

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 9139/09.6TCLRS.L1-7

Relator: LUÍS LAMEIRAS

Sessão: 15 Maio 2012

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: IMPROCEDENTE

ACÇÃO DE DIVÓRCIO

SEPARAÇÃO DE FACTO

Sumário

I - O fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges consistente na separação de facto por um ano consecutivo, supõe que, durante esse período de tempo, não exista comunhão de vida entre os cônjuges (elemento objectivo) e haja da parte de pelo menos um deles o propósito de a não restabelecer (elemento subjectivo) (artigos 1781º, alínea a), e 1782º do Código Civil);

II - A situação de facto, que permita preencher esses pressupostos jurídicos e gerar o direito potestativo à dissolução do casamento, deve achar-se consolidada na data em que seja interposta a respectiva acção;

III - Carrega sobre o cônjuge autor o ónus da prova da verificação desses factos, assim consolidados, naquela data; desaproveitando-lhe a dúvida (artigos 342º, nº 1, do Código Civil, e 516º, do Código de Processo Civil). (Sumário do Relator)

Texto Integral

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa:

I - Relatório

1.

1.1. A... propôs em *24 de Novembro de 2009* acção de divórcio sem consentimento do outro cônjuge contra B..., pedindo que fosse decretado o divórcio e, em consequência, dissolvido o casamento que o une à ré.

Alegou, em síntese, o comportamento conflituoso e hostil da esposa

bem como as suas constantes cedências na promoção da harmonia familiar; que nos anos de 1984, de 1995 /96 e, mais recentemente, em Janeiro de 2009, sofreu acidentes de trabalho e suportou lesões, que a ré encarou (em todas as situações) sempre com frieza e indiferença. Que a ré manipula os filhos do casal contra o pai. Que o ameaça de agressão e de morte. Além disso, que a hostilidade da ré levou à inexistência de qualquer relação com familiares. E, por fim, que o casal, vivendo na mesma casa, não partilha a mesa, nem a cama, e mora em andares separados dela, desde Fevereiro de 2008. A ré vem violando os deveres conjugais de assistência, cooperação, respeito e débito conjugal. Em suma, há uma absoluta impossibilidade de se vir a manter alguma vida em comum.

1.2. Realizou-se tentativa de conciliação dos cônjuges; que se frustrou.

A ré apresentou contestação. Disse, em suma, que os factos alegados pelo autor não são verdadeiros; que, portanto, não existe qualquer fundamento que lhe seja imputável, e com virtualidade de poder dissolver o casamento.

2. A instância declaratória desenvolveu-se.

Foi proferida sentença final, em 19 de Setembro de 2011; a qual julgou a acção improcedente e absolveu a ré do pedido; constando nela, além do mais, os seguintes trechos:

« (...)

... face ao que ficou provado e na ausência de qualquer outro facto (cuja prova incumbia ao autor ...), resta concluir que ficou por provar que a ré tenha praticado (por acção ou omissão) qualquer facto que consubstancie a violação de deveres conjugais, bem como, que ficou por provar a existência de factos que mostrem a ruptura definitiva do casamento.

Por outro lado, ..., não se verifica a previsão dos artigos 1781º, alínea a), e 1782º, nº 1, do Código Civil, ou seja, a ocorrência de ruptura da vida em comum, própria do estado de casado (...) pelo período de tempo que a lei prevê: um ano consecutivo.

Na verdade, *in casu*, a separação de facto existente entre autor e ré verifica-se há menos de um ano consecutivo (...) atendendo à data relevante para o efeito: 24 de Novembro de 2009 (data de instauração desta acção ...), pelo que, não se encontra preenchido o requisito exigido no citado preceito legal, não podendo, pois, a presente acção proceder com este fundamento.

(...) »

3.

