

Proc. n° 145/2017

Relator: Cândido de Pinho

Data do acórdão: 01 Novembro 2017

Descritores:

- *Divórcio litigioso*
- *Prova testemunhal*
- *Livre convicção do tribunal*
- *Reparação de danos não patrimoniais*

SUMÁRIO:

- I. Quando a primeira instância forma a sua convicção com base num conjunto de elementos, entre os quais a prova testemunhal produzida, o tribunal “ad quem”, salvo erro grosseiro e visível que logo detecte na análise da prova, não deve interferir nela, sob pena de se transformar a instância de recurso numa nova instância de prova.
- II. É por isso, de resto, que a decisão de facto só pode ser modificada nos casos previstos no art. 629º do CPC” e que o tribunal de recurso não pode censurar a relevância e a credibilidade que, no quadro da imediação e da livre apreciação das provas, o tribunal recorrido atribuiu ao depoimento de testemunhas a cuja inquirição procedeu.
- III. O direito indemnizatório decorrente dos danos não patrimoniais a que se refere o art. 1647º do Código Civil são aqueles que decorrem da

dissolução do casamento em si mesma, não dos factos que possam ter estado na base do divórcio, tais como, por exemplo, agressões físicas e psicológicas, sofrimentos do cônjuge enjeitado, de “perda de face” auto-estima, etc..

Proc. n.º 145/2017

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da RAEM

I - Relatório

A, casada, de nacionalidade chinesa, titular do BIRNPM n.º 15XXXXX(X), residente em Macau XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, ----

Instaurou no TJB (Proc. n.º FM1-14-01234-CDL) veio intentar a presente acção de **Divórcio Litigioso** contra ----

B, casado, natural de Macau, de nacionalidade chinesa, titular do BIRPM n.º 51XXXXX(X), residente em Macau, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Concluiu a petição, pedindo que fosse decretado o divórcio entre a Autora e o Réu, por violação culposa deste dos deveres conjugais, declarando-se este o único culpado, ou, subsidiariamente, com fundamento de separação de facto, produzindo, em ambos os casos, a dissolução do casamento efeitos à data em que cessou a coabitação entre os cônjuges; e fosse o Réu condenado a pagar à Autora indemnização em valor não inferior a MOP\$1.000.000,00 por danos não patrimoniais.

*

O réu apresentou contestação, nela tendo deduzido reconvenção contra a autora, pedindo a anulação do casamento com fundamento no erro a que alude o art. 1509º do CC e, subsidiariamente, na violação dos deveres conjugais por parte da autora.

*

A autora requereu o depoimento de parte do réu a determinada matéria da Base Instrutória, o que foi indeferido pelo despacho de fls. 243 e verso.

*

Contra este despacho a **autora** apresentou recurso jurisdicional, em cujas alegações formulou as seguintes conclusões:

“1. Em causa, está o despacho de fls. 243 e segs. dos autos, que indeferiu o requerimento para que o Réu prestasse depoimento de parte relativamente aos quesitos 1.º, 2.º, 3.º, 22.º, 23.º, 24.º, 25.º, 26.º, 27.º, 28.º, 29.º, 30.º, 31.º, 32.º e 33.º da Base Instrutória;

2. Entendeu o Ilustre Tribunal *a quo* que não era aquele requerimento de admitir, por se tratar, entre outros argumentos, de confissão de factos relativos a direitos indisponíveis;

3. Não se conformando com aquela decisão, a Recorrente interpôs o presente recurso, por considerar que, muito embora um dos propósitos do depoimento de parte seja obter a confissão de um facto, o regime do depoimento de parte e da confissão não se podem confundir, existindo depoimento de parte para além da confissão;

4. O que decorre directamente dos imperativos legais que regulam a prestação de depoimento de parte e da confissão, e ainda, de doutrina jurisprudência vária;

5. O regime do depoimento de parte encontra-se regulado pelos artigos 477.º e seguintes do Código de Processo Civil;

6. Nos termos do disposto no mencionado artigo 477.º, o depoimento de parte pode ser prestado em qualquer fase do processo, a requerimento da parte ou por decisão do juiz;

7. Nos termos conjugados do disposto nos artigos 477.º e 479.º, o objecto do depoimento de parte serão quaisquer factos pessoais ou de que o depoente deva ter conhecimento, à excepção daqueles que consubstanciem factos criminosos ou torpes, e que interessem à boa decisão da causa;

8. Assim delimitado o objecto do depoimento de parte, da lei processual ou substantiva, não decorre que o depoimento de parte exista apenas quando diga respeito a factos em relação aos quais o depoente possa confessar;

9. Sendo que apenas relativamente à confissão é estipulado, no artigo 347.º do Código Civil, que a mesma não fará prova contra o confitente quando, entre outros, recaia sobre factos relativos a direitos indisponíveis;

10. Além disso, resulta do disposto no n.º 2 do artigo 478.º do Código de Processo Civil, quando conjugado com o n.º 1 do artigo 487.º do mesmo Código, que o depoimento de parte pode realizar-se sem que tenha por resultado a confissão, caso em que não tem de ser reduzido a escrito;

11. Tem assim de concluir-se pela possibilidade de ser tomado o depoimento de parte, ainda quando diga respeito a factos relativamente aos quais o depoente não possa confessar, caso em que, nos termos do disposto no artigo 354.º do Código Civil, vale como elemento probatório que o Tribunal apreciará livremente;

12. Decorre da lei que o depoimento de parte pode incidir sobre factos relativamente aos quais não é possível obter-se confissão, o que não pode é, ainda que o depoente reconheça a realidade de factos que lhe são desfavoráveis, atribuir-se a esse depoimento a força de confissão;

13. Está em causa apenas o valor probatório desse depoimento de parte, sendo que, no caso concreto, por não poder ter o efeito de confissão, não pode ter valor probatório pleno;

