

## **Processo n.º 521/2017**

*(Recurso em matéria cível)*

Data: 26 de Abril de 2018

### **ASSUNTOS:**

- Divórcio litigioso e causa de pedir
- Decretar divórcio com base num facto não alegado pela Autora
- Nulidade da sentença

### **SUMÁRIO:**

I – A Autora pediu que seja decretado o divórcio com base nos factos integradores da violação de deveres conjugais e só, e, não chegou a alegar factos de outra natureza, portanto a causa de pedir é simples.

II – O facto (assente) “ *a Autora deixou a casa e levou as filhas consigo para viver noutra sítio* ” não foi alegado pela Autora, mas sim, invocado pelo Réu, só que este não chegou a deduzir reconvenção de divórcio, em bom rigor, não se justifica a selecção de tal facto para a base instrutória.

III – Se a Autora não conseguir provar a violação grave e culposa pelo cônjuge demandado de algum de deveres conjugais, não pode ser atendível

o facto ter abandonado (pela Autora) o lar conjugal para efeitos do divórcio fundado na separação de facto, se a Autora não proceder à alteração da causa de pedir nos termos legais.

IV - Decretar o divórcio com base nos factos não alegados pela Autora causa a nulidade da sentença nos termos do disposto no artigo 5º/2 e 571º/1-d) do CPC.

O Relator,

---

Fong Man Chong

## **Processo n.º 521/2017**

*(Recurso em matéria cível – divórcio)*

Data : 26/Abril/2018

Recorrente : A (Réu)

Recorrida : B (Autora)

\*

### **ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA RAEM:**

#### **I - RELATÓRIO**

上訴人 **A**，身份資料詳載於卷宗內，對原審法院(家庭及未成年人法庭合議庭，訴訟離婚案，案卷編號: FM1-14-0210-CDL)於 2017 年 1 月 26 日所作之判決不服，向本中級法院提起平常上訴。

原審法院根據澳門《民法典》第 1638 條之規定，以上訴人 **A** 及被上訴人 **B** 事實分居連續超過兩年為由宣告解銷雙方的婚姻關係(詳見卷宗第 268 至 270 頁背頁之判決，在此視為完全轉錄)，上訴人提出的上訴請求為：

- 要求撤銷原審法院的判決;及
- 駁回被上訴人(原告)訴訟離婚的請求。

上訴人適時提交上訴理由，其結論如下：

1. 原審法院以澳門《民法典》第1638條規定以上訴人(A)及被上訴人(B)事實分居連續兩年為由解銷雙方的婚姻關係。

2. 然而，在絕對尊重原審法院合議庭的見解之前提下，原審法院合議庭的上述判決存在法律上的錯誤瑕疵。

3. 原審法院合議庭的上述判決屬於《民事訴訟法典》第571條1款d)項後半部分所指的情況“法官審理其不可審理之問題”，因而導致判決無效：

i. 作為訴訟離婚的依據，「事實分居連續兩年」並非法院本身依職權審查的問題。在沒有將此依據納入訴訟辯論的範圍之情況下，原審法院無權依職權審理夫妻雙方是否已事實分居連續兩年。可見，原審法院審理其不可審理的問題。

ii. 「事實分居連續兩年」作為訴訟離婚的依據並非法官依職權審理的範圍，根據「處分原則」，組成訴因之事實及抗辯所依據之事實，係由當事人陳述。翻查卷宗，「事實分居連續兩年」這一訴訟離婚的依據自始至終沒有被納入訴訟辯論的範圍之內，上訴人亦沒有被給予機會就此依據進行答辯或防禦。因此原審法院的判決違反「處分原則」及「辯論原則」。

