jurisprudência.pt

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 1760/14.7TMLSB-C.L1-8

Relator: TERESA PRAZERES PAIS
Sessão: 15 Outubro 2015
Número: RL
Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: IMPROCEDENTE

EFEITOS DO DIVÓRCIO

Sumário

- O preceituado no art. 1789º nº2 do CC apenas se aplica ao divórcio sem o consentimento do outro cônjuge.
(Sumário elaborado pela Relatora)

Texto Parcial

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa:

I-RELATÓRIO:

T... veio requerer que, em complemento da sentença de divórcio proferida a 28/11/2002, que declarou a dissolução do casamento que então mantinha com D..., se consigne agora que os efeitos do divórcio retroagem à data em que ocorreu a separação de facto do então casal, ou seja, ao dia 15/09/1994.

A tanto se opôs o ex-cônjuge.

****

Os factos apurados:

1. Em 10/07/2001, D... propôs acção contra T..., pedindo o decretamento do respectivo divórcio -fls. 2.
2. Invocou, entre outros fundamentos, que T... havia abandonado o lar conjugal em Setembro de 1994 -fls. 2.
3. Facto que T... afirmou ser verdadeiro e que concretizou corresponder a 15/09/1994 - fIs. 21.
4. Em 28/11/2002, data designada para a audiência de discussão e julgamento, as partes declararam pretender convolar os autos em divórcio por mútuo consentimento; fls. 167.
5. Nesse mesmo dia, foi determinada e convolação requerida.
6.Foi então dada sem efeito a audiência de discussão e julgamento, ordenada a realização da conferência e decretado o divórcio por mútuo consentimento - fls. 168.
7. Tal decisão transitou em julgado.

****

A final foi proferida esta decisão:

" Em face do exposto e por aplicação das mencionadas normas jurídicas:
1. julgo improcedente o presente incidente.
2. não declaro que o divórcio entre as partes retroage os seus efeitos em matéria de relações patrimoniais, 015/09/1994. "

****

É esta decisão que a apelante impugna, formulando estas conclusões:

a) O presente recurso vem interposto da sentença que declarou improcedente o incidente em que a Recorrente peticionou a retroacção dos efeitos do divórcio à data da separação de facto, em concreto, 15 de Setembro de 1994.
b) O tribunal ad quo julgou improcedente tal incidente porquanto considera que «[...] necessário se torna que a data da cessação da coabitação haja ficado fixada na sentença, como facto provado, o que não sucedeu».
c) Considerando que será de aplicar «[...] a regra geral prevista no artigo 1789.º/1 do CC, que é a de considerar, para efeitos das relações patrimoniais entre os ex- cônjuges, a data da propositura da corresponde acção de divórcio».
d) Com o devido respeito e salvo melhor opinião, como melhor infra se demonstrará, não tem razão o tribunal ad quo, não colhendo a tese que

prosseguiu, porquanto não interpretou correctamente a norma aqui em causa - diga-se o n.º 2 do artigo 1789.º do Código Civil - e não considerou tudo quanto seria necessário a uma correcta e justa decisão do incidente em causa, mormente, os mais elementares princípios e direitos constitucionais, como se passa a explicar.

e) O n.º 2 do artigo 1789.º do CC estabelece que é possível requerer que os efeitos do divórcio retroajam à data em que começou a separação de facto.

f) Para que os efeitos patrimoniais do divórcio retroajam à data em que ocorreu a separação de facto é necessário que isso seja requerido por qualquer das partes.

g) O que veio agora a suceder através do incidente suscitado pela ora Recorrente, não tendo o tribunal ad quo dúvidas quanto à tempestividade de tal incidente, uma vez que, na senda da jurisprudência maioritária, entendeu, e bem, que tal pedido pode ser efectuado após trânsito em julgado da sentença que decretou o divórcio.

h) No entanto, o tribunal ad quo interpreta o n.º 2 do artigo 1789.º do CC e no sentido de que para que tal pedido seja atendido é necessário que a data da cessação da coabitação haja ficado sempre fixada na sentença, como facto provado, limitando esta possibilidade aos casos de divórcio litigioso.

i) Contudo, entendemos que o n.º 2 do artigo 1789.º deverá ser interpretado no sentido de que a exigência de que fique fixada na sentença a data em que ocorreu a separação de facto apenas se aplica aos casos de divórcio litigioso, nos divórcios por mútuo consentimento é possível prescindir de tal exigência, bastando que no processo fique demonstrada a separação de facto.

j) O que exige a norma é que a separação de facto entre os cônjuges esteja provada no processo,

k) Nem sequer se especificando por qual meio se faz tal prova, razão pela qual deverá ser admitido qualquer meio de prova.

