

Recurso nº 388/2010

Data: 15 de Dezembro de 2011

- Assuntos:**
- Divórcio
 - Separação de facto
 - Cônjuge Culpado
 - Dever de fidelidade
 - Princípio da aquisição processual
 - Prova documental

Sumário

1. É fundamento de divórcio litigioso a separação de facto por dois anos consecutivos, 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.
2. O simples facto de o autor intentar a acção de divórcio demonstra, só por si, o propósito de não reatamento da sociedade conjugal, já que traduz uma manifestação nesse sentido, desde que tinha separado do outro há mais de dois anos consecutivos.
3. O princípio da aquisição processual traduz-se que: O tribunal deve tomar em consideração todas as provas realizadas no processo, mesmo que não tenham sido apresentadas, requeridas ou produzidas pela parte onerada com a prova.
4. Quando um documento apresentado nos autos tinha sido objecto da

apreciação na resposta ao quesito, não pode dizer que o Tribunal violou o princípio de aquisição processual por na sentença não valorizou o conteúdo constante naquele documento.

5. O dever de fidelidade consiste na lealdade que cada um dos cônjuges promete ao outro, no momento do casamento, e que tem o seu último reduto na abstenção de quaisquer relações de sexo com outra pessoa de sexo diferente, que não o outro cônjuge.

O Relator,

Choi Mou Pan

Recurso nº 388/2010

Recorrente: A

Recorrida: B

A cordam no Tribunal de Segunda Instância da

R.A.E.M. :

B, natural da China, de nacionalidade Chinesa e residente na República Popular da China, intentou contra sua mulher A, residente em Macau, Acção Especial de Divórcio Litigioso com Processo Comum Ordinário, pedindo decretar o divórcio entre o autor e a ré e declarar a ré como única culpada do presente divórcio.

A ré contestou e deduziu reconvenção contra o autor, pedindo o divórcio e declarar-se o autor como único culpado, e condenar o autor a pagar a indemnização à ré no montante não inferior a MOP\$300.000,00, bem como, a favor da ré, os alimentos no montante de MOP\$3500 mensal e a utilização da casa da morada de família, com os filhos.

Contestou o autor à reconvenção pugnando pela improcedência dos pedidos reconvençionais.

Realizada o julgamento em audiência, foi proferida finalmente pelo Mmº Juiz Presidente julgando a acção e a reconvenção parcialmente procedente e em consequência dissolveu o casamento contraído na RP da China em 1980, absovendo da ré e do autor respectivamente dos restantes pedidos.

Com esta não conformou, recorreu para esta instância a ré A, alegando que nos seus precisos termos constantes das fls. 139 a 148 dos autos cujo teor se dá por integralmente reproduzido.¹

¹ Esta peça ofereceu as conclusões seguintes em chinês:

1. 原審法院合議庭僅能證明自 2003 年之不確定日起，原、被告雙方不再共同生活這客觀事實，但未能證明原告自 2003 年至 2007 年其提出離婚請求前，原告或被告已不再具有與對方共同生活之意圖。
2. 原因為“雖然事實證明原告自 2003 年起便離開了家庭居所往內地從商，自此與被告再沒一起同桌就餐、同床共寢及同屋居住，但未能查明原告離家的主因”。
3. 亦即，未能證明原告是否因不欲再與被告維持婚姻生活而於 2003 年離開家庭居所。
4. 這亦等同於未能證明原告或被告自何時開始沒有共同生活的意圖。
5. 僅能從 2007 年原告提出離婚請求這一已證事實，能推斷出原告於 2007 年之不確定日已不再具有與被告共同生活之意圖。
6. 根據澳門《民法典》第 1637 條 a 項及 1638 條第 1 款規定，夫妻雙方不共同生活，且雙方或一方具有不再共同生活之意圖時，視為事實分居。事實分居連兩年構成訴訟離婚之理由。
7. 正如原告法院合議庭於本案之判決內所言，“構成事實分居須同時滿足兩方面的要素：“第一是客觀事實方面，夫妻已沒有共同生活；第二是主觀內心方面，夫妻雙方或一方已經沒有重建婚姻共同生活的意圖。
8. 因此，上述自 2003 年至 2007 年原告提出離婚請求該段期間，明顯地不能被算入《民法典》

A este recurso não respondeu o autor.

