

Proc. n° 65/2016

Relator: Cândido de Pinho

Data do acórdão: 21 de Abril de 2016

Descritores:

-Divórcio litigioso

-Separação de facto

-Caducidade do direito

-Violação continuada de deveres conjugais

-Dever de coabitação

SUMÁRIO:

I. O prazo previsto no art. 1641º do CC, fora dos casos de violação continuada de algum dever conjugal, serve para a caducidade do direito de pedir o divórcio, quer pelo autor da acção, quer pelo réu em reconvenção.

II. O referido prazo de três anos de caducidade, contado geralmente desde o conhecimento da cessação dos factos respectivos, é inaplicável aos casos de *violação continuada dos deveres dos cônjuges*.

III. Na acção de divórcio com fundamento na separação de facto por 2 anos consecutivos, pode a ré reconvinte pedir igualmente o divórcio com base no mesmo fundamento, embora imputando ao autor a culpa na separação.

IV. Provado na acção que o autor deixou de residir de casa, sem se demonstrar que o fez por razões imputáveis à ré, fica apurado que a separação de facto se ficou a dever a culpa sua, por violação do dever de coabitação.

Proc. n° 65/2016

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

I – Relatório

A, casado, de nacionalidade chinesa, com residência em Macau, na XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, titular do Bilhete de Identidade de Residente Permanente de Macau n°XXXXXXXX(X), emitido em 08.09.2006, pela Direcção dos Serviços de Identificação de Macau, instaurou no TJB (*Proc. n° FM1-14-0013- CDL*) *acção de divórcio litigioso* com fundamento na separação de facto por dois anos consecutivos contra ----

B, casada, de nacionalidade chinesa, com residência em Macau, na XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

*

Na oportunidade, foi proferida sentença que declarou procedente a acção e parcialmente procedente a reconvenção e, em consequência, declarou dissolvido o casamento entre o autor e a ré, com culpa exclusiva daquele.

*

O autor, inconformado com a sentença, dela interpôs recurso jurisdicional, em cujas alegações formulou as seguintes conclusões:

«A. De acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 1628.º do C. Civil, o divórcio litigioso é requerido no tribunal por um dos cônjuges, podendo ter por fundamento o facto de o outro cônjuge “(...) violar culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade da vida em comum (...)” (cfr. n.º 1 do artigo 1635º), sendo, ainda, fundamento de divórcio litigioso a separação de facto dos cônjuges por dois anos consecutivos (cfr. alínea a) do artigo 1637.º do C. Civil).

B. No caso *sub judice*, por acórdão de 20 de Junho de 2015, do Tribunal Judicial de Base, foi considerado totalmente procedente, o pedido de divórcio litigioso do Recorrente contra a Recorrida, com fundamento na separação de facto por mais de dois anos consecutivos.

C. A coberto deste pedido, de exercício potestativo e, que não teve origem em qualquer facto ilícito praticado pela Recorrida, o Recorrente limitou-se a pedir a dissolução matrimonial. E, embora a lei admita no caso de separação de facto, como decorre do artigo 1638.º, n.º 2, com remissão para o artigo 1642.º do Código Civil, a possibilidade de existir culpa de um ou de ambos os cônjuges ou, de nenhum deles especificamente, entendeu o Recorrente nada alegar a esse respeito.

D. Acontece que a Recorrida veio em reconvenção alegar que o Recorrente violou todos os deveres a que os cônjuges estão reciprocamente vinculados isto é, os deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência, pedindo “(...) que seja julgado improcedente o pedido do Autor e decretado o divórcio entre as partes, Ieclarando-se o Autor principal culpado do divórcio (...)” (cfr. fls. 2, do douto acórdão).

E. Assim e, para além de julgar procedente o pedido do Recorrente, o douto acórdão proferida em 20 de Junho de 2015, também julgou “(...) parcialmente procedente o pedido reconvenicional com base na

violação do dever de coabitação por parte do Autor declarando-se o Autor (...) o único e exclusivo culpado (...) (cfr. fls. 17, 1.º parágrafo, do douto acórdão).