14. Não pode, no entanto, ser desconsiderado como elemento de prova, sujeito à livre apreciação do Tribunal, e que, conjugado com outros elementos de prova, serve o propósito de formar a sua convicção;

15. A confissão judicial é definida pelo disposto nos artigos 345.º, 347.º e 349.º do Código Civil, como o reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto que lhe é desfavorável e que favorece a parte contrária, quando feita em juízo, e que pode ser feita nos articulados, em qualquer acto do processo, ou

através de depoimento de parte;

16. Confissão e depoimento de parte são assim dois mecanismos cada um deles, independentemente do outro, e embora o depoimento de parte seja um meio de obter a confissão, pode haver depoimento de parte sem que tenha como resultado a confissão, assim como pode haver confissão sem ser através do depoimento de parte;

17. Com base no supra exposto, não devia o ilustre Tribunal a quo ter decidido como decidiu, indeferindo o requerimento da Autora, ora Recorrente, para que o Réu prestasse depoimento de parte, por se tratar de confissão de facto relativo a direito indisponível;

18. Ainda que respeitante a factos relativos a direitos indisponíveis, a lei não o proíbe, pelo que deve o depoimento de parte ser admitido, e prestado, sendo o seu valor probatório devidamente apreciado pelo Tribunal, contribuindo, em todo o caso, para, conjuntamente com a restante prova a apresentar, formar a convicção do Ilustre Tribunal;

19. Aquele depoimento de parte incide sobre factos pessoais, de que o Réu tem conhecimento, e que não consubstanciam factos criminosos ou torpes;

20. Com ele, a Recorrente pretende o esclarecimento de factos que interessam realmente à boa decisão da causa, e ainda que esse depoimento de parte leve o Réu a reconhecer a realidade de factos que lhe são desfavoráveis, correspondendo esses factos a direitos indisponíveis, a consequência legal é que desse depoimento não pode resultar a confissão, como prova plena, mas apenas um elemento de prova que, conjuntamente com outros meios de prova careados para os autos, será livremente apreciado pelo Ilustre Tribunal;

21. Abílio Neto, in Código de Processo Civil Anotado, da Ediforum - Edições Jurídicas, Lda., 19.^a Edição Actualizada, Setembro de 2007, a páginas 765, em comentário ao artigo 556.º do Código de Processo Civil Português, que, no seu n.º 1 é equivalente ao artigo 481.º do Código de Processo Civil de Macau, refere que “é já hoje lugar-comum a nota de que tanto ou mais do que o depoente diz vale o modo por que o diz e que as declarações contam, contam também as reticências, as hesitações, as reservas, enfim, a atitude e a conduta do declarante no acto do depoimento. Há, portanto, toda a conveniência em que o julgador assista ao depoimento e haja de avalia-lo a pequena distância da data em que foi produzido”;

22. O depoimento de parte requerido reveste de manifesta importância para a formação da convicção do Tribunal e apreciação da prova que venha a ser produzida;

23. No sentido do que ora resulta exposto, Abílio Neto, no supra identificado Código de Processo Civil Anotado refere que “*convirá marcar a distinção que existe entre o depoimento de parte e a confissão; aquele é só o meio de provocar esta, e assim, tal como pode haver depoimento sem haver confissão, também pode haver reconhecimento da realidade de factos desfavoráveis - sublinhado nosso - ao depoente e favoráveis à parte contrária, a que não possa atribuir-se eficácia confessória específica, **designadamente**, se o depoente não tiver a necessária capacidade jurídica para dispor do correspondente direito, esse reconhecimento só valerá, então, como elemento probatório, que o tribunal apreciará livremente, como dispõe o art. 361.º Cód. Civil*” - negrito nosso;

24. A páginas 762, Abílio Neto acrescenta ainda que “*o depoimento de parte constitui um meio técnico de provocar a confissão judicial, ou seja, o reconhecimento de factos favoráveis à parte contrária. Não obstante, esse tipo de depoimentos não impede que deles se possa socorrer o tribunal para melhor esclarecimento e apuramento da verdade, segundo livre apreciação dos mesmos, desde que conjugados com os demais meios probatórios*”;

25. E na página 767 acrescenta ainda que “*em acção de divórcio a confissão (expressa ou tácita) não vale como prova plena, devendo antes ser livremente valorada pelo tribunal*”;

26. Também no mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra proferido em 4 de Dezembro de 2011 no âmbito do processo 737/09.9T6AVR-B.C1, disponível em www.dgsi.com, refere que, “*muito embora o depoimento de parte seja o meio processual comumente previsto para provocar a confissão, nos termos dos artigos 352.º e seguintes do Código Civil e 552.º e seguintes do Código de Processo Civil, nem as normas do Código Civil, nem as do Código de Processo Civil obstam a que, nos casos em que a acção versa sobre direitos indisponíveis, uma parte requeira o depoimento de parte da outra. O depoimento prestado será ineficaz como confissão, mas pode ser avaliado livremente pelo juiz, nos termos do artigo 361.º do Código Civil*”;

27. O depoimento de parte requerido incide sobre factos pessoais de que o Réu tem conhecimento e que não consubstanciam factos criminosos ou torpes, e, com ele, a Recorrente pretende o esclarecimento de factos que interessam realmente à boa decisão da causa, e ainda que o Réu reconheça a realidade de factos que lhe são desfavoráveis, o que, não sendo valorado como confissão, contribuirá, conjuntamente com outros meios de prova careados para os autos, para a formação da convicção do Ilustre Tribunal.

Nestes termos e nos demais de direito, deve ser dado provimento ao presente recurso, alterando-se a decisão recorrida, admitindo-se o depoimento de parte do Réu, nos termos requeridos pela Autora, ora Recorrente, fazendo, mais uma vez, V. Exas. a

costumada e habitual JUSTIÇA.”