4. 此外，透過事實審所獲得的事實未能支持原審法院所作出的最後判決：

i. 「事實分居連續兩年」所要求的兩年期間是實體期間，換句話說應在提起訴訟一刻已符合主觀及客觀條件，否則請求應予以駁回。本案中，僅證實距離被上訴人離開家庭居所至提起訴訟離婚程序僅不足一個月，因此不可能以「事實分居連續超過兩年」為訴訟離婚的依據。更不應將訴訟程序所花時間計算入事實分居的期間中。

ii. 更甚者，被上訴人無法證實自己已經與上訴人事實分居連續兩年，卷宗內亦沒有相關證據支持此一依據，因此不可以「事實分居連續兩年」為由解銷上訴人及被上訴人的婚姻關係。因此透過事實審所獲得的事實未能支持原審法院所作出的最後判決。

5. 最後，原審法院用以支持其判決的事實是由上訴人所提出的防禦，而根據「處分原則」組成訴因之事實由當事人陳述，本文中，被上訴人作為請求原審法院解銷婚姻的請求人，用以支持其所請求之事實必須由其所陳述，因此原審法院不應部分適用上訴人所提出的防禦所依據之事實解銷雙方婚姻。可見獲證明之事實除不足以支持原審法院的最後判決之外，原審法院進一步違反「處分原則」。

\* \* \*

**B, Recorrida nos presentes autos (Autora na primeira instância), veio apresentar as suas contra-alegações, concluindo da seguinte forma:**

1. 上訴人認為“事實分居連續超過兩年”這一依據並非法院依職權審查的問題，以及審理上述理據是違反處分原則及辯論原則。
2. 根據《澳門民事訴訟法典》第567條及第5條中規定，法官在適用法律方面並不受限制。
3. “事實分居超過兩年”屬結論性事實，應包括兩方面: 1)夫妻雙方沒有如夫妻般生活而分開生活的一種狀態; 2)即雙方或其中一方不再具有共同生活之意願。
4. 而在本案，何時開始分居這一事實是由上訴人於其答辯狀第18點中陳述的。
5. 其答辯狀第18點的內容: “原告於2014年11月上旬的某一天，便自行帶同兩名女兒離開位於「澳門XX街XX號XX大廈X樓X座」的居所，並搬到被告不知悉的地方”
6. 其後，於清理批示調查基礎內容中亦篩選了上訴人所提出的事實，並列入第8點的疑問點，內容如下: 原告於2014年11月上旬的某一天，便自行帶同兩名女兒離開位於「澳門XX街XX號XX大廈X樓X座」的居所，並搬到被告不知悉的地方，故此，被告並沒有辦法向原告支付任何的家庭開支?
7. 在庭審開始前，法官將以下事實納入調查基礎內容，並經上訴人及被上訴人同意: "A Autora não tem o propósito de restabelecer a vida conjugal com o Réu?"
8. 故此，事實分居超過兩年的事實，尤其是上訴人及被上訴人自何時開始分居這一事實，在清理批示及庭審中皆被討論，且上訴人亦完全享用了其防禦的權利。
9. 經過庭審後，亦獲證實: “Provado apenas que a Autora em um dia indeterminado do início de Novembro de 2014, levou com ela as suas duas filhas e deixou a casa nonde vivia com o Réu.”
10. 從上述回覆，由於本素的庭審是2017年1月，而已證實原告於2014年11月起離開原被告的家庭居所，故此，綜合分析有關狀況，再依據一般經驗法則，不難得出上訴人與被上訴人至少自2014年11月起已經事實分居超過兩年的結論。

11. 故此，被上訴法院判處離婚的事實依據是雙方陳述的事實。

12. 根據《民事訴訟法典》第5條第2款有關「處分原則」的規定，“法官僅得以當事人陳述之事實作為裁判基礎，但不影響第四百三十四條及第五六十八條規定之適用，亦不妨礙法官依職權考慮從案件調查及辯論中所得出之輔助性事實。

13. 而上訴人與被上訴人何時分居這一項事實是由上訴人在其答辯中陳述的事實，故明顯是符合處分原則。

14. 而上訴人的答辯狀亦有按法律規定通知被上訴人(卷宗第220頁)，而被上訴人亦有作出原告之反駁(卷宗第221-223頁)，因此，原審法院的判決並沒有違反「處分原則」及「辯論原則」。

