

Proc. n° 343/2014

Relator: Cândido de Pinho

Data do acórdão: 22 de Janeiro de 2015

Descritores:

-Divórcio

-Prova

-Confissão

-Regime provisório de regulação do poder paternal

SUMÁRIO:

I - A declaração prestada pelo réu no IASM de que manteve relações extraconjugais com outras duas mulheres, de uma das quais tem dois filhos, se não é eficazmente confessória nos termos do art. 347º, al. b), do C.C. no âmbito de uma acção de divórcio intentada pela esposa, vale como elemento probatório que o tribunal apreciará livremente, nos termos do art. 354º do mesmo Código.

II - Na sentença de divórcio pode fixar-se, provisoriamente, nos termos dos arts. 630º, n.º 2º e 957º do CPC, o exercício do poder paternal dos filhos.

Proc. N° 343/2014

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.

I - Relatório

A, casada, de nacionalidade chinesa, titular do BIRPM n° 13XXXXXX(6), residente em Macau, na Av. XX, edifício XX, XX° andar XX,

instaurou *acção especial de divórcio litigioso* (CV3-12-0047-CDL/FMI-12-0071-CDL) contra:

B, casado, de nacionalidade chinesa, titular do BIRM n° 12XXXXXX(6) a residir em Macau, edifício XX, XX° andar XX.

*

Por sentença prolatada no dia 16 de Dezembro de 2013, julgou o TJB *improcedente* a acção de divórcio intentada pela recorrente contra o Réu.

*

Contra essa sentença, interpôs a **autora** o presente recurso jurisdicional, em cujas alegações formulou as seguintes conclusões:

«- A sentença recorrida, prolatada no dia 16 de Dezembro de 2013, julgou improcedente a acção com o fundamento de que não se provaram os factos constantes da respectiva petição inicial.

- No entanto, entende a recorrente que a sentença recorrida padece de erro na apreciação da prova ou de erro na apreciação da matéria de facto, o que a faz incorrer em vício insanável, devendo a mesma ser declarada nula.

- Depois, deve-se reenviar o processo à primeira instância para novo julgamento, ou em alternativa, deve o Tribunal de recurso proceder oficiosamente à apreciação no sentido de reconhecer a força probatória do desse documento erradamente ajuizada e dar por provados os factos da causa *sub judice* nele relatados.

- Na óptica da recorrente, o documento admissível e a sua força probatória caem ambos no âmbito e no domínio admissível para efeitos de formação da livre convicção do tribunal, daí que, salvo exclusão obrigatória imposta pela lei, não deva o tribunal se recusar a apreciar ou admitir esse documento ou o seu conteúdo.

- Caso contrário, a sentença recorrida terá errado na apreciação da admissibilidade do documento em questão e do seu conteúdo, ficando prejudicada a sua justiça.

- Dest' arte, deve-se julgar procedente o recurso, ordenar o reenvio do presente processo à primeira instância para nova apreciação do teor do respectivo documento/relatório, ou em alternativa, deve o Tribunal de recurso proceder oficiosamente à apreciação para fazer valer a justiça.

Face ao exposto, uma vez que foram provados os fundamentos de facto e de direito invocados no recurso, pede ao Tribunal de recurso para julgar procedente o recurso vertente e, a seguir, realizar o devido tratamento.».

*

Não houve resposta ao recurso.

*

Cumpre decidir.

II – Os Factos

A sentença deu por provada a seguinte factualidade:

«a) B e A casaram entre si em 01.12.1997 em Zhuhai, Guangdong.

b) As filhas da Autora e Réu nasceram em XX.XX.19XX C, e em XX.XX.20XX D.».

III – O Direito

1 - Tinha a autora alegado na petição inicial que o réu, com quem casou em 1997, manteve contactos frequentes com uma senhora de quem teve dois filhos e mantido relações sexuais com outra mulher, sua assistente na empresa de que é director.