*

Não houve resposta a este recurso.

*

Foi proferida sentença, que decretou o divórcio entre autora e réu, declarando-se este o único e exclusivo culpado, que absolveu o réu do pedido de indemnização formulado pela autora e que absolveu a autora do pedido reconvenicional (de anulação do casamento) formulado pelo réu.

*

A autora, inconformada com esta sentença dela recorre, formulando nas respectivas alegações as seguintes conclusões:

“A. o douto Tribunal a quo julgou não provados os seguintes factos:

“A A. Sempre foi uma esposa exemplar e dedicada, tendo sempre promovido e privilegiado, com a sua conduta, a estabilidade do lar conjugal e o bem estar do “marido R.”;

“Aos 28 anos, abandonada pelo marido, a A. Vê-se colocada numa situação pouco grata numa sociedade tradicional em que, o divórcio é infamante, especialmente para mulheres bem formadas e com assinalável consciência social, como é o caso da A.”;

“A A. Aos 28 anos, provavelmente perdeu já a oportunidade de reconstruir uma família como a maioria das pessoas deseja, e que a A. Sempre ambicionou”;

“A dissolução do casamento é causa de grande desgosto para a A.”;

“O R. destruiu tudo o equilíbrio que existia na vida familiar da A.”.

B. No entanto, o Recorrente entende, salvo o respeito devido, que o douto Tribunal a quo não valorou adequadamente a prova testemunhal e documental (relatório do Instituto de Acção Social de Macau a fls. 273 e segs.) produzida em sede de audiência de discussão e julgamento quanto à matéria de facto em causa, cuja reapreciação ora se requer.

C. Considerando o depoimento das testemunhas XXX, XXX, XXX eXXX, bem como o Relatório do Instituto de Acção Social de Macau a fls. 273 dos autos, verifica-se que os referidos quesitos da Base Instrutória deviam ter sido dado por provados, contudo não o foram.

D. Consequentemente, a decisão do douto Tribunal *a quo* sobre essa parte da Base Instrutória deve ser alterada e, nessa sequência, serem julgados provados os artigos 35.º, 36.º, 37.º, 38.º-A e 38.º-B da Base Instrutória, cuja reapreciação se requer.

E. Os factos já dados por provados, bem como dos que ora se pretende ver reapreciados (acima referidos), evidenciam que a Ré sofre danos morais graves pela dissolução do casamento e como tal dignos de serem tutelados juridicamente, sob o aval do artigo 1647.º do Código Civil e do n.º 1 e n.3 do art.º 489.º do CC.

F. Ora, o sofrimento causado pela dissolução do casamento não é, em si, quantificável, mas não é menos certo que a justiça e a equidade impõem que o ora Réu, único culpado, seja condenado a reparar os danos não patrimoniais a que deu causa.

G. Danos esses que deverão ser computados em montante nunca inferior a MOP1.000.000,00 (um milhão de patacas).

H. Nos termos do artigo 1647.º do Código Civil:

“1. O cônjuge declarado único culpado ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento na alínea c) do art.º 1637.º devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento.

2. O pedido de indemnização deve ser deduzido da própria acção de divórcio”.

I. Se considerarmos provada a matéria dos quesitos acabados de enumerar, verifica-se que se encontram preenchidos os pressupostos previstos nesse art.º 1647.º do CC para a decisão sobre o pedido da indemnização.

J. Nos termos do n.º 1 e n.º 3 do art.º 489.º do Código Civil:

(n.º 2) “*Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.*”;

(n.º 3) “*O montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no art.º 487.º (...)*”.

K. Podendo, como tal, com recurso ao disposto no acabado de referir n.º 1 do art.º 489.º do CC, fixar-se uma indemnização a atribuir à Autora.

L. Ao decidir pela improcedência do pedido de indemnização da Autora, a douta sentença do Tribunal a quo viola o artigo 1647.º e, consequentemente, do n.º 1 e n.º 3 do art.º 489.º, ambos do Código Civil, devendo, como tal, ser revogada.

Nestes termos, e nos mais de Direito aplicáveis, deve o presente recurso ser julgado procedente, sendo, em consequência, revogada a douta decisão de fls. 394 a 406, ora recorrida, por violar o artigo 1647.º e o n.º 1 e n.º 3 do art.º 489.º, ambos do Código Civil, e substituída por outra que após a reapreciação da prova requerida, julgue procedente, por provado, os factos constantes nos artigos 35.º, 36.º, 37.º, 38.º-A e 38.º-B da Base Instrutória o pedido de indemnização, fixando, também, consequentemente, V. Exas., o valor da indemnização.

assim se fazendo a costumada **JUSTIÇA!**”

*

O réu da acção, respondeu ao recurso formulando as seguintes conclusões alegatórias:

“I. Os referenciados excertos dos depoimentos das testemunhas, por não resultarem de uma percepção directa dos factos, mas de “um ouvir dizer” da parte interessada na sua prova ou de generalizações inadmissíveis do que entendem ocorrer ou poder ocorrer a uma mulher divorciada de 30 anos em Macau ou versarem sobre o “desgosto” ou “sofrimento” da A. relativamente a determinados factos que ocorreram entre A. e R. anteriormente à propositura desta acção de divórcio, não têm a susceptibilidade de poder alterar as respostas à matéria de facto dadas pelos julgadores, que, designadamente em relação à prova por inquirição de testemunhas, a apreciam livremente, decidindo segundo a sua prudente

convicção sobre cada facto, havendo os mesmos, de forma exaustiva e cuidada, expresso na fundamentação as razões que os haviam determinado a dar como não provados os factos relativos à ocorrência de “sofrimento” e “desgosto” da A. com a futura dissolução do casamento - entendimento diverso faria indevida interpretação e aplicação do art. 558.º, n.º 1, do CPC.