第 1637 條 a 項所指的事實分居期內。

9. 同時，亦正如原審法院合議庭的見解，“事實分居須連續兩年，才構成申請離婚的理由，該期間屬實體期間，即是說在提起訴訟離婚之日必須已滿足該要件。
10. 原告於 2007 年 7 月 30 日才向法院提出訴訟離婚的請求。
11. 明顯地，原告或被告僅僅在客觀事實方面能滿足事實分居連續兩年這個申請離婚的前題要件，然而，在主觀方面，並不符合事實分居連續兩年這個申請離婚的前題要件。
12. 根據中級法院第 74/2008 號案件中，該案合議庭指出：“在現實生活中，夫妻已不共同生活持續超過兩年，但如不能證實夫妻兩人或至少一人，是以不想再與對方過夫妻共同生活的意圖而不與對方共同生活，則不得宣告夫妻因已分居連續超過兩年而合法離婚。這是因為在日常生活中，夫妻基於種種情由，不共同生活的例子並非罕見。”
13. 在這情況下，被上訴判決內所認定的既證事實並不足以支持該判決。
14. 因此，有關判決因屬無效而應被廢止，或應改判原告及被告雙方，因未能滿足事實分居連續兩年這個申請離婚的前題要件而不得被宣告離婚。
15. 若尊敬的中級法院合議庭不予以認同，亦應宣告原告（即本上訴之被上訴人）為唯一過錯方。
16. 原審法院合議庭認為，本案因缺乏相關事實基礎，不能將過錯歸責於任何一方。
17. 然而，根據上訴人於其答辯狀內所提交之文件（一），該文件為一明顯的證據，用以證明原告違反夫妻間的忠誠義務。
18. 但被上訴判決並未有就上述文件進行任何分析。
19. 同時，亦未有就認同或不認同該文件之內容而表明立場及說明理由。
20. 這是由於原審法院合議庭沒有考慮上述文件之內容。
21. 故此，亦違反了《民事訴訟法典》第 436 條的規定。
22. 被上訴判決遺漏考慮上述文件證據，導致缺乏證據證明原告違反有關夫妻間的義務。
23. 在這情況下，有關原告（即本上訴之被上訴人）違反忠誠義務的相關事實應獲證實。
24. 因此，原告亦應被宣告為唯一過錯方。

綜上所述，請求尊敬的中級法院合議庭接受本上訴，並裁定本上訴理由成立，廢止被上訴判決之決定；或改判原告（即本上訴之上訴人）及被告（即本上訴之被上訴人）雙方之離婚請求不成立；或裁定原告（即本上訴之被上訴人）為唯一過錯方。

Cumpre-se decidir.

Foram colhidos os vistos legais.

À matéria de facto foi dada por assente a seguinte factualidade nos seus precisos termos constantes da sentença (fls. 126v a 127), cujo teor se dá por integralmente reproduzido.²

² A factualidade tem a seguinte versão em chinês:

- 原告與被告於 1980 年在中華人民共和國締結民事婚姻 (見附於起訴狀的文件一)。(A)
- 在婚姻存續期間，兩人共有兩名兒子：
- C，於 1981 年 1 月 29 日出生 (見附於起訴狀的文件二)；
- D，於 1984 年 1 月 17 日出生 (見附於起訴狀的文件二)。(B)
- 至少自 2003 年起，原告與被告已分開居住。(C)
- 夫妻之間再沒有一起同桌就餐、同床共寢及同屋居住。(D)
- 原告及被告再沒有共同生活的意圖。(E)
- 於 2003 年 6 月 14 日，被告要求原告不要再前往內地。(F)
- 又問及原告是否有外遇。(G)
- 便由原告以拳打腳踢的方式襲擊其頭部。(H)
- 原告的上述行為導致被告右眼眶軟組織挫傷。(I)
- 因此，被告便報警求助。(J)
- 檢察院於 2005 年 7 月 13 日的控訴書控訴原告打傷被告，案件編號為 1395/2005，有關內容視為完全轉錄。(K)
- 自未能確定的日期起，原告往中國內地工作，甚少回家。(1°)
- 自 2003 年起原告便離開了家庭居所。(4°)
- 自原告離開了家庭居所後，一直負責支付家庭居所的每月供款、管理費及兒子 D 的學費，但沒有向被告作出金錢給付。(5° 及 8°)
- 於 2007 年，原告提出離婚請求。(9°)
- 就原告的行為，被告感到十分傷心。(10° 及 11°)
- 被告婚沒有從事穩定的工作。(12°)

O autor pediu que se decretasse o divórcio com fundamento na separação de facto dos cônjuges e se declarasse a ré como única culpada.