Invocou ainda que frequenta casinos, tendo dívidas de jogo.

Por tais motivos, concluiu pedindo que fosse decretado o divórcio entre ambos, por culpa do demandado, e este condenado a pagar-lhe os alimentos provisórios das duas filhas menores no valor de MOP\$ 100.000,00 e fosse regulado o exercício do poder paternal ficando a guarda confiada a si (autora) com um regime de visitas ao réu.

O réu não chegou a contestar. Todavia, a sentença não deu por provada nenhuma da factualidade invocada pela autora a respeito dos fundamentos do divórcio, nomeadamente o da violação do dever de fidelidade. E isto, por duas razões:

1ª - Em primeiro lugar, por entender não valorar o depoimento da única testemunha da autora – cujas declarações prestou em reprodução do que “*ouviu dizer*” daquela;

2ª - Em segundo lugar, por o relatório do IASM não poder servir à matéria do divórcio, visto as declarações dos cônjuges prestadas naquele Instituto poderem ser entendidas como confissão ou depoimento de parte, o que no caso estaria vedado, para mais por ser obtida perante autoridade não judicial.

Apreciando.

*

2 - Em nossa opinião, a decisão em crise não pode ser mantida. Senão, vejamos.

Evidentemente, uma única testemunha tanto pode ser irrelevante quanto ao propósito do impetrante, como suficiente ao êxito da demanda. Tudo depende, pois, das circunstâncias do caso, do conhecimento directo, indirecto, presencial, etc., que ela possa demonstrar e da convicção que ela for capaz de criar no tribunal.

Ora, no caso em apreço, segundo parece, a única testemunha da autora limitou-se a afirmar o que sabia provindo da própria parte que a ofereceu. Nessa situação, o tribunal teria que ter muita cautela na apreciação da prova, no quadro de uma avaliação holística da aquisição probatória. Porquê? Porque, evidentemente, o que a testemunha transmite não provém do seu conhecimento próprio e directo. A verdade ou a mentira que revela ao tribunal não assenta numa razão de ciência pessoal, mas advém-lhe simplesmente de um veículo transmissor com interesse na causa. Por isso, o tribunal tem que ter cuidado redobrado quando faz a avaliação dos depoimentos em casos desses; deve procurar relacionar o teor do depoimento com outros elementos disponíveis no processo, nomeadamente documentos do mais variado teor e forma de apresentação: imagens, textos escritos, desenhos, etc., etc.

Portanto, estamos de acordo com o M.mo Juiz quando afirma que um depoimento assim pode não valer mais do que valeria o depoimento de parte da pessoa a favor de quem aquele foi prestado. A sua valoração, em suma, impunha-se num quadro mais alargado da prova.

O que se não aceita é que se não dê a um tal depoimento nenhum valor, como se a sua análise de valoração fosse efectuada de modo isolado.

Daí que se nos imponha, agora, a sua relação com o outro fundamento utilizado, também ele ligado ao valor da prova.

*

3 - Estamos, então, a tratar do valor do documento do IASM que o tribunal, também desconsiderou.

E ao desconsiderá-lo cometeu, salvo o devido respeito, um atentado ao valor que o mesmo tribunal pensaria atribuir-lhe quando o solicitou (Cfr. despacho de fls. 534).

Quer dizer, quando o tribunal pediu a avaliação do caso ao IASM, obviamente era para dele colher os elementos de ponderação que ao caso concreto melhor se ajustassem. O IASM é um instituto público, dotado de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira e património próprio, que tem por fim a prossecução das linhas de acção globalmente definidas para a política social do Território (art. 1º do DL nº 24/99/M, de 21/06). Integra o universo das entidades incluídas na Administração Indirecta. E os relatórios que produza no âmbito da sua competência são considerados autênticos (art. 363º, CC).

Então, não pode haver dúvida alguma: a autenticidade abrange aquilo que foi prestado perante a autoridade pública, ou seja, que os intervenientes na reunião disseram exactamente o que dele consta, uma vez que não foi posto em crise através da sua arguição de falsidade (cfr. arts. 365º e 366º, CC).

