

ALGUMAS QUESTÕES SOBRE A SEPARAÇÃO DE FACTO COMO CAUSA DE DIVÓRCIO NO REGIME EM VIGOR EM MACAU

*Em homenagem a Francisco Manuel Pereira Coelho,
Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra*

Manuel Trigo

Professor Associado, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Fazendo uma breve referência ao regime do divórcio com fundamento em separação de facto, procura-se determinar a noção de separação de facto como fundamento de divórcio por ruptura da vida em comum perante os outros tipos de separação de facto juridicamente relevante.

Identificadas várias questões suscitadas pela jurisprudência, procede-se à respectiva análise, sucessivamente, dos pressupostos da separação de facto e da presunção da separação subjectiva pela verificação da separação objectiva sem manifestação em contrário, da separação de facto como separação objectiva por dois anos, do elemento subjectivo de natureza complementar ou essencial, da consideração de que o simples facto de intentar a acção faz presumir desde a separação objectiva a intenção de não restabelecimento da comunhão de vida, da relevância do princípio da actualidade da decisão judicial, e do entendimento de que “o legislador de Macau está a olhar apenas para o requisito objectivo e não também o subjectivo”.

Considerando a evolução legislativa, doutrinal e jurisprudencial, observam-

se os caminhos percorridos na procura de soluções e identificam-se algumas dificuldades enquanto não se definem as perspectivas de evolução do seu regime no âmbito do regime do divórcio.

Palavras-chave: Casamento, coabitação, comunhão de vida, vida em comum, separação de facto, elemento objectivo, elemento subjectivo, separação afectiva, divórcio, ruptura da vida em comum, actualidade da decisão judicial.

I. Breve referência ao regime do divórcio com fundamento em separação de facto como manifestação de ruptura da vida em comum

O casamento cessa por anulação, produzindo efeitos o casamento anulado como casamento putativo. O casamento cessa ainda por dissolução, pois dissolve-se por morte ou divórcio, sendo este por mútuo consentimento, por via registal ou por via judicial, ou sem consentimento, ainda designado divórcio litigioso, por via judicial.

A dissolução por morte ou por divórcio serão as causas mais frequentes da sua cessação, e cada vez mais, além da morte, pois cada vez menos o casamento une os cônjuges até que a morte os separe¹, por se separarem definitivamente pelo divórcio, e se não por acordo, se não for por mútuo consentimento, mesmo sem consentimento, em nome da liberdade pessoal, do direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito à felicidade pessoal. Prefere-se o divórcio por mútuo consentimento, havendo possibilidade de a todo o tempo se poder optar pela conversão do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento.

O divórcio litigioso admite-se com fundamento em causas subjectivas, por violação culposa dos deveres conjugais, e cada vez mais por causas objectivas, de ruptura da vida em comum, conjunta ou exclusivamente, sem prejuízo do relevo que possam ter as motivações subjectivas ao divórcio, tendo evoluído na direcção de uma maior abertura ao princípio da ruptura²; mas não, por isso, como divórcio

1 Ou, como agora cada vez mais se pode afirmar, até que a vida os separe, como se desenvolve numa série televisiva portuguesa, assim caracterizada: ““Até Que a Vida Nos Separe” é uma série de televisão portuguesa de comédia dramática criada e escrita por Hugo Gonçalves, João Tordo e Tiago Santos e produzida pela Coyote Vadio. A série estreou a 3 de fevereiro de 2021, na RTP1, e concluiu a transmissão a 31 de março de 2021. Atualmente, encontra-se disponível na RTP Play.” [https://pt.wikipedia.org/wiki/At%C3%A9_Que_a_Vida_Nos_Separe_(s%C3%A9rie_de_televis%C3%A3o)].

2 Sobre o regime do divórcio e do divórcio litigioso em Macau, ver MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Volume II, *Casamento e União de Facto*, Faculdade

a pedido, unilateral, sem condições ou pressupostos³.

de Direito da Universidade de Macau, 2016, pp 322 e ss e 329 e ss, e em especial pp. 354 e ss. Ver também PAULA CORREIA, *Divorce in Macau: Models, Causes and Consequences*, BFDUM, N.º 17, 2004, pp. 195 e ss, em especial pp. 206 a 208, TERESA SOUSA, *A culpa no divórcio – Breve Análise*, BFDUM, N.º 25, 2008, pp. 207 e ss, e JIANG YI WA, em *Análise dos fundamentos de divórcio litigioso em Macau nos últimos vinte anos: ruptura irremediável e divórcio sem culpa*, BFDUM, N.º 46, pp. 63 e ss.