No Tribunal da 1ª instância decidiu-se, decretando-se o divórcio, que não declara a culpa de qualquer das partes por entender, entre outros fundamentos, não haver provado factos com o qual seria susceptível imputar a qualquer dos cônjuges.

Desta decisão recorre a ré, pugna pela procedência do recurso e em consequência, pela revogação da sentença e improcedência dos pedidos do autor e da ré quanto ao divórcio, ou pela declaração do autor como o único culpado.

Vejamos.

No seu recurso, a ré entendeu, a priori, que os elementos objectivos não se encontravam satisfeitos por não estarem provados os necessários dois anos consecutivos da separação de facto, pelo que, enquanto os factos provados não suportam a decisão de divórcio incorreu a sentença na nulidade e deve ser revogado e em consequência decidir a improcedência do divórcio.

Em primeiro lugar, não podemos deixar de dizer o seguinte: é manifesto absurdo o primeiro pedido recursório (a improcedência do pedido do divórcio deduzido por sua própria parte), pois, na sua

-
- 被告只是偶然做一些散工，收入不穩，但現於賭場擔任清潔工。(13º)
 - 原告在內地從商。(14º)
 - 原告一直負責向銀行支付家庭居所的每月供款，每月金額為港幣\$1,500 元。(17º)
 - 原告一直負責支付兒子 D 的學費。(21º)

reconvenção, foi expressamente pedido o decretamento do divórcio entre o autor e a ré, afigura-se ser falta interesse em agir, senão a falta da legitimidade.

Vejamos apenas o pedido do autor quanto ao divórcio com fundamento de separação de facto durante dois anos consecutivos.

É fundamento de divórcio litigioso a separação de facto por dois anos consecutivos, entendendo-se para este efeito que há 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 (artigos 1637º, alínea a) e 1638º, ambos do Código Civil).

As causas objectivas ou não culposas são eliminadas do elenco das causas de divórcio quando se perfilhe a concepção do divórcio-sanção,³ como aconteceu com o Código Civil de 1966; Como causa de divórcio a separação exige, antes de mais, a separação de facto dos cônjuges, integrada por um elemento objectivo e outro subjectivo.

O **elemento objectivo** consiste na divisão do *habitat*, na falta de vida em comum dos cônjuges, que passam a ter residências diferentes; o **elemento subjectivo** consiste num propósito da parte de ambos os cônjuges ou de um deles, de não restabelecer a comunhão de vida

³ Este dito divórcio-sanção baseia-se na violação por um dos cônjuges, de qualquer dos deveres conjugais constantes do artigo 1533º do Código Civil – respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência – violação, essa, que, para além de culposa terá de se perfilar como tão grave e reiterada que “comprometa a possibilidade de vida em comum” (nº1 do artigo 1635º). Isto é, o mero incumprimento de qualquer dos deveres tem de ser imputado subjectivamente (culpa) ao cônjuge infractor e essa conduta terá de ser valorada casuisticamente na ponderação das características idiossincráticas (com tónica no “grau de educação e sensibilidade moral”) dos cônjuges.

matrimonial (artigo 1638º nº 1 do Código Civil).

Os referidos elementos carecem uma análise cuidadosa, já que a falta de vida em comum dos cônjuges pode ter várias justificações, sendo mesmo consentida pelo artigo 1534º do Código Civil, e a disposição interior de não restabelecer a comunhão de vida matrimonial pode ter uma multiplicidade de causas e uma grande variedade de exteriorizações e de manifestações.⁴

É entendimento pacífico que deve aceitar não só os factos tidos por assentes nas instâncias, como as ilações da matéria de facto - juízos de valor sobre factos que não envolvem interpretação de normas jurídicas.⁵

Como ensina o Prof. Antunes Varela, “a Relação como instância final da fixação da matéria de facto, pode, com base nos factos provados - e desde que não os altere - lançar mão dos juízos de experiência, ou das considerações de probabilidade/razoabilidade para dar como provados outros factos, assim como tem toda a liberdade de emitir juízos de valor sobre a matéria de facto, alterando ou reforçando os que foram emitidos pela 1ª instância.”⁶

Devendo a separação durar, em princípio, há dois anos consecutivos é necessário datá-la para se saber desde quando corre o prazo, sendo por vezes difícil fixar uma data, podendo pois, as vezes, acontecer que os cônjuges não se separam de uma vez, vão-se separando,

⁴ Neste sentido, vide o acórdão do STJ de 17 de Junho de 2003 do processo nº 03A884, que se citam a título do direito comparado.