Claro que as declarações prestadas pelos respectivos intervenientes perante o funcionário competente podem ser falsas, porque quanto a elas o

documento não faz prova plena¹.

E foram falsas? Não, porque ninguém as arguiu de falsas (cfr. arts. 469º e sgs. do CPC); nem o réu, nem a autora, impugnaram em tribunal a veracidade das afirmações constantes do relatório do IASM, logo das declarações por ambos prestadas naquele organismo oficial.

Ora, assim sendo, está adquirido nos autos, em termos que já não podem mais ser retirados, que o réu *afirmou* no IASM ter tido relações extraconjugais com outras duas mulheres, de uma das quais tem dois filhos.

Quid iuris sobre o valor probatório de tais declarações?

*

4 - Esta questão da confissão (em especial quando a obter, por exemplo, em depoimento de parte), nomeadamente em processo de divórcio, tem sido alvo de controvérsia, perante o disposto no art. 347º, al. b), do Código Civil. Foi esta controvérsia de que **António José Fialho** se fez eco nos termos que a seguir se transcrevem (ver: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/ct_MA_12537.pdf):

“A admissibilidade da confissão como meio de prova tendo por objecto factos relativos a direitos indisponíveis constitui uma questão controversa face ao disposto na alínea b) do artigo 354.º do Código Civil que prevê a inadmissibilidade deste meio de prova se recair sobre factos relativos a direitos indisponíveis.

¹ V.g., Ac. TUI, de 13/06/2001, Proc. nº 3/2001; TSI, de 5/05/2005, Proc. nº 83/2005

*Apesar disso, o artigo 361.º do mesmo Código dispõe que o reconhecimento de factos desfavoráveis, que não possa valer como confissão, vale como elemento probatório, que o tribunal aprecia livremente, o que justifica que alguma doutrina se refira à ineficácia da confissão (neste sentido, **Antunes Varela**, “Manual de Processo Civil”, 2.ª edição, pg. 549).*

Assim, a confissão incidente sobre factos relativos a direitos indisponíveis pode constituir um meio de prova admissível, submetido, no entanto, à livre convicção do julgador.

*Sobre a admissibilidade do depoimento de parte há quem sustente a tese da sua inadmissibilidade uma vez que o mesmo visa obter a confissão judicial, admitindo que o juiz possa determinar que as partes prestem informações ou esclarecimentos ao tribunal (artigos 356.º, n.º2 do Código Civil e 265.º e 519.º, ambos do Código de Processo Civil) (**Rodrigues Bastos**, “Notas ao Código de Processo Civil”, vol. III, 1972, pgs. 118-119), enquanto que outros defendem a admissibilidade do depoimento de parte, argumentando que este não se circunscreve à obtenção da confissão judicial com eficácia plena mas que poderia ter por objecto qualquer declaração confessória ainda que sujeita à livre convicção do julgador³⁷ (**Américo Campos Costa**, “O depoimento de parte sobre factos relativos a direitos indisponíveis”, Revista dos Tribunais, Ano 76.º, pgs. 322 a 327).*

Este problema é mais relevante quando a fixação das consequências do divórcio diga respeito à fixação de alimentos ao cônjuge que deles careça ou à determinação judicial dos bens comuns do casal já que estas questões, indubitavelmente, não configuram direitos indisponíveis”.

Serve a transcrição para ilustrar o problema instalado em redor da possibilidade de confissão dos factos que digam respeito a direitos indisponíveis, não se desconhecendo a existência de jurisprudência que nega a possibilidade de confissão como meio de prova nos casos de divórcio².

*

² No direito comparado, entre outros, ver Ac. STJ, de 13/11/1980, Proc. nº 068983; STJ, de 22/04/99, in BMJ nº 486/317; STJ, de 5/07/1994, Proc. nº 085544; RC, de 20/06/2006, Proc. nº 1576/06; RL, de 31/05/2011, Proc. nº 2030/09.