- 3 O direito português evoluiu para um sistema de divórcio ruptura, pelo regime adoptado com as alterações introduzidas pela *Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Altera o regime jurídico do divórcio*, mas também aí não se pretendeu que se tornasse um divórcio a pedido, antes se quis prevenir esse risco, como se refere se ter tornado o regime do divórcio espanhol; como defende GUILHERME DE OLIVEIRA, *A nova lei do divórcio em Portugal*, Estudos de Direito da Família e Menores, Textos Originais em Língua Portuguesa, CFJJ, 2018, págs. 697 e ss, em especial 698 e 699 e 705 a 709. Ver ainda outros Autores, como FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I Introdução, Direito Matrimonial*, 5.ª edição, 2016, págs. 681 e ss, em especial 717 e ss; um divórcio-remédio para TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, *O Divórcio e Questões Conexas, Regime Jurídico Actual*, 3.ª Edição, Quid Juris, 2011, pp. 65 e 66; ainda apenas um sistema de divórcio-constatação da ruptura e de divórcio-remédio, para JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Reimpressão, 3.ª Edição, AAFDL, 2011, págs. 691 e 692. Ver também RITA LOBO XAVIER, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, Almedina, 2009; CRISTINA DIAS, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, 2.ª Edição, Almedina, 2009, e, com uma avaliação do impacto do novo regime do divórcio sobre o casamento, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações*, in Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho, pp. 77 e ss, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coordenação de GUILHERME DE OLIVEIRA, 2016, disponível (<https://books.google.com/books?id=CD7yCwAAQBAJ&printsec=copyright#v=onepage&q&f=false>).

Ver ainda as referências feitas, MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões, II*, págs. 329 e ss 354 e ss e a bibliografia citada; e CRISTINA DIAS, *Evolução recente do Direito da Família em Portugal-I*, Estudos de Direito da Família e Menores, Textos Originais em Língua Portuguesa, cit., pp. 745 e ss, e mais recentemente GUILHERME DE OLIVEIRA, *Manual de Direito da Família*, com a colaboração de MANUEL MOURA RAMOS, Almedina, 2020, ou ainda EVA DIAS COSTA, *Anotações aos Artigos 1779.º a 1787.º*, pp. 543 a 552, *Código Civil Anotado, Livro IV Direito da Família*, CLARA SOTTOMAYOR (Coord.), 2.ª Edição, 2022.

Por fim, recordando GUILHERME DE OLIVEIRA, *O regime do divórcio em Portugal. A propósito do novo projecto espanhol – Um caso de “paralelismo espontâneo”?*, «Lex Familiae» Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano. 2, n.º 4, 2005, pp. 7 e ss, ver KUONG SI LONG, *A admissibilidade do divórcio a-pedido no ordenamento jurídico português: estudo comparativo com o divórcio unilateral no ordenamento jurídico espanhol*, 2020, Dissertação de Mestrado em Direito apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (acessível a partir de <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/92703?locale=pt>); e sobre o Direito Espanhol, entre outros, LUIS DIEZ-PICAZO e ANTONIO GULLON, *Sistema de derecho civil: derecho de familia, derecho desuaciones*, 10a edicion, Madrid, Tecnos, 2006, pp. 98 e ss, 105 e ss e 115 e ss, em especial pp. 101 a 104, e FRANCISCO JAVIER SANCHEZ CALERO e BERNARDO MORENO QUESADA, *Curso de derecho civil IV: derecho de familia y sucesiones*, Valencia :

O regime do divórcio do Código Civil de Macau de 1999 (CCM), quanto às causas de divórcio, pode considerar-se um sistema misto⁴, então considerado adaptado à realidade e às condições sociais a que se destinava e que⁵, afastando a separação judicial de pessoas e bens, preferindo a resolução definitiva da questão, pela comunhão ou pela separação definitiva, preferiu o divórcio à separação de facto duradoura, tendo como mais significativa alteração o encurtamento do prazo da separação de facto de 6 para 2 anos consecutivos como causa de divórcio litigioso.