15. 上訴人認為提起訴訟離婚時就必需符合事實分居連續兩年的客觀事實，且倘訴訟待決期間的時間應被計算在內是不合邏輯及導致訴訟被濫用。

16. 根據《民事訴訟法典》556條規定，被上訴法院作出判決時應考慮第一審辯論終結時，即2017年1月16日前之事實。

17. 雖然於2014年11月24日提交起訴狀時(卷宗第2頁)，上訴人與被上訴人分居仍未超過兩年，但於第一審法庭審完結前，雙方分居已經超過兩年。

18. 故此，在作出判決時，被上訴法院將第一審辯論終結前的時間納入計算夫妻雙方分居時間的計算範圍，完全符合《民事訴訟法典》556條及訴訟經濟原則的規定。

19. 上訴人認為原審法庭違反了「處分原則」考慮了上訴人所提出的防禦事實作判案依據。

20. 「處分原則」的概念是，作為實體關餘的當事人在訴訟中所作出的處分行為。"及作為一般規則，法官僅得採用當事人分條縷述的事實，因為必需的事實由當事人陳述。"

21. 而上述規定中所指的當事人，並非僅限於原告，而應包括原告及被告所陳述的事實。

22. 因此，被上訴法院並沒有違反處分原則。

\* \* \*

Foram colhidos os vistos legais, cumpre analisar e decidir.

\* \* \*

## **II - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS**

Este Tribunal é o competente em razão da nacionalidade, matéria e hierarquia.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária e são dotadas de legitimidade “*ad causam*”.

Não há exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

\* \* \*

## **III - FACTOS**

Com pertinência, têm-se por assentes os factos seguintes:

1. A Autora e o Réu celebraram casamento civil em 18.06.1994 na RPC, Província de Guangdong, Cidade de Zhongshan, Civil Affairs Bureau;
2. Do casamento resultaram duas filhas:
  - C, feminino, solteira, nascida a 20/01/1995 na RPC, Província de Guangdong, Cidade de Zhongshan;
  - D, feminino, solteira, nascida a 16/08/1997 na RPC, Província de Guangdong, Cidade de Zhongshan.
3. A Autora em um dia indeterminado do início de Novembro de 2014, levou com ela as suas duas filhas e deixou a casa onde vivia com o Réu;
4. A Autora não tem o propósito de restabelecer a vida conjugal com o Réu.

\* \* \*

#### **IV - FUNDAMENTAÇÃO**

Como o recurso tem por objecto a sentença proferida pelo Tribunal de 1ª instância, importa ver o que o Tribunal *a quo* decidiu. Este afirmou na sua douta decisão:

“B, casada, residente em Macau, no ..., telefone nº ...,

vem instaurar acção especial de divórcio litigioso contra

A, casado, residente em Macau, na ....

Alega a Autora ter casado com o Réu em 18.06.1994 na RPC, sendo o Réu viciado em jogos de azar, pelo que, desde o ano de 2014, deixou de contribuir com qualquer quantia para as despesas da família. Em Setembro de 2014, o Réu, em casa, através da grelha de ventilação da casa de banho, espreitou a filha C no chuveiro, o que fez com que as filhas se sentissem muito humilhadas e com medo. O Réu espreitou repetidamente a filha e a Autora no chuveiro e obrigou-as a sair do lar conjugal e viver em outro lugar, sendo que desde então não tem a Autora o propósito de restabelecer a vida em comum.

Pelo que, vem a Autora pedir que se decrete o divórcio entre si e o Réu.

Realizada a tentativa de conciliação sem qualquer sucesso foi o Réu citado para contestar, o que fez defendendo-se por impugnação e por excepção, concluindo pela improcedência da acção.

A Autora replicou respondendo à matéria da excepção defendendo-se por impugnação.

Foi elaborado despacho saneador seleccionando-se a matéria de facto assente e a base instrutória.