I) A exigência de que fique fixada na sentença a data em que ocorreu a separação de facto terá que ser objecto de dois reparos.

m) Por um lado, não determina a norma que sentença está em causa, pelo que tanto pode ser a sentença que decreta o divórcio, como pode ser a própria sentença que venha a fixar a retroacção dos efeitos do divórcio.

n) Faz mais sentido que seja na sentença que determina a retroacção dos efeitos do divórcio, pois é nesta sentença que a fixação de tal data produzirá qualquer efeito.

o) Por outro lado, o n.º 2 do artigo 1789.º do CC terá sempre que, nos termos do n.º 1 do artigo 9.º do CC, ser objecto de interpretação no sentido de que a exigência de que fique fixada na sentença a data em que ocorreu a separação de facto apenas se aplica aos casos de divórcio litigioso, em que o mesmo é

fixado por sentença judicial.
p) E já não aos casos em que o divórcio ocorre por via consensual, diga-se, nos casos de divórcio por mútuo consentimento, uma vez que, atenta a sua actual regulamentação, não raras vezes, o divórcio por mútuo consentimento é decretado sem necessidade de sentença judicial.
q) Ao exigir-se que seja a sentença que decreta o divórcio a fixar a data em que ocorreu a separação de facto ou, mais ainda, ao exigir-se que tal data seja sempre fixada por sentença, estar-se-ia a arredar daqueles que se divorciam por mútuo consentimento a possibilidade de fazer retroagir os efeitos patrimoniais do divórcio à data em que ocorreu a separação de facto.
r) Não terá sido, nem pode ser, esta a vontade do legislador.
s) Não podemos olvidar que o n.º 1 do artigo 9.º do CC estabelece que a interpretação não se pode cingir à letra da lei, é necessário ter em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.
t) Fazendo apelo a todas estas exigências será possível constatar que a interpretação do n.º 2 do artigo 1789.º do CC não se pode limitar a uma interpretação literal.
u) A interpretação dada ao n.º 2 do artigo 1789.º do CC pelo tribunal ad quo arreda de todos quantos se divorciem por mútuo consentimento a possibilidade de verem os efeitos patrimoniais do divórcio retroactivamente fixados à data em que ocorreu a separação de facto, o que não corresponde à vontade que o legislador terá tido.
v) Temos desde logo que ter em consideração o elemento sistemático da norma.
w) O artigo 1789.º do CC faz parte da Subsecção IV - efeitos do divórcio =, da Secção I - divórcio - do Capítulo XII - divórcio e separação judicial de pessoas e bens - do Título" - do casamento - do Livro IV - da família - do Código Civil.
x) Encontra-se inserido na secção que estabelece o regime legal do divórcio, numa subsecção que se destina a disciplinar os seus efeitos, imediatamente depois das subsecções que regulamentam quer o divórcio por mútuo consentimento, quer o divórcio litigioso.
y) Se a vontade do legislador fosse limitar a possibilidade de requerer a retroacção dos efeitos patrimoniais do divórcio aos casos em que este acontece de forma litigiosa teria incluído a norma em questão na subsecção relativa ao divórcio litigioso,
z) Ou, optando ainda por incluí-Ia na subsecção relativa aos efeitos do divórcio teria feito a ressalva de que tal disposição seria apenas aplicável aos divórcios litigiosos.