F. O objecto do presente recurso passa, então, no essencial, por saber:

Se é admissível processualmente em acção de divórcio litigioso que, tendo procedido o pedido do Autor/Recorrente com fundamento na separação de facto, que ao abrigo na alínea c) do n.º 2 do artigo 218.º do Código de Processo Civil, possa a pretensão reconvenicional deduzida pela Ré/Recorrida, com fundamento na violação do dever de coabitação, proceder parcialmente, apenas no referente à declaração do Recorrente como único e exclusivo culpado?

G. Com o devido respeito, tal não nos parece admissível.

Isto porque, se é certo que a Recorrida, nos termos do n.º 2 do artigo 218.º do Código de Processo Civil, pode reconvir porque o seu pedido tende a conseguir, em seu benefício, o mesmo efeito jurídico que o Recorrente se propõe obter isto é, a dissolução do casamento, já não pode é buscar a reversão, a seu favor, da consequência da providência judiciária pretendida isto é, a declaração de culpa do Recorrente.

H. Isto porque, não tendo sido decretado o divórcio pela causa de pedir subjacente à reconvenção, com fundamento na violação dos deveres conjugais, que permitiriam à Recorrida impor ao Recorrente a dissolução do casamento, como justificar a declaração de que o Recorrente é o cônjuge exclusivamente culpado (cfr. artigos 1533.º e 1635.º, ambos do Código Civil) com base nessa mesma causa de pedir?

I. Acontece, ainda, que tendo a separação de facto ocorrido em 2008, o pedido da Recorrida ao reconvir com base na violação do dever de coabitação não poderia ser aceite e constituir causa de pedir da acção, por caducidade, por não haver fundamento Jurídico para invocar a aplicação da parte final do n.º 2, do artigo 1641.º do Código Civil, segundo o qual *“tratando-se de facto continuado, (o prazo de caducidade) só corre a partir da data em que o facto tiver cessado”*.

J. Porque a separação de facto foi provocada e conseqüente do vício de dependência do jogo e dos efeitos dessa doença na conduta desviante da Recorrida, o que impossibilitou a manutenção da vida em comum, desde meados de 2005, é de se considerar que o imperativo ético do cumprimento do dever conjugal de coabitação cessou, não só porque a Recorrida continua a padecer dessa doença, como também por força do decurso de tão longo período de tempo de separação, mais de sete anos.

Neste mesmo sentido, atenda-se às passagens da gravação, dos depoimentos, da testemunha D recorded 04.06-jul.2015 ato 11.51.34 (1F10I\$2WO5811270), (14:58), (16:18) (25:55); da testemunha C, assistente social no Centro de Aconselhamento sobre o Jogo e Apoio à Família E recorded 04.06-jul.2015 ato 11.51.34 (1F10I\$2WO5811270), (35:53); e da testemunha F recorded 04.06-jul.2015 recorded 04.06-jul.2015 ato 12.50.36 (1F12GS7GO5811270), (13:47), (13:47).

L. Aliás, segundo o n.º 1 do artigo 1638.º do C. Civil, entende-se 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*”, mas isto não significa, que no divórcio por separação de facto, a saída dum dos cônjuges da casa de morada da família não possa, conforme o caso concreto, revelar-se justificada mesmo que voluntária e com o propósito de pôr termo à vida conjugal.

M. Sendo que, no caso *sub judice*, revela-se justificada e decorre do julgamento da matéria de facto assente que, “(...) *A Ré padece o vício de dependência de jogo, também designado por “Heavy user” (...)*”.