3.1. O autor inconformou-se e interpôs recurso de apelação; permitindo, as suas *alegações de recurso*, formular estas *sínteses conclusivas*:

- i. Entre apelante e apelada deixou de existir, faz algum tempo, uma união típica do casamento; ambos odeiam-se e ameaçam-se de morte com frequência;
- ii. Há verdadeira ruptura da vida conjugal, em cuja base se encontra a falta de afecto recíproco, de respeito, de consideração, de solidariedade e de cooperação;
- iii. Apelante e apelada não coabitam, não dormem na mesma cama, nem tomam as refeições juntos, pelo menos, desde 2009;
- iv. O apelante tem vontade firme de se divorciar da apelada;
- v. À data da prolação da sentença, havia decorrido mais de um ano sobre a data da separação do casal; logo, o tribunal “a quo” devia ter decretado o divórcio com base nessa separação, desde 2009;
- vi. A violação dos deveres conjugais é inequívoca e irreversível;
- vii. A ruptura da vida conjugal, que se mostra, é grave e constitui fundamento de divórcio (artigo 1781º, alíneas a) e d), do Código Civil);
- viii. Em suma, a sentença apelada deve ser alterada e o divórcio decretado.

3.2. A ré respondeu; propugnando o acerto da sentença.

4. *Delimitação do objecto do recurso.*

Sempre vimos entendendo que o segmento dispositivo da sentença que seja desfavorável ao recorrente circunscreve o objecto do recurso; que depois aquele, ao alegar, ainda pode restringir (artigo 684º, nº 2, final, e nº 3, do Código de Processo Civil).

Na hipótese dos autos é intuitivo o assunto decidendo.

Trata-se de apurar, no quadro dos factos provados, se está enquadrado algum fundamento que permita o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges; e, em particular, o estabelecido no artigo 1781º, alínea a), do Código Civil.

Vejamos então.

II - Fundamentos

1. É a seguinte a *matéria de facto* que foi dada como provada pelo tribunal “a quo”:

- i. A(...) e B(...) contraíram casamento católico, sem convenção antenupcial, um com o outro, no dia 21 de Maio de 1977 (*doc fls. 24 a 25*) - alínea a) matéria assente.
- ii. Entre 1995 / 1996, o autor sofreu um acidente, tendo ficado ferido na perna - resposta ao quesito 1º da base instrutória.
- iii. Em data não concretamente determinada do ano de 2009, o autor teve um acidente de trabalho - resposta ao quesito 6º da base instrutória.
- iv. Nesta sequência, o autor sofreu de incapacidade profissional durante um período de tempo não concretamente determinado - resposta ao quesito 7º da base instrutória.
- v. Desde data não concretamente determinada do ano de 2009, autor e ré não dormem na mesma cama, não tomam as refeições juntos e moram em andares separados da mesma casa - resposta ao quesito 13º da base instrutória.

2. O mérito do recurso.

2.1. *Enquadramento preliminar*.

Estamos em contexto de divórcio litigioso ou, na terminologia da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro,^[1] de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges; cuja disciplina de direito material se contém, primordialmente e ao que mais aqui importa, nos artigos 1773º, nº 1, final, e nº 3, 1781º, 1782º e 1785º, todos do Código Civil.

Em particular, convirá acentuar que essa modalidade de dissolução do vínculo matrimonial se há-de fundamentar em alguma das *fatti specie* enumeradas no artigo 1781º; por conseguinte, há-de assentar em factos concretos que se revelem e que tenham a virtualidade de preencher qualquer uma de tais previsões normativas (artigo 1773º, nº 3, final). Por outro lado, que se trata de um direito potestativo, de índole extintiva, que se reconhecerá na esfera jurídica de qualquer dos cônjuges, e que um deles exercitará contra o outro (artigos 1773º, nº 3, início, e 1785º, nº 1); àquele que o exercitar competindo, precisamente, o encargo de convencer consistentemente dos mencionados factos, fundantes do divórcio, e sob pena de incorrer numa dúvida que lhe desaproveita (artigos 342º, nº 1, do Código Civil, e 516º do Código de Processo Civil).

2.2. *A hipótese concreta dos autos*.

Na hipótese dos autos é o cônjuge marido que acciona o cônjuge esposa, invocando factos que, do seu ponto vista, seriam constitutivos do florescimento, na sua esfera, do apontado direito potestativo, de natureza extintiva.