A evolução do regime de divórcio foi significativa, mas moderada, de pequenos passos, e quanto a esta questão especialmente cuidadosa, de reequilíbrio de interesses, dos interesses da família e da estabilidade familiar e dos interesses da liberdade individual e da estabilização jurídica de situações de ruptura sem viabilidade de reconciliação⁶.

O divórcio continua a admitir-se, quer por violação culposa de deveres conjugais que comprometa a possibilidade da vida em comum, quer por verificação de causas objectivas de ruptura da vida em comum, designadamente com

Tirant lo Blanch, 2009; 5a edicion, pp. 95 e ss e 101 e ss, em especial pp. 97 a 100.

- 4 À imagem do sistema português então vigente, como era qualificado por FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família*, Coimbra, 1956, pp. 537 e ss, em especial 548 e ss, e FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA *Curso de Direito da Família, Volume I Introdução, Direito Matrimonial*, – 2.^a Edição, 2001, pp. 583 e ss, em especial pp 608 e ss e 628 e ss, 3.^a Edição, 2003, pp. 632 e ss, em especial 661 e ss e 682 e ss, e ver a 4.^a Edição, 2008, pp. 586 e ss, em especial 615 e ss e 636 e ss. Note-se que a 3.^a Edição, 2003, está traduzida para língua chinesa e publicada entre os *Clássicos Jurídicos de Língua Portuguesa*, pela *Law Press China*, 2018. Sobre o regime e o sistema de divórcio de Macau, ver também MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões, Volume II, Casamento e União de Facto*, cit., pp 329 e ss e 354 e ss).
- 5 Além da adopção de um regime de divórcio por mútuo consentimento, judicial e registal, com reserva da via judicial quando haja filhos menores, e dependente de acordo sobre as questões complementares consideradas essenciais, do exercício do poder paternal, dos alimentos e da casa de morada da família.
- 6 Referia LUÍS MIGUEL URBANO, na *Breve Nota Justificativa*, Código Civil, Versão Portuguesa, Imprensa Oficial, Macau, 1999, p. XLI, o seguinte:
 “Não se trata, ao contrário do que uma leitura imediatista possa querer fazer parecer, de um favor ou promoção do divórcio por parte do novo Código ou, tão-pouco, de uma qualquer menor consideração do relevo da instituição do casamento, mas antes da procura de reequacionar e reequilibrar os interesses de sinal contrário que aqui se digladiam. Por um lado, os interesses da família e da estabilidade da mesma – que não meramente formal ou jurídica, mas de promoção do casamento como célula fundamental da nossa sociedade baseada na plena comunhão de vida entre duas pessoas – e, por outro lado, a necessidade de defesa da liberdade e estabilização de situações em que a ruptura prolongada por determinado período não faça mais antever meios fáceis de reconciliação.”

fundamento em separação de facto, nos termos dos artigos seguintes⁷.

Em geral, nos termos do *Artigo 1637.º (Ruptura da vida em comum)*: *São ainda fundamentos do divórcio litigioso: a) A separação de facto por 2 anos consecutivos; b) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a 3 anos; c) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de 3 anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum.*

Em especial, nos termos do *Artigo 1638.º (Separação de facto)*: *1. Entende-se que há separação de facto, para os efeitos da alínea a) do artigo anterior, 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. Mais se prevê: 2. Na acção de divórcio com fundamento em separação de facto, o juiz deve declarar a culpa dos cônjuges, quando a haja, nos termos do artigo 1642.º.*

Pelo que respeita à separação de facto, a previsão do legislador de Macau reproduz *ipsis verbis* a redacção dos correspondentes artigos do Código Civil anteriormente em vigor, com ressalva da referida alteração da previsão da duração da separação de facto de “seis anos” para “2 anos”⁸.

O entendimento geralmente aceite era o de que se admitia o divórcio com fundamento em separação de facto como manifestação do princípio da ruptura, ainda que mitigado com o princípio da culpa, que devia ser declarada para determinação dos efeitos do divórcio.

Era causa de divórcio a separação de facto por seis anos consecutivos, entendendo-se, como se estabelecia especialmente na lei, 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 a não restabelecer”.