N. Por outro lado, os argumentos que estiveram na base da decisão proferida ao considerar a Recorrida como cônjuge “inocente” e o Recorrente como cônjuge “culpado”, pecam por erro na apreciação da prova produzida em julgamento isto porque:

- A Recorrida padece do vício de dependência de jogo, também designado por “*Heavy user*” e, conseqüentemente, com esse comportamento criou as condições que determinaram a saída do Recorrente da casa de morada de família tanto mais que, dos depoimentos das testemunhas resulta isso mesmo:

- Passagens da gravação, depoimento da testemunha C [recorded 04.06- jul.2015 ato 11.51.34 (1F10I\$2WO5811270)], aos 33:03, "*Antes da separação já padecia do vício mas apenas foi pedir ajuda ao centro em 2009*"; aos, 35:53, "*A patologia (da Recorrida) é de tal modo grave que afecta totalmente a vida dela até em termos emocionais*", aos 36:26, "*Ela sente a pressão do jogo e tendências suicidas*"; aos 38:01, "*Sente remorsos de jogar e porque não consegue controlar, sente que traiu a família, os amigos e todos que tentaram ajudar e por isso quer suicidar-se*"; aos 55:52 "*procurou o Centro por causa do vício do jogo*";

- Passagens da gravação, depoimento da testemunha F [recorded 04.06- jul.2015 ato 12.50.36 (1F12GS7GO5811270)], aos 04:33 "*A causa da separação foi o jogo*"; aos 13:47 "*(o recorrente) não teve outra alternativa senão separar-se por causa do vício do jogo*";

- Passagens da gravação, depoimento da testemunha G [recorded 04.06- jul.2015 ato 13.05.53 (1F130T5GO5811270)], aos 12:15, "*Para se tratar do vício de jogo foi a outra instituição, à nossa como instituição religiosa veio para obter apoio espirituoi/reticōs*", aos, 17:08, "*as vozes diziam-lhe para se atirar de um prédio*";

- Passagens da gravação, do depoimento da testemunha H [recorded 04.06- jul.2015 ato 12.50.36 (1F13R04W05811270)], aos 2:15, referindo-se à recorrida "*perdeu e devia dinheiro e ele (recorrente) nessa altura saiu de casa e levou consigo as crianças*"; aos 12:01, "*Ela errou no jogo*", aos 18:01, "*a ruptura do casamento tem a ver com o jogo*";

- Passagem da gravação, depoimento da testemunha I [recorded 04.06- jul.2015 ato 12.50.36 (1F14K_FG05811270)], aos 03:08, "*Separaram-se por causa do jogo, apercebi-me disso, há uns de dez anos*".

E, mais,

- Ao Recorrente não cabia o ónus da prova, uma vez que foi a Recorrida, em reconvenção, que alegou

ser o Recorrente o culpado, com fundamento na violação do dever de coabitação, conseqüentemente era à Recorrida, nos termos do artigo 335.º, n.º 1, do Código Civil, que cabia fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado, o que não fez.

O. A prova *in casu* não se basta na alegação da saída do Recorrente da casa de morada de família, à Recorrida cabia provar que em fase do facto assente *“a sua dependência sobre o jogo”*, tal não criou as condições justificativas para essa saída por parte do Recorrente, isto porque a culpa constitui facto constitutivo dos direitos que a lei atribui ao cônjuge inocente ou ofendido, sendo que o ónus da prova, de acordo com o citado artigo cabe àquele que o invoca - *“Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado”*.

P. Assim, tendo sido a Recorrida, em reconvenção, a pedir a dissolução do matrimónio com fundamento na violação do dever de coabitação e, conseqüentemente, que o Recorrente fosse declarado único e exclusivo culpado, é à Recorrida que tal alega, que incumbe prová-lo, não competindo ao Recorrente *“(…) demonstrar que foi o vício de jogo da Ré que o fez sair da casa de morada de família (...)”*, razão pela qual, mal andou a douta decisão proferida, caindo em erro sobre os pressupostos de direito ao invocar o artigo 788.º n.º 1, do Código Civil e ao declarar a culpa do Autor.

Q. Com o devido respeito, pelo exposto, resulta que a douta decisão proferida, não deveria ter julgado parcialmente procedente o pedido reconvenicional com base na violação do dever de coabitação por parte do Recorrente declarando-o único e exclusivo culpado porque, no caso *sub judice* embora tenha sido pedida pela Recorrida a declaração de culpa, independentemente do divórcio ter sido decretado com fundamento em causa de pedir diversa, nem tão pouco resulta da matéria de facto assente, a existência de culpa por parte de qualquer dos cônjuges.