Procedeu-se a julgamento com observância do formalismo legal.



Cumpra assim apreciar e decidir.

De acordo com o disposto no nº 2 do artº 1628º do C.Civ. «o divórcio litigioso é requerido no tribunal por um dos cônjuges contra o outro, com algum dos fundamentos previstos nos artigos 1635º e 1637º».

Nos termos da alínea a) do artº 1637º do C.Civ. é fundamento de divórcio litigioso a separação de facto dos cônjuges por dois anos consecutivos, sendo que o divórcio pode ser requerido por qualquer dos cônjuges nos termos do nº 2 do artº 1640º do C.Civ.

Nos termos do nº 1 do artº 1638º do C.Civ. resulta 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.

Há comunhão de vida quando os cônjuges vivem na mesma casa, repartem entre si as tarefas domésticas e de organização do agregado familiar assumindo em conjunto as responsabilidades da família que fundaram nomeadamente a educação dos filhos, repartindo entre si os respectivos encargos, presumindo-se que o fazem, segundo os hábitos e costumes quando dormem no mesmo quarto e ou cama, tomam as refeições em conjunto, fazem e recebem visitas em comum, salvo se razões ponderosas justificarem o contrário.

Da factualidade apurada resulta demonstrado que há mais de dois anos que a Autora e o Réu não vivem juntos nem aquela pretende reatar a vida em comum.

Destarte, não só tem a Autora legitimidade para requerer o divórcio, como também, provada que está a separação de facto por mais de dois anos e o propósito de não restabelecer a vida em comum, se verifica estarem reunidos os pressupostos para que aquele seja decretado.

Quanto à culpa dos cônjuges a determinar nos termos do nº 2 do artº 1638º e 1642º do C.Civ. face à factualidade apurada o que resulta é que Autora e Réu pelo menos desde o ano de 2014 deixaram de viver em comum.

A violação dos deveres conjugais só releva para efeitos de culpa se não for aceite/perdoada pelo outro cônjuge – entendimento que resulta do artº 1636º al. b) do C.Civ. -.

No caso dos autos apenas se apurou que os cônjuges deixaram de viver juntos, pelo que não há elementos para nos termos das disposições legais indicadas se concluir pela culpa de um ou de ambos os cônjuges na separação de facto.

Nestes termos e pelos fundamentos expostos:

- Decreta-se o divórcio entre B e A e assim dissolvido o respectivo casamento nos termos do artº 1643º do Código Civil.

Custas a cargo da Autora.

Registe e Notifique.

Transitada em julgado esta decisão, comunique à CRCivil para os efeitos do artº 58º CRC.

Macau, 26.01.2017.”

Neste recurso, há 2 questões que importa desiludir e decidir:

1) – Quando a Autora invoca os factos integradores da violação de deveres conjugais como fundamentos do pedido de divórcio, não ficando estes provados, provou-se, no entanto, o facto de separação de facto entre a Autora e o Réu há mais de 2 anos, o Tribunal poderá decretar o divórcio com base na separação de facto (sendo certo que esta não é causa de pedir expressamente invocada pela Autora)?

2) – Se a resposta dada à questão acima levantada fosse positiva, e, aquando da propositura da acção de divórcio, a separação entre os cônjuges há menos de 2 anos, este prazo veio depois completar-se na pendência de acção (ou seja, antes da prolação da sentença), poderá o Tribunal atender a este facto

“superveniente” (decorso do tempo) para decretar o divórcio?

\*

Começemos pela primeira.

Relativamente a esta questão, existem 2 correntes jurisprudenciais nos tribunais portugueses.

I – Uma corrente defende que não, ou seja, quando o Autor requer o divórcio com fundamento em factos reveladores da violação de deveres conjugais, factos estes que não se provaram, entretanto ficou provada a separação entre o Autor e a Ré, o Tribunal não pode decretar o divórcio com base neste facto de separação, uma vez que esse não foi invocado como causa de pedir.