aa) Não se pode aceitar que constando esta norma da subsecção relativa aos efeitos do divórcio em geral, independentemente do modo pelo qual tenha ocorrido, venha o julgador fazer essa exclusão, sem qualquer motivo justificativo.
bb) Uma interpretação como a proposta pelo julgador, no sentido de que apenas é possível a fixação da retroacção dos efeitos patrimoniais do divórcio nos casos em que este acontece de forma litigiosa, como que impõe às partes a obrigatoriedade de recurso à via litigiosa de divórcio, sob prejuízo de ficar precludida a faculdade conferida no n.º 2 do artigo 1789.º do cc.
cc) O que não se compreende, ainda para mais estando nós numa época em que claramente se privilegia a resolução consensual de litígios.
dd) Na interpretação da lei/ o intérprete deve atender às condições específicas do tempo em que essa lei é aplicada/ pelo que também por aqui não se compreende a interpretação dada pelo tribunal ad quo à norma em causa.
ee) A ratio legis do n.º 2 do artigo 1789.º do CC é permitir que/ independentemente da via pela qual ocorreu o divórcio/ os ex-cônjuges possam ver os efeitos patrimoniais do divórcio retroagidos à data em que ocorreu a separação de facto.
ff) O direito de contrair casamento/ consagrado no n.º 1 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa/ encontra o seu reverso no direito de divórcio/ plasmado no n.º 2 desse mesmo artigo 36.º da CRP.
gg) A interpretação dada pelo tribunal ad quo no sentido de que apenas nos divórcios litigiosos será possível fazer retroagir os efeitos do divórcio à data da separação de facto/ condiciona a livre escolha da modalidade de divórcio pretendida.
hh) A decisão do tribunal ad quo viola o direito constitucional ao divórcio/ na medida em que impõe a «opção» pelo divórcio litigioso/ obrigando ao recurso à vida judicial ainda que as partes estejam de acordo no divórcio.
ii) A interpretação dada pelo tribunal ad quo esbarra/ ainda/ com o direito ao desenvolvimento da personalidade/ constitucionalmente consagrado no n.ºl do artigo 26.º da CRP/
jj) A decisão do tribunal ad quo está em desrespeito para com o princípio da igualdade/ constitucionalmente consagrado no artigo 13.º da CRP.
kk) É na vertente de proibição de arbítrio que a decisão do tribunal ad quo contende com o princípio da igualdade/ ao diferenciar os divorciados por mútuo consentimento, dos litigiosamente divorciados, causando aos primeiros um prejuízo injustificado, uma vez que a estes não lhes é permitido ver os efeitos patrimoniais do divórcio reconhecidos à data em que ocorreu a separação de facto.

II) A separação de facto encontra-se demonstrada no processo de divórcio, reportada a Setembro de 1994, em concreto, a 15 de Setembro de 1994.

mm) Recorrente e Recorrido concordam que a separação de facto ocorreu a 15 de Setembro de 1994, tanto que assim o invocaram na petição inicia" na contestação e na contestação do pedido reconvencional que juntaram aos autos de processo de divórcio litigioso.
nn) Na própria audiência de julgamento de divórcio litigioso declararam as partes que não existe casa de morada de família o que é mais um indício da separação de facto do então casal e de que a existência de separação de facto não levantava qualquer divergência entre os mesmos.
oo) Na contestação apresentada nos autos de divórcio litigioso, a aqui Recorrente concluiu peticionando a retroacção dos efeitos do divórcio a 15 de Setembro de 1994, data em que teve início a separação de facto do então casal.
pp) Facto que, na altura, foi desconsiderado atenta a convolação do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento.
qq) Não pode a Recorrente ser aqui prejudicada quanto aos efeitos patrimoniais do divórcio apenas porque concordou na decisão de se divorciar por mútuo consentimento,
rr) Ainda que se entenda que estamos na presença de direitos indisponíveis, a verdade é que resulta dos autos, não havendo divergência entre as partes, que ocorreu a separação de facto em Setembro de 1994.
ss) Pelo que tal facto não pode, pura e simplesmente, ser desconsiderado pelo tribunal, devendo antes ser livremente apreciado.
tt) Não existe qualquer razão que justifique que uma verdade processual seja superior à verdade que as partes quiseram nos articulados.
uu) Não é aceitável que uma qualquer exigência de forma seja mais importante e prevaleça sobre a verdade material e a justiça.
vv) Assim, e correctamente interpretado o n.º 2 do artigo 1789.º do CC estão reunidos todos os pressupostos para que seja fixada a retroacção dos efeitos do divórcio à data em que ocorreu a separação de facto, sob prejuízo de se encontrarem violados os mais elementares princípios e direitos constitucionais

****
O apelado contra-alegou, pugnando pela improcedência da apelação.

****

A questão colocada e que este tribunal deve decidir, nos termos dos artigos

663º nº 2, 608º nº 2, 635º nº 4 e 639º nºs 1 e 2 do novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 41/2013, de 26 de Junho, aplicável por força do seu artigo 5º nº 1, em vigor desde 1 de Setembro de 2013, consiste em saber se o n.º 2 do artigo 1789.º deverá ser interpretado no sentido de que a exigência de que fique fixada na sentença a data em que ocorreu a separação de facto apenas se aplica aos casos de divórcio litigioso, ou também aos divórcios por mútuo consentimento,bastando que no processo fique demonstrada a separação de facto.

Os efeitos do divórcio produzem-se, em regra, a partir do trânsito em julgado da sentença (art.º 1789º, n.º 1 1.ª parte do Cód. Civil).

Mas este princípio, comporta excepções:

- nos termos do art.º 1789º, n.º 1 2.ª parte , os efeitos do divórcio retrotraem-se à data da propositura da acção, quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges. Com esta excepção ao princípio geral proclamado na 1.ª parte do n.º 1 do mesmo artigo, visa-se evitar que um dos cônjuges seja prejudicado pelos actos de insensatez, de prodigalidade ou de pura vingança, que o outro venha a praticar, desde a propositura sobre os valores do património comum.