R. Aliás, ficou provado que não foi a saída de casa por parte do Recorrente que comprometeu a possibilidade de continuação da vida conjugal mas sim, a circunstância de a Recorrida se ter tornado dependente do jogo, o que permite concluir que foi essa a causa da ruptura matrimonial, mais, dos

factos mencionadas pelas testemunhas depreende-se que o Recorrente não violou, dolosa e gravemente, o dever conjugal de coabitação e não gerou para a Recorrida o direito de lhe impor a dissolução do casamento com a declaração de culpa exclusiva dele na ruptura da sociedade conjugal.

S. A este propósito atenda-se no seguinte, “(...) *se um dos cônjuges se embriaga ou se droga com frequência, ou comete um crime infamante, está a violar o seu dever de respeito ao outro cônjuge* (...) (cfr. remição do douto acórdão a fls. 10). Ora, quem padece do vício de jogo, facto provado e assente, cria as condições, de ruptura conjugal, tanto mais que resulta do depoimento de C, assistente social que dá, apoio à recorrida no Centro de Aconselhamento sobre o Jogo e Apoio à Família E, ser esta uma paciente muito problemática com tendências suicidas (cfr. passagens da gravação, depoimento da testemunha C, recorded 04.06-jul.2015 ato 11.51.34 (IF10I\$2WO5811270), aos 36:26).

T. Atenda-se ainda que as relações da vida conjugal constituem um fluxo contínuo de actos, atitudes e comportamentos cuja valoração de normalidade, anormalidade ou gravidade depende de uma visão de conjunto, a ser reportada *in casu* ao pretérito de longa data, e não apenas ao facto que determinou a culpa do Recorrente – saída de casa – tendo em conta o motivo invocado no douto acórdão, motivo esse que está justificado.

U. A ser assim, não deveria ter sido considerado pela douta decisão proferida que, a referida violação do dever conjugal de coabitação se assume dolosa e objectivamente grave susceptível de comprometer, no caso do Recorrente e da Recorrida, a possibilidade de vida conjugal comum, tanto mais que, repete-se, a causa justificativa e facto assente que resultou do julgamento da matéria de facto, é que “(...) *a Ré padece o vício de dependência de jogo, também designado por “Heavy user”* (...)”.

Por último,

V. A Recorrida, em reconvenção, imputa ao Recorrente a violação culposa, de todos os deveres conjugais previstos no Código Civil, postergando o dever de probidade ao omitir factos pessoais, necessariamente do seu conhecimento, e ao articular outros que consubstanciam má fé material ou

substancial e fá-lo com dolo, sem um único facto lograr provar.

X. Alegar desta forma configura-se, no mínimo, como litigância de má fé e deve ser sancionado, pelo que deverá a Recorrida ser condenada nos termos pedidos pelo Recorrente, “(...) *em multa e a indemnizar o Autor em quantia a liquidar a final, nos termos do artigo 542.º e artigo 543º do Código de Processo Civil (...)*”.

Z. Perante este quadro factual, não pode haver lugar à declaração de culpa, dada a inexistência de prova dessa mesma culpa por parte de qualquer dos cônjuges, não obstante ter ficado demonstrado dos depoimentos, que a causa justificativa que determinou a saída do Recorrente com os filhos, em 2008, da casa de morada de família, foi o vício de jogo da Recorrida, razão pela qual existe fundamento legal para que se proceda à alteração da douta decisão, a qual violou as normas dos artigos 1641.º, 1637.º 1635.º, 335.º e 788.º, n.º 1, todos do Código Civil e padece de erro na apreciação dos factos provados, como decorre das mencionadas passagens de gravação.

TERMOS EM QUE, nos melhores de direito e sempre com o mui douto suprimento de Vossas Excelências, se requer que seja dado provimento ao presente recurso, proferindo-se decisão que, conhecendo do vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto e de erro na apreciação da matéria de facto, revogue o douto acórdão no referente à declaração de culpa e, anule a procedência parcial do pedido reconvinte.