II. Aliás sendo tais factos constitutivos do direito da Autora a uma indemnização por danos não patrimoniais incumbia sobre si o ónus da sua prova - entendimento diverso faria indevida interpretação e aplicação do art. 335.º, n.º 1, do CPC.

Termos em que,

Deve ser integralmente mantida a decisão proferida pelo Tribunal “a quo”, com o que fará

A HABITUAL E INTEGRAL JUSTIÇA!”

*

Cumpre decidir.

II – Os Factos

A sentença deu por provada a seguinte factualidade:

“Da Matéria de Facto Assente:

- A A. e o R. contraíram casamento na República Popular da China, sem convenção antenupcial, em 22 de Janeiro de 2009 (cfr. Doc. n.º junto com P.I.) (*alínea A dos factos assentes*).
- A fracção autónoma situada na XXXXXX, Taipa é a propriedade da sociedade Companhia XXXX, Limitada (*alínea B dos factos assentes*).

Da Base Instrutória:

- Após o casamento, a Autora e o Réu estabeleceram a residência familiar em Macau (*resposta ao quesito da 1º da base instrutória*).

- Em data não apurada de 2012, a Autora e o Réu a viver a fracção autónoma referida em B) dos factos assentes, que aí constituía a casa de morada de família (*resposta ao quesito da 2º da base instrutória*).

- Pelo menos, em meados do ano 2013, a relação entre Autora e Réu começou a deteriorar-se (*resposta ao quesito da 3º da base instrutória*).

- Em Agosto de 2013, quando a Autora regressou à sua casa de morada de família depois da uma viagem à terra natal, não encontrou o Réu em casa, mas sim uma amiga do casal a cozinhar (*resposta ao quesito da 19º da base instrutória*).

- Em data não apurada mas necessariamente antes de Dezembro de 2013, o Réu deixou de viver na fracção autónoma referida em B) dos factos assentes (*resposta ao quesito da 22º da base instrutória*).

- Desde essa data, a Autora e o Réu deixaram de viver como casal e de partilhar a essa fracção autónoma (*resposta ao quesito da 23º da base instrutória*).

- Não se acompanham, onde quer que seja, não falam, nem partilham o mesmo leito (*resposta ao quesito da 24º da base instrutória*).

- No dia 12 de Maio de 2014, a Autora saiu da fracção autónoma referida

em B) dos factos assentes, onde continuou a residir, para ir trabalhar (*resposta ao quesito da 25º da base instrutória*).

- Quando regressou do trabalho, cerca das 17h00, a Autora não conseguiu entrar na fracção autónoma referida em B) dos factos assentes cuja fechadura foi mudada pelo Réu (*resposta ao quesito da 26º da base instrutória*).

- A Autora encontrou no átrio do rés-do-chão do edifício alguns sacos, onde tinham sido colocados os seus bens pessoais (*resposta ao quesito da 30º da base instrutória*).

- Quando a Autora insistiu junto do Réu para a deixar entrar na fracção autónoma referida em B) dos factos assentes para reaver os seus bens pessoais que alegava estar ainda dentro da fracção autónoma, o Réu recusou (*resposta ao quesito da 31º da base instrutória*).

- Com a mudança da fechadura, a Autora não conseguiu mais entrar na fracção autónoma referida em B) dos factos assentes, razão por que ficou numa situação angustiante e sem local onde viver (*resposta ao quesito da 32º da base instrutória*).

- A Autora tem a seu cargo o pai, a avó paterna e o avô materno que se encontram na China (*resposta ao quesito da 32ºA da base instrutória*).

- A Autora não tem outros familiares a residir em Macau, com a ajuda de algumas amigas, a Autora conseguiu ultrapassar, temporariamente, a questão de abrigo (*resposta ao quesito da 32ºC da base instrutória*).

- O Réu impediu que a Autora pudesse voltar na fracção autónoma referida em B) dos factos assentes e não mostrou qualquer intenção de retomar a vida em comum com a Autora (*resposta ao quesito da 33º da base instrutória*).
- Na sequência dos factos referidos nas respostas aos quesitos 26º e 30º a 31º, a Autora não mais tem o propósito de a restabelecer (*resposta ao quesito da 34º da base instrutória*).
- A Autora e o Réu conheceram-se em Macau, em 2008, tendo começado a namorar neste ano (*resposta ao quesito da 38º da base instrutória*).
- O Réu trabalhava como professor (*resposta ao quesito da 47º da base instrutória*).
- O pai do Réu, XXX, permitiu que a Autora e o Réu ficassem a residir na fracção autónoma referida em B) dos factos assentes (*resposta ao quesito da 61º da base instrutória*).”

III – O Direito

1 – A autora apresentou dois recursos jurisdicionais, o primeiro do despacho que não admitiu o depoimento de parte do réu por si requerido, e o segundo da sentença.

“A *contrario*” do que dispõe o art. 628º, nº2, do CPC, apreciaremos em primeiro lugar o recurso interlocutório.

*

2 – Do recurso do despacho de fls. 243 e verso.

O referido despacho apresenta o seguinte teor (sic):

“Depoimento de Parte:

Vem a Autora requerer depoimento da parte Réu sobre os factos n.º 1º, 2º, 3º, 22º, 23º, 24º, 25º, 26º, 27º, 28º, 29º, 30º, 31º, 32º e 33º da Base Instrutória.

Foi ouvida do Réu, vem ele opor este meio probatório, cujo fundamento consta a fls. 207 a 209, 241 dos autos.

Cumprido decidir:

Segundo o art.0479 do CPCM refere-se aos factos sobre que pode recair no depoimento: “A confissão só pode ter por objecto factos pessoais ou de que a parte deva ter conhecimento e nunca pode ter por objecto factos criminosos ou torpes, de que a parte seja arguida.”