5 - Respondendo à pergunta feita na parte final do ponto 3 supra, poderíamos erguer duas vertentes de solução.

Segundo uma, poderíamos dizer: Na medida em que as declarações em apreço constam de documento escrito, poderia dizer-se que constituem uma *confissão extrajudicial*, porque não produzida em juízo (cfr. art. 348º, nº4, do CC). Mas, ainda assim, uma confissão com o valor que o art. 351º, nºs 3 e 4 do CC lhe atribui: submetida a livre apreciação do tribunal.

De acordo com outra vertente, poderíamos dizer que o art. 351º do CC não seria aplicável, na medida em que este preceito parte do princípio de que se está perante uma verdadeira *declaração confessória* que, ou tem valor de prova plena (nºs 1 e 2), ou valor de prova de livre apreciação pelo tribunal (nºs 3 e 4).

Qual a boa solução?

*

6 - Não se desconhecendo o melindre da questão concreta, pensamos que a solução não precisa sequer do apoio do art. 351º.

Explicando: se considerarmos que a relação jurídica em causa não consente que sobre os respectivos factos densificadores possa ser feita qualquer confissão, nem judicial, nem extrajudicial, por se estar perante direitos indisponíveis, face ao disposto no art. 347º, al. b), do CC, então não se pode dar às declarações do réu no IASM nenhum valor confessório.

É que elas recaíram sobre factos relativos a direitos indisponíveis (art. 347º, al. b), do CC). E, por conseguinte, serão *ineficazes*³ enquanto confissão.

E, por isso, pondo de parte a controvérsia, inclinamo-nos para dar às declarações respectivas junto do IASM o valor de “*reconhecimento não confessorio*”. Isto é, se tais declarações não valem de jeito nenhum como confissão, ao menos valerão como declarações que reconhecem factos desfavoráveis e que, conseqüentemente, valerão como “*elemento probatório que o tribunal apreciará livremente*” (art. 354º, do CC).

Ou seja, o documento será livremente apreciado nesta vertente⁴, exactamente como valeria se fosse considerado declaração confessoria a que não fosse atribuído valor de prova plena, mas de livre apreciação pelo tribunal, como resulta do art. 351º citado.

Ou seja, não podendo tais declarações ter valor confessorio ou não podendo o tribunal conferir-lhes uma força probatória absoluta e indiscutível, já as poderá utilizar enquanto documento probatório de livre apreciação como qualquer outro.

Dito ainda de outra maneira, mesmo que se não possa retirar do relatório do IASM uma *prova plena* nos moldes acabados de referir, inclusive sobre o conteúdo das declarações de que ele se fez eco, ao menos a convicção da

³ Antunes Varela, J. Migguel Bezerra e Sampaio Nora, *Manual de Direito Civil*, 5ª ed., pág. 549.

⁴ Neste mesmo sentido, António Menezes Cordeiro, ao afirmar que o reconhecimento confessorio opera como elemento probatório que o tribunal apreciará livremente” (*Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo IV, 2005, pág.489).

1ª instância pode ser substituída pela livre convicção que, com base no mesmo documento, pode ser extraída pelo Tribunal de Segunda Instância⁵ em conjunto com os outros elementos constantes do processo.

Quer isto dizer que não podia pura e simplesmente ser negado qualquer valor probatório àquele documento do IASM, tal como lho negou o tribunal “a quo”.

Ora, de acordo com o teor do referido relatório do IASM e das declarações do réu nele vertidas, que por si não foram questionadas, e com os restantes dados, incluindo o depoimento da testemunha, somos a entender que a autora conseguiu provar nos autos a factualidade suficiente à densificação da violação por parte do réu do dever de fidelidade a que respeita o art. 1533º, o que é motivo de divórcio litigioso, segundo o art. 1635º, nº1, do CC, com culpa imputável a este, o que se declarará.