Assim se fazendo a costumada, JUSTIÇA!»

*

A ré da acção respondeu ao recurso, sintetizando as suas alegações pelo seguinte modo:

«I - As conclusões da motivação do recurso devem ser concisas, precisas e claras, porque são as questões nelas sumariadas que serão objecto de decisão;

II - Quando impugne a decisão de facto, o recorrente tem o ónus de especificar quais os concretos pontos da matéria de facto que em seu entender foram incorrectamente julgados e quais os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo nele realizado, que sobre esses pontos da matéria de facto, que tenham sido previamente indicados, por referência aos quesitos da base instrutória, e não outros, impunham decisão diversa da recorrida;

III. Deve ser liminarmente rejeitado o recurso em que o recorrente não dê cumprimento, nem sequer de forma remota, ao disposto no artigo 599.º, n. 1, do C.P.C.;

IV. Não existe qualquer contradição ou violação da lei quando a sentença recorrida dá como provado que estão preenchidos os requisitos para ser decretado o divórcio com fundamento na separação de facto entre os cônjuges e que a ruptura do casamento se ficou a dever à violação do dever de coabitação por parte do Autor marido;

V. Tendo sido dado como não provado o quesito da base instrutória em que se perguntava se “o projecto de vida comum do casal ruiu por força do comportamento da R. (dependência de jogo)?”, não podia o Tribunal a quo concluir em sentido diferente daquele que ficou a constar da decisão recorrida;

VI. Não é suficiente para se concluir pela litigância de má-fé de uma das partes que a parte que invocou determinados factos não tenha conseguido fazer prova dos mesmos, mostrando-se necessária para tal condenação que se tenha provado uma versão contrária à dos factos alegados;

VII. A decisão recorrida fez uma correcta apreciação dos factos e do Direito, não merecendo qualquer censura ou reparo.

Termos em que deverá o recurso ser rejeitado, com o que continuarão Vossas

Excelências, senhores juizes, a fazerem sã e costumeira Justiça.»

II – Os Factos

A sentença deu por assente a seguinte factualidade:

«Da Matéria de Facto Assente:

- *O Autor e a Ré contraíram casamento em Macau, em 06 de Março de 1995. (Cfr. Certidão de casamento junta como Doc. n.º 1 da p.i.) (alínea A) dos factos assentes).*
- *Deste casamento existem um filho e uma filha, ambos maiores, chamados J e K, com 19 e 18 anos de idade. (Cfr. Certidões de nascimento junta como Doc. n.º 2 e 3 da p.i.) (alínea B) dos factos assentes).*

Da Base Instrutória:

- *Desde 2008, o Autor e a Ré vivem definitivamente separados (resposta ao quesito da 1º da base instrutória).*
- *Em 2005, o Autor deixou de residir na casa onde vivia com a Ré e passou a residir com o seu pai (resposta ao quesito da 2º da base instrutória).*
- *Desde 2008, o Autor e a Ré nunca mais partilharam quer as refeições*

quer o leito conjugal (resposta ao quesito da 3º da base instrutória).

- Desde 2008, o Autor não tem qualquer propósito de restabelecer qualquer comunhão de vida entre o casal (resposta ao quesito da 4º da base instrutória).

- Entre 2005 e 2008, o Autor ia esporadicamente à casa onde vivia com a Ré para aí pernoitar (resposta ao quesito da 6º da base instrutória).

- A partir de 2008 e depois da venda da casa de morada de família descrita em C) dos factos assentes, o Autor deixou de querer viver com a Ré e não mais voltou a dormir com a mesma (resposta ao quesito da 7º da base instrutória).

- Por isso, a Ré arrendou um outro apartamento onde passou a viver definitivamente separada do Autor (resposta ao quesito da 8º da base instrutória).

- A Ré padece o vício de dependência de jogo, também designado por “heavy user” (resposta ao quesito da 15º da base instrutória)».