O desenrolar da causa e em particular a respectiva fase instrutória não foram, porém, no seu essencial, elucidativos ou convincentes concernentemente ao acervo de matéria que o autor alegara. As *respostas negativas* dadas aos *quesitos 2º a 5º e 8º a 12º*, e as *respostas restritivas* dadas aos *quesitos 1º, 6º e 7º*, todos *da base instrutória*, não são minimamente esclarecedoras; e, mesmo os segmentos apurados destas indicadas *respostas restritas* são inequivocamente inidóneos ao preenchimento de algum dos fundamentos do divórcio, tipificados no artigo 1781º. Donde, deste ponto de vista, irreconhecível o nascimento do direito.

Houve, contudo, um *outro quesito da base instrutória*, o 13º, que mereceu também uma resposta restrita.

Mas este a permitir intuir outras interrogações.

Esse *quesito* fôra obtido do alegado pelo autor no *artigo 53º da petição inicial*; e transposto para a *base instrutória* com a seguinte redacção:

« Desde Fevereiro de 2008, autor e ré não dormem na mesma cama, não tomam as refeições juntos e moram em andares separados da mesma casa? »

O *quesito* mereceu, após julgamento, a seguinte *resposta*:

« Provado que, desde data não concretamente determinada do ano de 2009, autor e ré não dormem na mesma cama, não tomam as refeições juntos e moram em andares separados da mesma casa. »

A equação possível de ser feita reporta-se ao confronto com o fundamento do divórcio que os artigos 1781º, alínea a), e 1782º, do Código Civil, tipificam; já que o facto fôra tido em conta na configuração da causa de pedir que o autor inicialmente fizera; e, agora, mereceu prova, pelo menos numa sua parte.

Estatui o primeiro dos artigos ser fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, a *separação de facto por um ano*

*consecutivo; explicando o segundo que se entende haver *separação de facto* quando *não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer.**

Quer isto dizer que a constituição da potestativa faculdade, com esta base de sustentação, supõe *factos concretos* que, por um lado, enquadrem a inexistência da comunhão de vida conjugal, *bem assim* a sua constância pelo período de um ano, e, por outro lado, revelem o propósito sério de, ao menos por um dos cônjuges, a não retomar ou restabelecer, *bem assim*, aqui também, a mesma constância do dito propósito pelo mesmo período do ano.

São as condições substanciais necessárias ao nascimento do direito.

As quais, em princípio, hão-de estar verificadas (por conseguinte, com o direito já gerado na esfera jurídica do cônjuge) quando o procedimento adjectivo, adequado ao exercício dele, seja desencadeado. E percebe-se que seja essa a situação natural. É por estar apetrechado com o direito potestativo, e a esfera jurídica do cônjuge réu subordinada a um estado de sujeição, que o cônjuge autor se permite interpor a respectiva acção, tendente à concernede exercitação e subsequente geração de todos os efeitos jurídicos que dessa são emergentes.

Na hipótese dos autos mostra-se que é desde uma *data indeterminada do ano de 2009* que *o casal não dorme na mesma cama, não toma as refeições junto e mora em andares separados da mesma casa.*

O que revela, e sem margem a dúvida, que *inexiste comunhão de vida* entre os cônjuges (artigo 1782º, início).

Porém; e quanto ao demais?

Os factos que os autos permitem vislumbrar são omissos relativamente ao propósito, da parte de algum ou de ambos os cônjuges, de não restabelecer a vida em comum (artigo 1782º, final). Cremos então que, neste particular, logo ocorre uma dúvida que inviabiliza a constituição do direito ao divórcio.

É verdade que já tem sido defendida a tese de que a interposição da acção de divórcio traduz, em si mesma, uma manifestação inequívoca do propósito de não reatamento da sociedade conjugal.^[2] Mas, notam FRANCISCO PE-REIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, é um ponto de vista que merece muitíssimas reservas; e, por isso, não aceitável, já que desconsidera a exigência normativa de que o propósito do cônjuge seja contemporâneo do início da separação e que a acompanhe; que constitua real

motivação sua.