A lei adjectiva define o âmbito de depoimento em geral. E como é sabido, o depoimento de parte destina a obter a prova por confissão, o reconhecimento pela parte de um facto que lhe é desfavorável e favorece a parte contrária, nos termos do art.345º do CCM.

Estabelece a inadmissibilidade da confissão no disposto do art.347º, alínea a) do CCM, a confissão não é admissível se for declarada insuficiente por lei ou recair sobre facto cujo reconhecimento ou investigação a lei proíbe, como por exemplo, a lei exige, como forma da declaração negocial, documento autêntico, autenticado ou particular, ou proíbe o reconhecimento da maternidade ou da paternidade em contrário da filiação que consta do registo de nascimento enquanto este não for rectificado,

declarado nulo ou anulado (art.º 1675, 1702, n.º 1 do CCM). Também não é admissível que recaia sobre factos relativos a direitos indisponíveis (como são aqueles que se referem ao estado das pessoas) e sobre factos impossíveis ou notoriamente inexistentes, vide os art. 347, alínea b e c) do CCM.

Ainda, estabelece o art. 410º, nº 2 do CPCM, “Consideram-se reconhecidos os factos que não forem impugnados, salvo se estiverem em oposição com a defesa considerada no seu conjunto, se não for admissível confissão sobre eles ou se só puderem ser provados por documento escrito.”

Tendo em conta os factos alegados pela Autora para âmbito do depoimento da parte do Réu, estão praticamente recaídos sobre os factos de direitos indisponíveis, pois, tais factos são servidos para comprovar a existência das violações dos deveres conjugais e que possa constituir o fundamento para decretar o divórcio. Ora, como é sabido, o divórcio é um tipo de acção sobre o estado das pessoas, também versa-se o direito indisponível das partes, pelo que, as partes não podem confessar os factos recaídos ao direito indisponível, pois, é inadmissível a confissão da parte se recaia sobre factos relativos a direitos indisponíveis.

Aliás, como bem dito pelo Réu, o art. 347 do CC dispõe que a confissão não faz prova contra o confitente se recair sobre factos relativos a direitos indisponíveis, como os relativos ao estado das pessoas, dúvidas inexistindo que os factos a levar à selecção são factos que serviram de causa de pedir para decretar ou anulação do casamento) entre A. e R., ou a dissolução de tal casamento por divórcio, com fundamento na violação de deveres conjugais, seja por parte da A., seja por parte do R.

Pelo que, sem necessidade de delonga desenvolvimento, o Tribunal indefira o pedido de depoimento das partes.”

E a matéria sobre a qual era pretendido o depoimento de parte referia-se

aos arts. 1º, 2º, 3º, 22º, 23º, 24º, 25º, 26º, 27º, 28º, 29º, 30º, 31º, 32º e 33º da Base Instrutória.

Ora bem. Como foi dito sobre o assunto no Ac. do TSI, de 23/01/2014, Proc. nº 396/2013, «...o depoimento de parte tem uma essência probatória (**Menezes Cordeiro**, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, tomo IV, pág. 430), isto é, tem por objectivo, precisamente, obter a *confissão* de factos desfavoráveis ao depoente e à parte a que pertence e o reconhecimento de factos favoráveis à parte contrária. Verdadeiramente, o depoimento de parte visa obter a *confissão judicial* (v.g., Ac. RL, 10/03/2000, Proc. nº 4840/00; Ac. RE, de 26/04/2005, Proc. nº 580/01; RL, de 21/04/2004, Proc. nº 972/2004; 8/06/2004, Proc. nº 1700/03; RC, de 12/06/2005, Proc. nº 2824/2005; RL, de 5/06/2007, Proc. nº 3129/2007).

A confissão (“declaração de ciência”, *apud* **Castro Mendes**, “*Direito Processual Civil*”, II, 697 e **Mário de Brito**, “*Cod. Civil Anotado*”, I, 470 e nota 843) tem, assim, uma marca “probatória” que o juiz avaliará no âmbito da sua actividade decisória. O depoimento de parte destina-se, por conseguinte, à obtenção do meio de prova a que se referem os artigos 345º e sgs. do CC. E se falamos de “meio de prova”, então é porque estamos no domínio de uma actividade jurisdicional que tem em vista, precisamente, a recolha de dados de facto necessários à subsunção deles ao direito a aplicar na sentença.

Isto é, admite-se o depoimento de parte nos casos em que as declarações prestadas acabam por ser contrárias à pessoa que as presta e decisivas no quadro da actividade julgadora que o tribunal terá que efectuar quando chegar o momento de decidir o litígio e de o tribunal se munir de elementos suficientes e imprescindíveis ao reconhecimento do direito (**Anselmo de Castro**, *Direito Processual Civil Declaratório*, III, pág. 325).».

E como foi referido no Ac. do TSI, de 9/07/2015, Proc. n.º 187/2015, “...o depoimento de parte tem uma missão confessória (no mesmo sentido, ver *Acs. do TSI, de 21/02/2013, Proc. n.º 778/2011; 1/12/2011, Proc. n.º 548/2010*).

Todavia, ainda há quem sustente que o depoimento de parte não visa somente a confissão judicial com *eficácia plena*, podendo ter também por objecto de qualquer declaração confessória ainda que sujeita à *livre convicção do julgador* (**Américo Campos Costa**, *O depoimento de parte sobre factos relativos a direitos indisponíveis*, Revista dos Tribunais, Ano 76.º, pgs. 322 a 327; *Ac. RP, de 19/01/2015, Proc. n.º 3201/12*). São deste autor as palavras que seguem: «*Nas acções em geral, os depoimentos, quando não consistam numa confissão, devem ser apreciados livremente pelo julgador. Observe-se até que a circunstância de a parte negar a veracidade do facto sobre que foi chamada a depor não implica que o tribunal deva considerar esse elemento de prova como favorável ao depoente; como meio de prova livre que é, esse depoimento, pela maneira como foi prestado, pode ter convencido o tribunal de que o facto é verdadeiro, não obstante ter sido negado pelo depoente*» (*ob. e loc. cit.*).