III – O Direito

1 – Introdução

O autor intentou a acção de divórcio com fundamento na *separação de facto dos cônjuges por dois anos consecutivos*, nos termos do art. 1637º, al.

a), do CC.

Trata-se de um divórcio litigioso, em que não é importante a demonstração culposa dos deveres conjugais.

A ré, porém, veio aos autos deduzir reconvenção, imputando nela ao autor da acção a culpa na separação de facto por aquele período.

O autor, no entanto, defendendo-se da reconvenção, arguiu a caducidade a que respeita o art. 1641º do CC.

A sentença julgou improcedente a matéria da excepção de caducidade e, quanto ao mérito, declarou a culpa do autor na separação de facto por violação do dever de coabitação, tendo concluído pela verificação da impossibilidade de vida em comum entre A e R.

*

2 - Da caducidade

Considerava o autor da acção, ora recorrente, que a ré já não podia deduzir com êxito o pedido de divórcio por ter decorrido já o prazo de três anos a contar da data em que ela teve conhecimento do facto susceptível de fundamentar o seu pedido reconvenicional.

A sentença deu como provado que o autor deixou de viver definitivamente com a ré em 2008. Mas, por entender que se trata de uma violação contínua que ainda não cessou, considerou que o prazo de caducidade ainda não se tinha esgotado, face ao disposto no art. 1641º, do CC.

Vejam os.

A propósito da congénere disposição portuguesa, a doutrina tem entendido que o preceito, na parte em que se refere à violação continuada dos deveres dos cônjuges, impede a verificação da caducidade (**Pires de Lima e Antunes Varela**, *Código Civil anotado*, IV. 2ª ed., pág. 550-555; Pereira Coelho, *Caducidade do direito ao divórcio ou à separação de pessoas e bens*, in RLJ nº 104, págs. 51-54, 67-68, 84-86, 102-107, 134-136; Ac. STJ, de 10/03/1998, Proc. nº 98A174).

Pensamos que é a boa solução. Com efeito, se assim não fosse, pareceria óbvio que nunca os cônjuges poderiam pedir o divórcio, mesmo que em vez do período de três anos, até tivessem passado 7, 10 ou mais anos de ruptura de vida em comum. Os cônjuges teriam que manter-se casados, apesar de, com o decurso do tempo, até existir cada vez mais razão para a dissolução do casamento.

Daí que se tenha entendido que, nas situações de violação continuada dos referidos deveres, o prazo de 3 anos se deve contar desde o conhecimento da cessação dos factos respectivos.

Isto é assim, inquestionavelmente, até mesmo para o autor. Aliás, é até por essa razão que o autor intentou a acção de divórcio em 2014 cinco anos depois de ter deixado definitivamente de residir com a ré, o que aconteceu em 2008 (cfr. resposta ao art. 1º da base instrutória).

*

2.1 - Pergunta-se, pertinentemente, se a mesma disciplina se deve aplicar à ré, no seu papel de reconvinte.

A pergunta pode fazer sentido sobretudo nos casos em que a ré não pede o divórcio, mas se limita a invocar factos demonstrativos da culpa do autor concernente ao abandono do lar e, por isso mesmo, à separação de facto.

Não é isso, porém, o que emerge da reconvenção. Na verdade, nesta peça ela também formula o pedido de divórcio, embora imputando ao autor a culpa na separação de facto.

Ora, sendo assim, não faria sentido que o autor pudesse formular o pedido na acção de divórcio mais de três anos depois da ruptura conjugal e da separação de facto consequente e não pudesse a ré fazer o mesmo na reconvenção, se na base de ambos os respectivos pedidos está a mesma causa: a separação de facto continuada!

Entendemos, inclusive, que a solução não poderia deixar de ser a mesma, ainda que a ré da acção não tivesse formulado também o pedido de divórcio e se tivesse bastado unicamente com a invocação dessa matéria exceptiva: a atribuição da culpa ao autor pela saída do lar. Nesse pressuposto, à matéria da causa de pedir introduzida pelo autor sem limitação de tempo, por se tratar de facto continuado, poderia a ré defender-se também sem quaisquer constrangimentos de caducidade.