7 Quanto à separação de facto, o Coordenador do Projecto do Código Civil acrescentaria apenas o seguinte:

“Ora, parece-nos que verificados os pressupostos de um período de certificação suficiente da ruptura material da relação como são a nosso ver os 2 anos –, a recusa ao cônjuge do poder de se divorciar deixaria de ter qualquer fundamento razoável – justificado pela protecção da instituição do casamento enquanto vínculo efectivo entre pessoas – para funcionar tão apenas como sancionamento do cônjuge que desse causa à ruptura do casamento. Mas, é precisamente por esta visão sancionatória da liberdade nos parecer ser perfeitamente desadequada que enveredámos pela admissibilidade de se poder promover a declaração jurídica do que a vida da relação já havia demonstrado – a ruptura de um casamento cuja viabilidade é, no mínimo, duvidosa.”

8 E ainda, igualmente a redução da previsão da ausência de “quatro anos” para “3 anos”, e da duração da alteração das faculdades mentais de “seis anos” para “3 anos”, deixando de requerer, neste caso, a presunção do não agravamento do estado mental do réu.

Tratava-se, a versão anteriormente em vigor, da redacção dada na Reforma de 1977, ao art. 1781.º do Código Civil Português, mandado aplicar a Macau, que se manteve inalterada até à entrada em vigor do Código Civil de Macau, em 1 de Novembro de 1999.

Definia-se separação de facto especialmente para este efeito, caso único, uma vez que pode ser relevante com outro conteúdo, com requisitos diferentes, como por exemplo para efeitos da imposição do dever de assistência como dever de alimentos; aqui, como já o legislador precedente o enunciou, *define-se separação de facto, integrada por um elemento objectivo, a falta de comunhão de vida entre os cônjuges e, por um elemento subjectivo, o propósito, da parte de ambos os cônjuges ou só de um deles, de não restabelecer aquela comunhão de vida*⁹.

Entretanto em 1998 entrara em vigor em Portugal, mas não foi estendida a Macau, a alteração da previsão da duração da separação de facto, reduzida de seis para três anos, acrescida da alternativa da separação de facto consentida, ou seja, da separação de facto por um ano se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro. Além de reduzir a duração da ausência e a duração das alterações das faculdades mentais, bem assim de deixar de estabelecer o limite, neste último caso, da previsibilidade do agravamento da saúde mental do réu¹⁰.

9 No Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, justificava-se assim (itálico nosso) a alteração sobre esta matéria (sobre os efeitos ver o §.º 22):

“21. Relativamente ao divórcio litigioso, marca-se a distinção entre os casos em que o fundamento do divórcio é a violação culposa dos deveres conjugais (artigo 1779.º) e as hipóteses em que o divórcio se baseia na ruptura da vida em comum (artigo 1781.º). Quanto aos primeiros julgou-se preferível substituir a técnica da tipicidade das causas do divórcio, adoptada no Código de 1966 e já na Lei de 1910, por uma cláusula geral, autorizando-se qualquer dos cônjuges a requerer o divórcio se o outro violar culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade de vida em comum (artigo 1779.º, n.º 1).

As situações em que a ruptura da vida em comum pode fundamentar o pedido de divórcio são as três referidas no artigo 1781.º. À separação de facto por seis anos consecutivos, já admitida na alínea h) do artigo 1778.º do Código actual, na redacção que lhe deu o Decreto-Lei n.º 561/76, juntam-se agora a ausência sem notícias por tempo não inferior a quatro anos e a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de seis anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum.

Define-se no artigo 1782.º, n.º 1, a separação de facto, integrada por um elemento objectivo, a falta de comunhão de vida entre os cônjuges e, por um elemento subjectivo, o propósito, da parte de ambos os cônjuges ou só de um deles, de não restabelecer aquela comunhão de vida. E o n.º 2 do artigo 1782.º abre a possibilidade de, na acção de divórcio com fundamento em separação de facto, o juiz declarar a culpa dos cônjuges, quando a haja, com os efeitos patrimoniais daí decorrentes, nomeadamente quanto à partilha a efectuar.

A alteração das faculdades mentais já havia sido causa de divórcio no direito português entre 1910 e 1967; no regime agora adoptado, inspirado no direito francês, o pedido formulado com esse fundamento deve ser indeferido quando seja de presumir que “o divórcio agrave consideravelmente o estado mental do réu (artigo 1784.º).”.