*

4 - Agora, é preciso distinguir o seguinte.

Enquanto o art. 479º, n.º2, do CPC (invocado no despacho impugnado) assinala os casos em que o depoimento de parte *não é admissível*, configurando-se aí uma proibição, já o art. 347º, al. b), do CC (igualmente citado no mesmo despacho) se limita a dizer que a confissão, em tal hipótese, *não faz prova* contra o confitente.

São coisas diferentes.

Dizer que “não faz prova” não equivale a afirmar que a confissão não seja possível ou que seja ilegal ou inválida; significa, antes, que a confissão realizada - melhor dito, o

depoimento prestado -, pode ser *ineficaz* enquanto confissão (v.g., **Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio Nora**, *Manual de Direito Civil*, 5ª ed., pág. 545-551).

Creemos, portanto, que antes de enveredar pelo caminho da ineficácia (que já pressupõe uma confissão prévia, de que se quer evitar os seus normais efeitos), importará averiguar se o depoimento de parte em apreço é inadmissível à luz do art. 479º, nº2, do CPC, por se poder estar ante *factos torpes*.

Ora, *torpes* são os factos repugnantes, vis, ignóbeis ou infames, os que revelam baixaza de carácter, não sendo de considerar como tal aqueles que não sejam infamantes ou humilhantes para a generalidade das pessoas (*Ac. STJ, de 23/11/1973, Proc. nº064829*).

Uma relação extra conjugal é ilícita na medida em que fere deveres de respeito e de fidelidade de um para com o outro cônjuge (art. 1533º, CC), sendo por isso causa de divórcio (arts. 1628º, nº3, 1635º e 1636º, do CC), mas não é, neste sentido, facto torpe, repugnante, ignóbil ou infame.

Isto quer dizer que o argumento retirado do art. 479º, nº2, do CPC não pode servir de fundamento para o indeferimento do depoimento de parte.

*

5 - E o que dizer da *ineficácia*?

Como já se disse, a ineficácia é apenas um problema que se deve colocar após o depoimento, e não *ex ante*.

Em todo o caso, mesmo não ignorando o ponto em que se encontra a doutrina que sobre o assunto tem opinado - alguma dela defendendo que o direito ao estado de casado é um direito indisponível (e muito haverá a fazer sobre este velho conceito quando aplicado ao estado das pessoas), e que, com base nas teses “antidivorcistas”, os

direitos pessoais familiares são duradouros e tendencialmente perpétuos (**Antunes Varela**, *Direito da Família*, 1º Vol., 5ª ed., Petrony, pág. 82) -, cremos que não haver obstáculo ao depoimento de parte em casos desses.

Pode o tribunal considerá-lo ineficaz, se o entender; deve, porém, admiti-lo.

E então, uma de duas:

- Ou o autor se recusa a prestar o depoimento (art. 350º nº2, caso em que o tribunal apreciará livremente a conduta para efeitos probatórios (art. 350º, nº2, do CC);

- Ou ele presta o depoimento e o juiz achará que ele é ineficaz quanto aos efeitos confessórios (mas o juiz haverá de fazer esse exercício e afirmá-lo expressamente), caso em que o se limitará a *apreciá-lo livremente como elemento probatório*, nos termos do art. 354º, do CC (em sentido semelhante, **Américo Campos Costa**, “*O depoimento de parte sobre factos relativos a direitos indisponíveis*”, *Revista dos Tribunais*, Ano 76.º, págs. 322 a 327; e sobre a admissibilidade do depoimento de parte nestes casos, ver o trabalho de **António José Fialho**, *Algumas Questões Sobre O Novo Regime do Divórcio*, texto que se pode encontrar em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/ct_MA_12537.pdf.”.

Decorre do que se acaba de dizer que o depoimento de parte não pode ser admitido sobre “*factos criminosos*” ou “*sobre factos torpes*” de que “*a parte seja arguida*”. Assim resulta expressamente do art. 479º, nº2, do CPC.

Fora dessas situações, e excluídas as situações das alíneas a) e c), do preceito o depoimento de parte que verse sobre “*direitos indisponíveis*” “*não faz prova plena*” (art. 347º, al. b), do CC).

Ora, dizer que não faz prova plena não significa que seja proibida, mas sim que o depoimento será apreciado livremente pelo tribunal (assim também se julgou no *Ac. do TSI, de 22/01/2015, Proc. n.º 343/2014*). Dito isto, o depoimento mesmo nos casos de direitos indisponíveis (e o divórcio costuma incluir-se neste catálogo) é legalmente possível.

Mas, justificar-se-á a anulação do processado para se repetir o julgamento com a prestação do depoimento de parte pretendido?

Não nos parece, francamente, face ao teor da matéria em apreço constante nos aludidos artigos da Base Instrutória e à resposta que o tribunal já deu a cada um deles.

Com efeito, a resposta dada aos arts. 1.º a 3.º é mais do que suficiente ao propósito com que a respectiva matéria foi alegada pela autora. Aliás, com pouco significativa alteração, os artigos em causa foram dados como provados. Portanto, não haveria necessidade de se fazer inversão de marcha nos autos para se ouvir o réu a uma matéria cujo julgamento efectuado já satisfizesse o intuito probatório de quem a alegou.

Quanto aos restantes (22.º, 23.º, 24.º, 25.º, 26.º, 27.º, 28.º, 29.º, 30.º, 31.º, 32.º e 33.º da Base Instrutória), ou eles foram suficientemente provados, e em que a parte não demonstrada é praticamente inócua ao desfecho da acção (como é o caso dos arts. 22.º a 26.º e 30.º a 33.º), ou os não provados (arts. 27.º a 29.º) não acrescentariam nada ao êxito da demanda tal como a pretendia a autora.