Escrevem, por isso, aqueles autores:

“Só esse *animus* dá sentido ao *corpus* da separação. Só quando não exista comunhão de vida entre os cônjuges e haja da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não restabelecer a comunhão de vida, e quando aquela *situação* e este *propósito* se mantenham durante determinado prazo, é que a esperança de reconciliação se torna remota e o legislador deixa de acreditar nela, permitindo a qualquer dos cônjuges pedir o divórcio ...”. [3]

Em suma, acompanhamos este raciocínio, nos termos do qual a separação de facto, na génese do florescimento do direito ao divórcio, não pode dispensar o cônjuge autor de alegar e provar os factos reveladores desses dois elementos, o *objectivo* e o *subjectivo*, que a integram.

Por outro lado; mesmo quanto à apurada *inexistência da comunhão de vida* do casal, é equívoco o tempo da sua duração; que a lei exige ser de um *ano consecutivo*, para poder sustentar o direito ao divórcio. Sabe-se, na hipótese, que é desde o ano de 2009, mas apenas isso; o que é manifestamente pouco para constituir o *facto* necessário ao preenchimento da norma.

Como nota a sentença apelada, quando em *24 de Novembro de 2009* o cônjuge autor interpôs a acção de divórcio, e a fazer fé no *facto provado*, ainda a sua esfera não estava apetrechada com o direito potestativo (ao divórcio) que afirmou querer exercitar. E daí o motivo essencial da improcedência.

Ocorre é que, também neste particular, vozes ecoam no sentido de que na medida em que o referido período legal se complete já no decurso da acção ainda seja possível aproveitá-lo, como constitutivo do direito ao divórcio. [4] Mas sem razão, do nosso ponto de vista; como, maciçamente, a doutrina vem afirmando; [5] e, na sua esmagadora maioria, a jurisprudência vem decidindo. [6]

É decisivo nesta opção a consciência clara de que se está em face de uma disposição de natureza eminentemente substantiva; a lei quer salvaguardar um (certo) período de tempo (que considera) suficientemente lato; é aquele tempo que é tido por necessário ao amadurecimento e consolidação da situação de facto e que, depois, permite presumir, com força bastante, acerca da irreversibilidade do rompimento da comunhão conjugal. E neste quadro substantivo se compreende o exercício do direito, que assim se constitui, apenas quando já seja certo e esteja consolidado (substancialmente)

na esfera jurídica do autor. É, aliás, o que cremos intuir da própria letra da lei, na articulação dos artigos 1773º, nº 3, e 1781º, alínea a). Então, o completamento desse prazo (apenas) na pendência da acção interposta mostra-se irrelevante; e nem sequer pode ser atendido como *facto jurídico superveniente*, a coberto do artigo 663º, nº 1, do Código de Processo Civil; já que (precisamente) constitui, na nossa óptica, uma daquelas situações de ressalva que o próprio trecho normativo, no seu início, prevê.

O texto de ALBERTO DOS REIS é, neste particular, esclarecedor:

“Aqui temos um caso nítido em que a lei substancial obsta a que o facto superveniente exerça influência sobre o julgamento a proferir. O artigo (...) contém uma norma de natureza substancial; e tanto pela letra como pelo espírito da disposição é óbvio que os requisitos requeridos pelo artigo hão-de verificar-se no momento em que se apresenta ao tribunal o pedido de divórcio ou de separação. Logo, se não existirem nesse momento, o juiz tem de indeferir o pedido, pouco importando que existam à data da decisão”.^[7]

E nem a razoabilidade das coisas permite outra solução.

Aceitar que qualquer dos cônjuges possa, logo após a separação, inter-por a acção de divórcio com este fundamento, a contar já com a superveniência do prazo na pendência da instância para à data do encerramento da discussão poder beneficiar do enquadramento normativo (substantivo), não pode ser (com toda a certeza) a intenção e o espírito da lei.

Em suma, cremos que, nesta espécie, a *titularidade do direito a requerer o divórcio* traz consigo a *titularidade do direito ao divórcio*; não podendo aquela operar desacompanhada desta.

E assim; embora, na hipótese, à data do encerramento da discussão (em 17 de Maio de 2011),^[8] já se pudesse reconhecer a completude do ano subsequente à data incerta de 2009; o certo é que, à data da propositura da acção (24 de Novembro de 2009), seguramente que esse ano ainda não transcorrerá.