No acórdão do Tribunal da Relação do Porto (*Ac. De 29/03/2011, Proc n.º 1506/09.ITBOAZ.P1*), decidiu-se:

“(…) Neste caso, o autor apenas requereu o divórcio com fundamento em factos reveladores da ruptura definitiva do casamento. Factos que não provou e, por isso, o tribunal considerou inexistir este fundamento para decretar o divórcio. Decisão que nenhuma das partes impugnou.

O autor não requereu o divórcio com fundamento na separação de facto, que se baseia em pressupostos diferentes dos que consubstanciam a ruptura definitiva do casamento. E também em momento algum do processo alterou ou ampliou a causa de pedir, por forma a que viesse a ser também considerado o fundamento da separação de facto pelo período de um ano consecutivo. Consequentemente, o juiz estava impedido de conhecer desse novo e diferente fundamento (art. 664.º do Código de Processo Civil). Como exemplifica REMÉDIO MARQUES (em ob. cit. p. 429), se, numa acção de divórcio litigioso baseada na violação de deveres conjugais, o autor não conseguir provar a violação grave e culposa pelo cônjuge

demandado de algum desses deveres conjugais, não pode ser atendível o facto deste ter abandonado o lar conjugal para efeitos do divórcio fundado na separação de facto se o autor não proceder à alteração da causa de pedir dentro do prazo que a lei consente (cfr. também neste sentido o acórdão do STJ de 10-10-2006, em [www.dgsi.pt/jstj.nsf/](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/) proc. n.º 06A2736).

Donde se conclui que o art. 663.º, n.º 1, do Código de Processo Civil não tem aplicação ao caso.

Quanto ao plano da jurisprudência, não se desconhece que existe uma minoritária corrente jurisprudencial que, baseada em meras considerações de economia processual, persiste em argumentar que o tempo decorrido na pendência da acção releva para efeitos do preenchimento do período de tempo de separação exigido por lei.

No seguimento do que já deixámos exposto anteriormente, esta interpretação é, em nosso entender, violadora dos princípios consignados nos arts. 3.º, n.º 3, 264.º, n.º 2, e 664.º do Código de Processo Civil, que impedem que, na decisão, sejam tomados em conta factos não alegados pelas partes e fundamentos não submetidos a audiência contraditória das partes.

A verdade é que a maioria da jurisprudência mantém o entendimento de que os pressupostos que servem de fundamento ao pedido de divórcio hão-de verificar-se na data da instauração da acção ou hão-de resultar de alegação posterior superveniente, nos termos permitidos pelos arts. 272.º, 273.º, n.º 1, e 506.º do Código de Processo Civil. Foi esta a interpretação que subscrevemos em acórdão de 15-01-2008 (em [www.dgsi.pt/jtrp.nsf/](http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/) proc. n.º 0726339), de que fomos relator, e mais recentemente, como adjunto, no acórdão de 15-03-2011, proferido no proc. n.º 5496/09.2TBVFR, que visou situação exactamente idêntica a esta e onde foram citados vários acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça e das Relações em sentido convergente com essa orientação, designadamente o acórdão do STJ de 24-10-2006 (em [www.dgsi.pt/jstj.nsf/](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/) proc. n.º 06B2898) — o qual concluiu, de forma clara e inequívoca, que "o decurso do lapso de tempo exigido pela al. a) do art. 1781.º do CC é um requisito de natureza

substantiva, que, por isso, tem de estar verificado à data do pedido" — os acórdãos da Relação do Porto de 25-05-2006 e de 14-06-2010 (em [www.dgsi.pt/jtrp.nsf/](http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/) procs. n.º 0632604 e 318/09.7TBCHV.P1) e o acórdão da Relação de Guimarães de 11-11-2010 (em [www.dgsi.pt/jtrg.nsf/](http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/) proc. n.º 52/09.8TBMLG.G1).”

