nosso ver (e contrariamente ao entendimento expresso no despacho recorrido) impedimento legal para que a autora agravante pudesse intentar a presente acção de divórcio, impõe-se revogar o despacho recorrido, em ordem ao prosseguimento dos autos.

Procedem, nesta conformidade, as conclusões do recurso.

Termos em que, concedendo-se provimento ao agravo, se acorda em revogar o despacho recorrido e em ordenar o prosseguimento dos autos.

Sem custas.

Évora, 17 de Abril de 2008