Assim, a decisão da 1ª instância não pode manter-se.

*

7 - A autora requerera, ainda, na petição inicial um regime provisório de alimentos às filhas menores, bem como a regulação do exercício do poder paternal, ao abrigo do art. 957º do CPC.

O tribunal de 1ª instância não se pronunciou sobre o assunto, por prejudicado, face à decisão de improcedência da acção de divórcio. Porém, tendo às partes sido dada oportunidade de se pronunciarem sobre o

⁵ Ac. STJ, de 31/01/2002, Proc. nº 4192/01

assunto, nos termos do art. 630º, nº3, do CPC, a autora manifestou-se favoravelmente à decisão sobre aqueles pedidos, tendo-se o réu remetido ao silêncio.

Vejamos, então.

Quanto ao pedido de *alimentos provisórios*, os autos não fornecem os indispensáveis elementos à decisão. Assim, embora esta decisão não seja submetida a regras de legalidade, mas sim a critérios de oportunidade e conveniência, certo é que, não existem dados minimamente reveladores, nem dos rendimentos dos cônjuges, nem das despesas de cada um, nem dos valores necessários ao suprimento das necessidades dos menores nos vários domínios.

A recorrente terá, assim, que fazer uso, em sede própria, da faculdade legal de fixação de alimentos definitivos às menores, caso insista nesse propósito e se tal se mostrar necessário, na sequência do que se decidirá já de seguida, a propósito da regulação do exercício do poder paternal.

*

8 - No que concerne à *regulação do exercício do poder paternal*, temos como relevante o documento apresentado pelo IASM, revelador que as menores estão ao lado da mãe, sem, contudo, excluírem o pai das suas vidas. Mostram, aliás, preferência por um poder paternal conjunto e por uma convivência familiar sob o mesmo tecto.

Nada obsta a tal solução, por se nos afigurar ser a que melhor protege as

menores (arts. 1733º e 1761º, nº1, do CC).

Assim, e sem mais delongas, nos termos do referido preceito, determinar-se-á que as responsabilidades parentais sejam exercidas por ambos os progenitores nos termos que vigoravam antes do divórcio, na hipótese de todos os elementos do agregado continuarem a viver na mesma casa de família.

No caso de sobrevir uma separação de pessoas da casa que actualmente é da família, então as menores ficarão confiadas à mãe.

Nessa hipótese, ainda, o réu poderá visitá-las sempre que o deseje, mediante aviso prévio à autora e desde que isso não perturbe a vida escolar das filhas.

IV- Decidindo

1 - Nos termos expostos, acordam em conceder provimento ao recurso e, em consequência:

- a) Alteram a matéria de facto, consignando o seguinte facto:

O réu, durante o casamento com a autora, manteve relações extraconjugais com outra mulher, de quem tem dois filhos.

- b) Revogam a sentença recorrida, e julgam *procedente a acção de divórcio*, declarando assim dissolvido o casamento entre a autora A e o réu

B por culpa exclusiva deste.

2 - Nos termos dos arts. 630º, nº 2 e 957º do CPC, regulando-se *provisoriamente* o exercício do poder paternal dos filhos, determina-se que:

- C e D, filhos menores da autora e do réu, fiquem confiados à guarda e confiança conjunta de ambos enquanto os progenitores viverem sob o mesmo tecto;

- se e quando os progenitores passarem a viver em casas separadas, os filhos serão confiados à guarda e confiança da mãe, podendo, embora, o pai, ora réu, visitá-los aos fins-de-semana, mediante prévio aviso à mãe com pelo menos dois dias de antecedência.

2.1 - Por falta de elementos, nada se decide provisoriamente a título de alimentos às menores por parte do pai.

Custas pelo réu em ambas as instâncias.

TSI, 22 de Janeiro de 2015

José Cândido de Pinho

Tong Hio Fong

Lai Kin Hong