⁵ Neste sentido, vide entre outros, os acórdãos do S.T.J., que se citam a título do direito comparado, de 14/6/78, B.M.J. 278- 178, de 20/9/94, B.M.J. 439- 538 e de 3/5/2000, revista nº 1.118/99.

⁶ Revista de Legislação e Jurisprudência 122º- 223.

o que dificulta fixar a data a partir da qual se conta o prazo, devendo ter-se em atenção que os três anos devem ser consecutivos.⁷

O decurso do prazo será interrompido quando de factos concretos se possa concluir que houve uma tentativa de restabelecimento da vida matrimonial.

Quanto ao elemento subjectivo, o que nos parece é que o momento do início da separação entre os cônjuges só se diz respeito aos elementos objectivos, e para o elemento subjectivo, basta a verificação da sua vontade definitiva de “não restabelecer a comunhão de vida matrimonial”.

Neste sentido, é pacífica a jurisprudência de Portugal, aqui se cita a título do direito comparado, em que se entende que o simples facto de o autor intentar a acção de divórcio demonstra, só por si, o propósito de não reatamento da sociedade conjugal, já que traduz uma manifestação nesse sentido.⁸

Assim sendo, tendo o autor, ora recorrente, proposto a acção de divórcio, manifestou com tal conduta a intenção de romper definitivamente com a vida em comum, verificando-se, desta forma, o elemento subjectivo da "separação de facto".

A par do elemento objectivo de separação, desde Setembro de 2006, verifica-se o requisito de separação de facto entre as partes, para os efeitos

⁷ Profs. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família 2ª ed., Coimbra Editora, 2001, I, págs. 630/631.

⁸ Como se refere no acórdão do S.T.J. de 5/7/01, C.J/S.T.J., ano IX, tomo II, pág. 166.

do disposto no artigo 1637º nº 1 e artigo 1638º do Código Civil.

Por si só é suficiente para proceder o pedido de divórcio com fundamento previsto no artigo 1637º nº 1 al. a) do Código Civil.

Decretando o divórcio do casal, cumpre apreciar a questão de declaração da culpa das partes, nos termos do artigo 1638º nº 2 do Código Civil.

A ré invocou apenas a culpa do autor pela violação do dever de fidelidade.

Vejamos.

Como se sabe, os cônjuges estão vinculados pelos deveres, entre outros, de respeito e fidelidade, previstos no artigo 1533º do Código Civil. Além de culposa, dolosa ou negligente, a violação tem de ser grave ou reiterada (e, assim, se torne grave devido à repetição continuada.⁹ Não basta uma qualquer violação, é necessário que, por um lado, revista gravidade, a valorar, nomeadamente, de acordo com a culpa que possa ser imputada ao requerente e ao grau de educação e sensibilidade moral dos cônjuges, tal como se consagra o artigo 1635º, nº 2, do Código Civil, e que não se traduza num acto simples, isolado, não merecedor de valoração; por outro, atenta a sua gravidade ou reiteração, a violação cometida comprometa a possibilidade da vida em comum.¹⁰

⁹ Neste sentido vide o Acórdão do STJ de Portugal que se cita a título de direito comparado, de 27 de Maio de 2010 no processo nº 10100/05.5TBCSC.L1.S1.

¹⁰ Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, 2ª Edição 1992, p. 530.

Trata-se **de** um critério que não olha rigorosamente para a gravidade da causa invocada, mas para a gravidade do efeito ou do resultado dos factos registados, embora considerando também, para o efeito, as circunstâncias referidas no art. 1635.º, n.º 2, do CC.

Impõe-se, pois, que o comportamento do cônjuge, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa definitivamente a subsistência da relação conjugal, analisado objectivamente e inserido no contexto da real situação em que ocorreu.