Portanto, quer por uma ou outra das razões sempre à ré assistia o direito de trazer aos autos esta matéria.

Assim, andou bem a sentença quanto a este aspecto.

O recorrente trouxe à liça alguns factos que segundo a sua opinião poderiam ter levado o tribunal “a quo” a decidir diferentemente quanto à excepção de caducidade. Todavia, esses factos são irrelevantes para efeitos da caducidade. Quando muito, apenas poderiam servir de fundamento à causa (leia-se, “culpa”) que o terá feito a abandonar o lar conjugal. Mas, isso será analisado mais à frente.

*

3 – Da violação do dever de coabitação

O recorrente não aceita que a sua saída de casa tenha sido por culpa sua, mas sim por culpa da ré, designadamente devido à alegada dependência do jogo por parte desta.

Ora, nada disso ficou provado. Na verdade, o que apenas se provou é que a ré padece do vício de dependência do jogo, também designado de “heavy user” (resposta à matéria do quesito 15º), mas por demonstrar ficou que o projecto de vida em comum do casal em virtude do comportamento da ré relativo à dependência do jogo, face à resposta negativa ao art. 16º da BI.

Ou seja, o autor não conseguiu provar a relação de causa-efeito entre a sua saída definitiva do lar em 2008 e o comportamento da ré no tocante ao vício do jogo de que sofre. Fica assim, somente, a matéria dos arts. 1º, 2º, 3º e 4º da BI, o que sem dúvida revela a violação do autor do dever de

coabitação.

-

3.1 - E não se diga que o tribunal “a quo” não fez mais do que um trabalho de presunção de culpa.

Não sufragamos esta posição, na medida em que os elementos dos autos demonstram que foi o autor que em 2008 “...*deixou de residir na casa onde vivia com a Ré e passou a residir com o seu pai*”. Basta a nosso ver que ele tenha deixado de residir – sem mais – para se concluir que a iniciativa partiu de si, se deveu à sua vontade e que *desde essa data não tem qualquer propósito de restabelecer qualquer comunhão de vida com a ré* (resposta ao art. 4º da BI).

Não é um problema de presunção. O tribunal não presumiu a culpa do autor. Limitou-se antes a extrair os efeitos da não observância do ónus probatório que sobre os seus ombros carregava.

O problema é, assim, de mera prova. Provado esse facto (separação), ao autor caberia demonstrar que a culpa dessa separação se ficou a dever à ré; só que essenexo de causalidade não ficou provado (cfr. art. 335º, nº2, do CC). Isto é, o julgador não presumiu a culpa do autor da acção; limitou-se a consignar os factos apurados concernentes à matéria dos arts. 1º a 4º da BI. E, uma vez provados estes factos, a culpa do autor ficaria demonstrada, salvo se ele conseguisse revelar uma causa imputável à ré. E não conseguiu, como se viu.

Diferente seria se tivesse ficado provado simplesmente que os cônjuges estavam separados de facto desde 2008. Realmente, a separação de facto não supõe necessariamente a culpa. Mas coisa diferente é se algum deles consegue demonstrar que a separação se deveu ao outro. É perfeitamente possível que o autor demonstre a separação de facto (e com isso logre o divórcio) e a ré, em reconvenção demonstre que a separação se ficou a dever à saída de casa do autor e com a intenção de não mais reatar a vida em comum.

Mas, não. O que se provou é que o autor saiu de casa definitivamente em 2008. E esse simples facto, à falta da exclusão da sua culpa e à omissão de razões imputáveis à ré, é por si só revelador da culpa do autor.

-

3.2 - Certo é que o recorrente tenta no recurso demonstrar o erro na apreciação da prova quanto à causa da separação.

Todavia, fê-lo de forma deficiente, não só por não ter estabelecido uma rubrica ou um capítulo dedicado a esta questão da prova nas alegações do recurso, mas ainda porque não obedeceu aos requisitos do art. 599º, do CPC.