A outra excepção ao princípio geral da eficácia constitutiva da sentença de divórcio é a prevista no n.º 2 do art.º 1789º. Segundo ela os efeitos do divórcio - patrimoniais e não só retrotraem-se à data fixada na sentença em que a coabitação cessou.

Tal sucederá quando a falta de coabitação estiver provada no processo, e um dos cônjuges requeira a retroacção dos efeitos da dissolução à data em que haja cessado a coabitação conjugal.

Os Profs Miguel Teixeira de Sousa e Pereira Coelho,respectivamente em" O Regime Jurídico do Divórcio", ibidem, pág. 105; Francisco Pereira Coelho, "Curso de Direito de Família", Vol. I, 2.ª Ed., Coimbra Editora – 2001, pág. 657 sustentaram que hipótese nunca se verificará em relação ao divórcio por mútuo consentimento.

Por isso, bem se argumentava que esta faculdade prevista no n.º 2 do art.º 1789º , visava proteger o cônjuge inocente ou não principal culpado, afastando, por exemplo, a comunicabilidade de um bem adquirido por esse cônjuge antes da acção divórcio, mas depois de ter cessado a coabitação. O

cônjuge declarado único ou principal culpado não pode servir-se desta faculdade.

Na verdade, a redação anterior à Lei nº 61/2008 de 31-10 a redacção do nº2 do art.º 1789 era esta:

"2. *Se a falta de coabitação entre os cônjuges estiver provada no processo, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio se retrotraiam à data, que a sentença fixará, em que a coabitação tenha cessado por culpa exclusiva ou predominante do outro".*

No entanto, a Lei nº 61/2008 de 31-10 dá ao preceito esta redacção:

"…2 - Se a separação de facto entre os cônjuges estiver provada no processo, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio retroajam à data, que a sentença fixará, em que a separação tenha começado. "

Precisamente em consonância com o preceituado no art.º 1773 que estabelece as modalidades do divórcio, entre as quais o divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges, com algum dos fundamentos previstos no art.º 1781.

Ora, entre esses fundamentos está prevista a cessação da coabitação, por via da separação de facto e da noção de ausência.
Daí que esta data tenha de ser fixada apenas no processo de divórcio e, neste, apenas na sua modalidade de litigioso, que não já na de consensual; Isto porque se exige a prova da separação de facto – antes daquela lei apenas falta de coabitação - o que apenas se compagina com o próprio processo de divórcio litigioso.

Na modalidade de divórcio por mútuo consentimento não está em causa a alegação ou prova de qualquer facto que impeça a vida comum. Os cônjuges reservam para si a intimidade e a privacidade do interagir das suas relações matrimoniais.

Logo, não está em causa a data da separação, ou seja, esta é de todo irrelevante. Por isso, como querer que nesta modalidade de divórcio se faça retroagir os efeitos do divórcio como sucede com o divórcio litigioso/ sem consentimento do outro cônjuge?

Ora, precisamente porque estamos perante diversas modalidades de divórcio

,com fundamentos bem diversos, é que a conclusão de que no divórcio por mútuo consentimento há uma “privação de fazer retroagir os efeitos” , tal como sucede na outra modalidade ,não faz sentido; é que estamos mesmo perante realidades sociais diversas que obtém também soluções jurídicas diversas.

Daí que também não faça sentido alegar qualquer discricionariedade inconstitucional ; situações sociais diversas tuteladas por diferentes soluções jurídicas.

E não se invoque a analogia (art.º 10) porquanto o nº1 do art.º 1789 foca-se na dissolução do casamento por mútuo consentimento.

Admitimos de “jure constituendo“ que a solução preconizada pela apelante tenha acolhimento legal, por se nos afigurar que estando em causa a dissolução do casamento, nas duas modalidades, os seus efeitos ,incluindo o aspecto que tratamos , possam ser regulados de uma maneira uniforme ; no divórcio de mútuo consentimento bastava que ambos os cônjuges publicitassem essa circunstância para datação dos efeitos e a sentença exarasse tal facto.

Porém, os contornos legais, por agora, são os já definidos.

****
Termos em que improcedem todas as conclusões:

****

Síntese: O preceituado no art.º 1789 nº2 do CC apenas se aplica ao divórcio sem o consentimento do outro cônjuge.

****

Pelo exposto, acordam em julgar a apelação improcedente e confirmam a decisão impugnada.
Custas pela apelante.

Lisboa, 15/10/2015

Teresa Prazeres Pais
Octávia Viegas
Rui da Ponte Gomes