A ré apresentou o documento nº 1 que, ao seu ver, demonstra obviamente a violação por parte do autor ao dever de fidelidade e, enquanto não se pronunciou sobre este documento e sobre o seu teor e não tomou consequente posição do mesmo, violou o disposto no artigo 436º do Código de Processo Civil.

Prevê o artigo 436º sob epígrafe do princípio da aquisição processual que:

“O tribunal deve tomar em consideração todas as provas realizadas no processo, mesmo que não tenham sido apresentadas, requeridas ou produzidas pela parte onerada com a prova, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por certo interessado”.

Em termos processuais, não tem mínima razão da recorrente, por ser manifesto infundado.

O documento foi uma certidão passada por um sucursal militar da

China, que se comprova que um dormitório pertencente ao mesmo militar se encontra morado pelo autor e uma outra senhora, chamada “Shi Bo”.

Trata-se de uma prova documental, independentemente da sua força probatória, do qual foi consignado o quesito nº 3 sobre se o autor vivia com a senhora E no interior da China, e em consequência da resposta a este quesito, foi dado por não provado.

Foi precisamente um objecto de julgamento de matéria de facto, com certeza tendo pronunciado o Tribunal sobre este documento, não se pode imputar ao tribunal pela violação, nem a falta de pronuncia nem a violação do princípio da aquisição processual.

E quanto ao mérito da causa, invocou-se a violação do dever de fidelidade.

O dever de fidelidade consiste na lealdade que cada um dos cônjuges promete ao outro, no momento do casamento, e que tem o seu último reduto na abstenção de quaisquer relações de sexo com outra pessoa de sexo diferente, que não o outro cônjuge. E à violação do dever de fidelidade, no sentido vulgar da expressão, que de facto se reporta ao núcleo extremo desse dever, dão as leis e os autores o nome de adultério.¹¹

E a declaração de cônjuge culpado deve exprimir o resultado de um juízo global sobre a crise matrimonial quanto a saber se o divórcio é por igual imputável a ambos os cônjuges ou exclusiva ou predominantemente a um deles, devendo considerar o conjunto da prova produzida, quer as culpas do conjugue réu, quer as do cônjuge autor, e

¹¹ Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, 2ª Edição 1992, p. 257

tanto as que foram invocadas quer na acção, quer na reconvenção, como fundamento do pedido, bem como as que não podiam ser invocadas ou que o não foram, como causa do divórcio.

Ponderando as culpas dos cônjuges, se as houver, o juiz decidirá sobre a gravidade relativa das mesmas.¹²

Pressupondo, pois, esta declaração de cônjuge culpado, um juízo de censura sobre a crise matrimonial na sua globalidade, de modo a poder concluir-se qual ou quais as condutas reprováveis que deram causa ao divórcio. E desta forma, a determinação da culpa de que trata o art. 1787º é mais um conceito relativo, assente no comportamento recíproco dos cônjuges, do que um juízo de referência individual ou isolado. O que fundamentalmente se pretende saber, por outras palavras, não é se o marido é culpado ou a mulher é culpada, mas sim se um ou outro é o único ou é o principal culpado. Razão pela qual os factos têm de ser enquadrados num todo de vivência conjugal e não serem analisados separadamente.¹³

Tendo que se analisar a factualidade provada para dela poder retirar a conclusão de que houve conduta censurável de um, do outro ou dos dois cônjuges que levaram à ruptura conjugal.

Ora, a factualidade apurada, mormente em consequência de ficar não provado o facto constante da resposta ao quesito nº 3, não nos permite saber se o autor foi violador ao dever de fidelidade e culpado

¹² Pereira Coelho e G. Oliveira, ob. cit., pags 650 e ss.

¹³ Acs. deste Supremo Tribunal de 27/11/08 (Serra Baptista), Pº 08B3006, de 4-03-97, no proc. 801/96 e de 8-06-99, no proc. 280/99.

muito menos ou principal culpado do divórcio.

Eis todas as questões recursórias que foram levadas ao recurso, não há mais que pronunciar acerca de outros, é de improceder o recurso.

Pelo exposto acordam neste Tribunal e Segunda Instância em negar provimento ao recurso interposto pela ré.

Custas pela recorrente.

RAEM, aos 15 de Dezembro de 2011

Choi Mou Pan

João A. G. Gil de Oliveira

Ho Wai Neng