Razão pela qual, a fim de se evitar a prática de actos inúteis (art. 87º do CPC), nada aconselha no caso concreto o depoimento de parte do réu/recorrido àquela matéria.

Improcede, pois, o recurso interposto.

*

3 – Do recurso da sentença

3.1 – *Da matéria de facto*

Vem o presente recurso jurisdicional interposto da sentença na parte em que absolveu o pedido de indemnização formulado pela autora, com base na resposta negativa aos art.s 35º, 36º, 37º, 38º-A e 38º-B da Base instrutória.

A recorrente considera que tais factos deveriam ter sido dados por provados. Para nos convencer disso, juntou aos autos excertos dos depoimentos testemunhais que pretende sejam revalorados, de modo a se concluir por uma resposta afirmativa àqueles artigos e, desse modo, se lhe atribuir a almejada indemnização.

Como se sabe, “Quando a primeira instância forma a sua convicção com base num conjunto de elementos, entre os quais a prova testemunhal produzida, o tribunal “ad quem”, salvo erro grosseiro e visível que logo detecte na análise da prova, não deve interferir nela, sob pena de se transformar a instância de recurso, numa nova instância de prova. II. É por isso, de resto, que a decisão de facto só pode ser modificada nos casos previstos no art. 629º do CPC” e que o tribunal de recurso não pode censurar a

relevância e a credibilidade que, no quadro da imediação e da livre apreciação das provas, o tribunal recorrido atribuiu ao depoimento de testemunhas a cuja inquirição procedeu.” (*Ac. do TSI, de 23/02/2017, Proc. n.º 845/2016*).

No caso em apreço, os trechos dos depoimentos testemunhais transcritos não têm força suficiente que levem o TSI a inflectir o sentido da convicção que a 1ª instância criou. Repare-se que, perante um quadro privilegiado de imediação, o TJB não extraiu das testemunhas ouvidas mais do que aquilo que teve por provado. Ou seja, a “indiscutibilidade” que se retira da livre convicção do julgador não foi além da matéria de facto que o tribunal recorrido deixou explanada nas respostas que deu aos quesitos constantes da base instrutória.

Mais longe não foi porque, apesar de elevado o número de testemunhas, achou que “*a qualidade das declarações era fraca, porque além de não cobrirem toda a matéria constante da base instrutória, boa parte do conhecimento que as mesmas tinham sobre os factos referidos nas suas declarações resultou do que lhes contara a parte que as ofereceu como testemunhas*” (fls. 371, verso, com destaque nosso).

E mesmo quanto especificamente à matéria da indemnização em causa, o tribunal que julgou a matéria de facto motivou o julgamento dizendo que “*o certo é que o tribunal não conseguiu, a partir destes sofrimentos constatados pelas testemunhas, concluir que a Autora terá sofrimentos por causa da dissolução do casamento. Pois uma coisa é o sofrimento causado pela perspectiva de dissolução do casamento que se afigura estar*

provado, outra coisa é o sofrimento causado pela dissolução do casamento para a prova do qual não basta o sofrimento actual”.

Ou seja, o tribunal não ultrapassou a fase da dúvida para atingir um estado de convicção tal que o confortasse a exprimir um julgamento em sintonia com o alegado sofrimento.

E se o TJB não superou a dúvida, também nós não nos encontramos em melhor posição para a superar, face ao que acima se disse, pois os elementos transcritos, nem isolada, nem conjuntamente, comprovam aquele desgosto.

Improcede, pois, o recurso nesta parte.

*

3.2 – Do pedido de indemnização

O pedido de indemnização que a autora reinscreve no quadro do sofrimento tem assento na por si reclamada prova à matéria dos atrás apontados artigos da base instrutória. Com efeito, ela só reequaciona esta questão no presente recurso depois que considera que aqueles quesitos devem ser dados por provados.

Ora, como se viu, nós não achamos que ela tenha razão quanto à prova da respectiva matéria. E por ser assim, esta parte do recurso também tem que claudicar.

Aliás, somos mesmo esclarecer que os danos invocados seriam devidos pelos factos que descreve e anteriores ao divórcio propriamente dito. Ora, como este tribunal teve já oportunidade de dizer “Os danos a indemnizar nos termos do artigo 1647º, n.º 1 do Código Civil, resultantes da dissolução do casamento não se confundem com os danos não patrimoniais causados por factos que alicerçam tal dissolução ou que precedem o divórcio, devendo o ressarcimento destes ser pedido em acção autónoma com fundamento no art. 477º do CC.” (*Ac. do TSI, de 19/01/2006, Proc. n.º 248/2005: no mesmo sentido, o Ac. do TSI, de 5/06/2013, Proc. n.º 168/2013 e de 28/02/2013, Proc. n.º 45/2013*). Isto é, o direito indemnizatório decorrente dos danos não patrimoniais a que se refere o art. 1647º são aqueles que decorrem da dissolução do casamento em si mesma, não dos factos que possam ter estado na base do divórcio - portanto, anteriores e até mesmo causa do próprio divórcio -, tais como, por exemplo, agressões físicas e psicológicas, sofrimentos do cônjuge enjeitado, de “perda de face” auto-estima, etc..

Ora, dos artigos em causa, nem o 35º, nem o 36º se referem a sofrimento que decorra do divórcio, pois o primeiro visava demonstrar as virtudes da autora enquanto esposa, e o segundo visava provar que o “abandono” do marido (enquanto o casamento ainda perdurava) tem por efeito que a sociedade a ostracize. Quanto ao 37º nem sequer ele é assertivo, uma vez que se limita a aceitar que a autora com 28 anos “*provavelmente*” (não é seguro que assim seja, portanto) perdeu a oportunidade de reconstruir uma família. Quanto ao 38º-B, também ele visava provar que o R destruiu com o seu comportamento o reequilíbrio que existia na vida familiar da autora.