Em consequência, neste derradeiro momento ainda o cônjuge autor se não mostrava apetrechado com o direito (potestativo) de pedir o divórcio; nem o cônjuge esposa a essa faculdade sujeito. Donde, ser, nessa data, ineficaz o seu exercício. E, como bem decidiu a sentença apelada, improcedente a acção.

Por conseguinte, improcedendo, também por esta razão, a pretensão formulada no recurso de apelação interposto.

3. O apelante ficou vencido no recurso; as custas concernentes have-

riam de ser, por isso, da sua responsabilidade (artigo 446º, nº 1 e nº 2, do CPC). Entretanto, e porque beneficia do apoio judiciário na modalidade de *dispensa de taxa de justiça e demais encargos com o processo (fls. 126)*, carece de fundamento a sua condenação no respectivo pagamento (artigo 29º, nº 1, alínea d), do Regulamento das Custas Processuais, na redacção, aqui aplicável, dada pela Lei nº 7/2012, de 13 de Fevereiro).

4. Síntese conclusiva.

É a seguinte a *síntese conclusiva* que pode ser feita, a propósito do que fica de essencial quanto ao mérito do presente recurso:

I - O fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges consistente na separação de facto por um ano consecutivo, supõe que, durante esse período de tempo, não exista comunhão de vida entre os cônjuges (*elemento objectivo*) e haja da parte de pelo menos um deles o propósito de a não restabelecer (*elemento subjectivo*) (artigos 1781º, alínea a), e 1782º do Código Civil);

II - A situação de facto, que permita preencher esses pressupostos jurídicos e gerar o direito potestativo à dissolução do casamento, deve achar-se consolidada na data em que seja interposta a respectiva acção;

III - Carrega sobre o cônjuge autor o ónus da prova da verificação desses factos, assim consolidados, naquela data; desaproveitando-lhe a dúvida (artigos 342º, nº 1, do Código Civil, e 516º, do Código de Processo Civil).

III - Decisão

Pelo exposto, acordam os juízes deste Tribunal da Relação em *julgar a apelação improcedente e em confirmar a sentença recorrida*.

O apelante não suportará custas (por delas estar dispensado a coberto do apoio judiciário, e na modalidade que lhe foi concedida).

Lisboa, 15 de Maio de 2012

Luís Filipe Brites Lameiras
Jorge Manuel Roque Nogueira
José David Pimentel Marcos

[1] Diploma que alterou o *regime jurídico do divórcio*.

[2] Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Julho de 2001 e de 11 de Julho de 2006, ambos na Colectânea de Jurisprudência (STJ), respectivamente, IX-2-164 e XIV-2-157.

[3] “Curso de Direito da Família”, volume I (Introdução, Direito Matrimonial), 4ª edição, páginas 638 a 639, nota (75).

[4] Vejam-se os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Novembro de 2005, proc.º nº 05B2266, e de 6 de Março de 2007, proc.º nº 07A297, ambos em www.dgsi.pt.

[5] A coberto do regime pretérito, vejam-se Abel Pereira Delgado, “O Divórcio”, 1980, página 69, e Fernando Brandão Ferreira Pinto, “Causas do Divórcio”, 1980, página 122. No regime actual, veja-se Tomé d’Almeida Ramião, “O Divórcio e Questões Conexas (Regime Jurídico Actual)”, 2ª edição, páginas 67 a 68.

[6] Entre mais, vejam-se os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Outubro de 2006, proc.º nº 06B2898, da Relação de Lisboa de 10 de Fevereiro de 2011, proc.º nº 568/09.6TBMFR.L1-2, e da Relação do Porto de 14 de Junho de 2010, proc.º nº 318/09.7TBCHV.P1, de 15 de Março de 2011, proc.º nº 5496/09.2TBVFR.P1, e de 29 de Março de 2011, proc.º nº 1506/09.1TBOA2.P1, todos em www.dgsi.pt.

[7] “Código de Processo Civil anotado”, volume V (reimpressão, 1984), página 91.

[8] Esse momento parece coincidir com o do encerramento dos debates sobre a matéria de facto (artigos 652º, nº 3, alínea e), e 663º, nº 1, final do CPC); que nos autos ocorreu na data deixada indicada (v fls. 108 a 111).