II – Existe uma outra corrente jurisprudencial que defende algo diferente, a título exemplificativo, pode consultar o acórdão do STJ, proferido no processo N.º 9767/04, em 03/11/2005, em que se afirmou:

“(…)

IV - Em terceiro lugar, a separação de facto tipificada nas alíneas a) e b) do artigo 1781 deve qualificar-se como causa de divórcio objectiva ou não culposa, em confronto com as violações de deveres conjugais compreendidas na cláusula geral do artigo 1779, que constituem causas subjectivas ou culposas, pelo que, a procedência ou improcedência do divórcio fundado em separação de facto não depende da averiguação da culpa da separação; isto, sem embargo de a acção haver improcedido nas instâncias primacialmente pela circunstância de não se ter apurado que a separação fosse imputável a culpa do réu, dado que a separação fora aí examinada na tónica de causa de divórcio subjectiva, exprimindo uma violação do dever de coabitação à luz do artigo 1779;

V - Consistindo, porém, o problema colocado ao Supremo Tribunal de Justiça, diferentemente, em aferir da relevância objectiva da separação de facto por um ano, como causa de ruptura da vida comum, ao abrigo da alínea b) do artigo 1781.º, a questão posta nestes termos concita uma resposta afirmativa, atenta a verificação dos requisitos enunciados nos pontos antecedentes: o corpus material da separação encontra-se provado, uma vez que decorreu neste momento muito mais de um ano desde que o réu saiu do domicílio conjugal, passando a viver em casa dos pais; e o mesmo se diga do elemento subjectivo

correspondente, na forma de expressão quiçá mitigada aludida em III - para além da persistência processual da autora em obter o divórcio, não obstante os revezes sofridos nas instâncias, verifica-se que o réu marido esteve presente na tentativa de conciliação vestibular, que se gorou, mas já se absteve de contestar a acção e de deduzir no processo qualquer intervenção, *maxime* de oposição ao divórcio;

É de ver que existem jurisprudências para todos os sentidos.

Qual posição melhor adaptável ao caso dos autos?

No caso em apreciação, cabe realçar o seguinte:

1) – A Autora pediu que seja decretado o divórcio com base nos factos integradores da violação de deveres conjugais e só, e, não chegou a alegar factos de outra natureza, portanto a causa de pedir é simples.

2) — “A Autora deixou a casa e levou as filhas consigo para viver noutra sítio” é um facto assente, o qual não foi alegado pela Autora, mas sim, invocado pelo Réu, só que este não chegou a deduzir reconvenção de divórcio, nesta óptica, parece-nos que não se justifique a selecção de tal facto.

3) – Se a Autora não conseguir provar a violação grave e culposa pelo cônjuge demandado de algum desses deveres conjugais, não pode ser atendível o facto ter abandonado (pela Autora) o lar conjugal para efeitos do divórcio fundado na separação de facto, se a Autora não proceder à alteração da causa de pedir nos termos legais.

4) - O decretamento pelo Tribunal do divórcio com base na separação de facto vai além da causa de pedir da Autora, o que determina a nulidade da sentença, nos termos do disposto no artigo 5º/2 e 571º/1-d) do CPC. Situação será diferente, se a Autora invocasse também a separação entre os

conjugais, ainda sob forma lateral, poder-se-á atender a este facto, mas não é este caso dos autos.

5) – Com esta conclusão fica prejudicada a necessidade de analisar uma outra questão suscitada.

Tudo visto, resta decidir

\* \* \*

### **V - DECISÃO**

Em face de todo o que fica exposto e justificado, os juízes do Tribunal de 2ª Instância **acordam em conceder provimento** ao recurso, revogando a decisão do tribunal de primeira instância, julgando improcedente a acção e absolvendo o Réu do pedido.

\*

**Custas pela Autora na primeira instância e sem custas nesta instância.**

\*

**Registe e Notifique.**

RAEM, 26 de Abril de 2018.

Fong Man Chong

Ho Wai Neng

José Cândido de Pinho