Quer dizer que ele se reporta ao tempo em que o matrimónio ainda se mantinha.

Restaria o teor do art. 38º-A: A dissolução do casamento é causa de grande desgosto para a autora? Este, sim, reporta-se à dissolução em si mesma. Contudo, quanto a ele somos forçados a dizer duas coisas: Em primeiro lugar, ele é claramente de carácter conclusivo, deveria ter sido desdobrado em factos específicos. Em segundo lugar, não foi dado como provado, mas quanto a este aspecto já nos pronunciámos no sentido da irreversibilidade do julgado efectuado na 1ª instância.

Quer isto dizer, em suma, que o recurso não merece procedência.

V – Decidindo

Face ao exposto, acordam em negar provimento ao recurso, confirmando a sentença recorrida.

Custas pela recorrente.

TSI, 01 Novembro 2017

José Cândido de Pinho

Tong Hio Fong (com declaração de voto)

Lai Kin Hong

Declaração de voto

*

Voto apenas a decisão quanto ao recurso intercalar do despacho que não admitiu o depoimento de parte do réu, por não acompanhar os fundamentos consignados no acórdão referente à mesma questão.

Salvo o muito e devido respeito, entendo eu que nas acções sobre o estado de pessoas, como a confissão não faz prova contra o confitente, não deve ser autorizado o depoimento de parte, por ser um acto processualmente inútil.

Em boa verdade, o depoimento de parte destina-se a obter a confissão, ou melhor, o reconhecimento de factos desfavoráveis ao depoente mas favoráveis à parte contrária, mas essa confissão (de factos) não faz prova contra o confitente, se recair sobre factos relativos a direitos indisponíveis (alínea b) do artigo 347º do Código Civil).

No tocante aos chamados direitos indisponíveis, observa o Professor Alberto dos Reis, in Comentário ao Código de Processo Civil, Vol. 3º, pág. 518, que há relações jurídicas sobre as quais não exerce influência o princípio da autonomia da vontade, isto é, a parte não pode, por acto seu, dispor da relação jurídica substancial, nomeadamente desistir, confessar e transigir sobre o pedido.

Mais acrescenta aquele ilustre Professor, na pág. 520 da obra citada, que "*versam sobre o estado de pessoas as acções de nulidade do casamento, de impugnação da legitimidade do filho, de nulidade da legitimação, de nulidade ou impugnação da perfilhação, de vindicação de estado, de divórcio, de interdição, de investigação de paternidade ilegítima, etc.*" - sublinhado meu

E sem margem para dúvidas, numa acção de divórcio litigioso, as partes não podem livremente dispor, por acto da sua vontade, a relação jurídica material contida no pedido, na medida em que as partes não podem obter por meio de negócio

o efeito pretendido.

Aliás, preceitua-se no artigo 241.º do Código de Processo Civil que não é permitida confissão, desistência do pedido e transacção relativamente a direitos indisponíveis, mas admite-se a desistência do pedido nas acções de divórcio litigioso.

Isto quer significar que, nas acções de divórcio, mormente de divórcio litigioso, não obstante que versam sobre direitos indisponíveis, admite-se excepcionalmente a desistência do pedido, mas não a confissão do pedido nem a transacção.

Como acima se referiu, o depoimento de parte destina-se a obter o reconhecimento de factos desfavoráveis ao confitente mas favoráveis à parte contrária, mas tratando-se de factos relativos a direitos indisponíveis, a confissão (de factos) não faz prova contra o confitente (alínea b) do artigo 347º do Código Civil).

Defende José Lebre de Freitas, in Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil, pág. 272, *“sempre que a disposição dum direito subjectivo não possa ter lugar por mera vontade da parte, tão-pouco pode ter lugar a confissão dum facto que tenha idêntico efeito dispositivo ou seja elemento duma fatispécie complexa com tal efeito. É assim porque o acto da confissão (de factos) pode ter efeitos práticos indirectos semelhantes aos da confissão do pedido ou, em geral, do negócio jurídico: uma vez que o efeito do facto confessado pode equivaler ao efeito dum negócio que o confitente praticasse, não deve ser atribuída eficácia à confissão quando, através dela, se iria conseguir o mesmo efeito que a lei veda que seja atingido negocialmente. Os limites da vontade autónoma são assim limites do acto da confissão.”* – sublinhado meu

Portanto, mesmo que a parte depoente venha confessar os factos em audiência, como essa confissão não faz prova

contra o confitente, não se vislumbra que efeito útil poderá trazer a tal diligência requerida.

E não se diga que o depoimento de parte deve ser admitido por que o depoimento que vier a ser prestado pela parte serve como elemento probatório a ser ponderado (livremente) pelo Tribunal.

Salvo o devido respeito, julgo que não podemos esquecer que o objectivo do depoimento de parte é precisamente tentar obter a confissão, isto é, o reconhecimento de factos desfavoráveis ao depoente mas favoráveis à parte contrária, e não é fornecer mais um elemento probatório ao Tribunal para que ele aprecie livremente.

Caso fosse essa a intenção do legislador, então não se compreende por que razão teria consagrado na lei que a parte só pode requerer o depoimento da parte contrária ou o dos seus compartes (artigo 478º, nº 3 do Código de Processo Civil), antes pelo contrário deveria admitir-se também o próprio depoimento da parte requerente, mas não é esse o regime legal.

Assim sendo, entendo eu, modestamente, que se logo à partida se verificar que a confissão (de factos) não dá para fazer prova contra o confitente, a fim de evitar a prática de actos inúteis, tal como rege o artigo 87º do Código de Processo Civil, o depoimento de parte não deve ser admitido, pelo que não merece reparo o despacho intercalar sob escrutínio.

Tong Hio Fong

01.11.2017