De qualquer maneira, e sempre no âmbito do princípio da cooperação e pro-actione que permita relevar alguma irregularidade formal na invocação da impugnação da matéria de facto, sempre nos cumpre ir dizendo que o processo não permite contrariar a convicção a que alcançou

o colectivo decisor (cfr. fls. 125 e v^o). Na realidade, sobre esta matéria o colectivo decisor retirou algum relevo ao depoimento das testemunhas que depuseram sobre o assunto na medida em que as não considerou detentoras de um conhecimento directo sobre os factos, mas apenas indirecto e partir de tudo quanto o autor ou a ré lhes tinham contado.

Ora, “*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, sob pena de se transformar a instância de recurso, numa nova instância de prova. É por isso, de resto, que a decisão de facto só pode ser modificada nos casos previstos no art. 629º do CPC. E é por tudo isso também que o tribunal de recurso não pode [em princípio] 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. TSI, de 28/05/2015, Proc. n^o 332/2015).

Dito isto, a livre convicção dos julgadores da 1^a instância, neste caso, a que não é estranho o próprio *princípio da imediação*, não é minimamente abalada pelos depoimentos das referidas testemunhas. Ou seja, a dependência do jogo por parte da ré, embora provada, não significa necessariamente ter sido a causa da saída de casa, como foi decidido na 1^a instância.

-

3.3 - Quer isto dizer que, ao deixar de residir na casa de morada de família sem uma causa culposa justificativa atribuída à esposa, o autor cometeu a violação do dever de coabitação (art. 1462º, do CC).

*

4 – Continuação

Face ao que se acaba de dizer, concordamos plenamente com a sentença quando apela ao disposto no art. 788º, nº1, do CC, que refere que *“Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento culposo da obrigação não procede de culpa sua”*.

Neste sentido, não interessa retirar ilações acerca do comportamento vicioso da ré em matéria de jogo. A ré podia ser a pessoa mais viciada do mundo e, nem por isso, o autor tinha que sair de casa, a não ser que esse comportamento fosse impossibilitador da coabitação e da vida em comum dos membros do casal. Mas essa era matéria que cumpria ao autor demonstrar, como já dissemos. E tal não o conseguiu fazer.

Acresce dizer que o divórcio pode ser pedido pelo autor e, simultaneamente, pela ré em reconvenção, caso em que a prova da culpa do divórcio imputada ao autor (da separação de facto invocada) podia ser, obviamente, feita pela ré ao abrigo da invocação dos respectivos factos em sede de reconvenção nos termos o art. 218º, nº2, al. c), do CPC (**Viriato Lima**, *Manual de Direito Processual Civil*, 2ª ed., pág.311).

*

5 – Da má fé

Sustenta o autor, recorrente, que a ré deveria ter sido condenada por litigância de má fé, ao abrigo do art. 385º, do CPC.

Ora, apesar de a ré não ter convencido o tribunal “a quo” das diversas violações invocadas dos deveres conjugais por parte do autor da acção, isso não significa que a sua actuação processual tenha sido mal intencionada e ofensiva de qualquer dos deveres negativos plasmados no art. 385º, nº2, do CPC. Todos os factos que a ré não provou não são necessariamente falsos, tal como não se pode dizer terem sido inventados com motivos ilegais e com o objectivo de entorpecer a acção da justiça ou com o intuito de oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar.

O tribunal não os deu por adquiridos ou assentes porque a prova efectuada não foi reveladora da alegação respectiva. É, por conseguinte, um problema da força da prova, no quadro da *livre convicção* que a respeito dos factos em causa o tribunal extraiu. É também a consequência da ponderação do juiz sobre o ónus probatório em concreto e sobre a aplicação da regra do nº335º, nº3, do CC sempre que subsista a dúvida.

Assim, porque não era caso para concluir pela litigância de má fé por parte da ré, andou bem a decisão recorrida.

IV – Decidindo

Face ao exposto, acordam em negar provimento ao recurso.

Custas pelo recorrente.

TSI, 21 de Abril de 2016

José Cândido de Pinho

Tong Hio Fong

Lai Kin Hong