10 A Lei n.º 47/98, de 10 de Agosto, deu nova redacção ao artigo 1781.º e revogou o artigo 1784.º, dando a seguinte redacção ao Artigo 1781.º, Ruptura da vida em comum: São ainda fundamento do divórcio litigioso: a) A separação de facto por três anos consecutivos; b) A separação de

Estas alterações, porém, vieram a ser também consideradas e acolhidas pelo legislador de Macau, com exclusão da alternativa da separação sem oposição ou separação consentida, e com redução da duração da separação de facto, que na lei em vigor se exige apenas por dois anos consecutivos.

II. Noção legal de separação de facto como fundamento de divórcio por ruptura da vida em comum

Segundo o regime em vigor, é fundamento de divórcio litigioso a *separação de facto por 2 anos consecutivos*, entendendo-se que há *separação de facto* para este efeito *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*. Tratar-se-ia de uma *separação de facto por dois anos consecutivos* em que há *cessação da comunhão de vida*, quer porque *cessa a coabitação e a intenção de ter vida em comum* quer porque *haja o propósito de não a restabelecer*, em que se preencham em conjunto os requisitos ou elementos que a caracterizam, o *elemento objectivo* e o *elemento subjectivo*, e que perdurem *por dois anos consecutivos*. Mais se entendia que *se deviam preencher no momento do pedido do divórcio*, que podia ser pedido por qualquer um dos cônjuges, que a separação não carecia de ser consentida, quer no sentido de não ter de ser acordada quer no sentido de não ter a oposição do outro cônjuge¹¹.

facto por um ano se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro; c) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de três anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum; d) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a dois anos.

A previsão da alínea b) não foi mantida posteriormente, tendo sido criticada pela dificuldade da sua compreensão em face dos requisitos do divórcio por mútuo consentimento e bem assim pela aparente configuração na prática como divórcio por mútuo consentimento sem resolução das questões que neste deviam ser resolvidas pelos acordos exigidos. Ver FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I*, 3.^a edição, 2003, cit., pp. 685 e 686 (e a nota 74^a) e 4.^a edição, 2008, cit., pp. 639 a 641 (e a nota 76^a).

- 11 Ver FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I*, 3.^a Edição, pp. 682 e ss, e 4.^a Edição, pp. 636 e ss. Ver também ANTUNES VARELA, *Direito de Família, 1.º Volume*, cit., pp. 498 a 500, e PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume IV*, cit., pp. 538 a 543. Ver ainda a síntese recente sobre a relevância da separação de facto de NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento do divórcio, e algo mais*, Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Coordenação de Guilherme de Oliveira, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 31 e ss (cópia electrónica: http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Textos_de_Direito_da_Familia.pdf).

Já neste sentido se pronunciava F. M. PEREIRA COELHO, *Revista de Legislação e*

Note-se que na *cessação da coabitação ou para a verificação do designado elemento objectivo já se exigia um elemento subjectivo*, a intenção de não viver em comum, pois se concebia a *cessação da coabitação sem intenção de ruptura da vida em comum*, como nos casos de emigração para estudo ou trabalho, isolamento para tratamento médico, ou para cumprimento de pena de prisão, e em que o elemento subjectivo é essencial para cessar a vida em comum, e não se poder configurar a inexistência de vida em comum sem o mesmo, e por consequência a própria separação de facto.

Como também se concebia a *cessação da vida em comum pese embora a existência de comunhão de vida limitada a uma coabitação parcial*, de mesa e habitação ou simplesmente de habitação, sem comunhão de leito, uma *separação afectiva*, em que ainda o elemento subjectivo é essencial e determinante, juntamente com o elemento objectivo, para a verificação da *separação de facto*¹².

Nos casos referidos e em outros em que haja cessação da coabitação, mesmo com saída da habitação ou abandono do lar, além desse facto, a intenção ou propósito de não ter comunhão de vida, *começa por* dever ser *uma intenção de romper ou não ter comunhão de vida* no momento inicial ou em momento subsequente da cessação da comunhão de vida e *continua a ser um propósito*

Jurisprudência, RLJ, Ano 112.º, 1979-1980, n.º 3635, págs. 338 a 350, em especial no § 5.º da Anotação:

“ Em primeiro lugar, o acórdão não faz uma afirmação correcta *quando identifica* o estado de *separação de facto com o elemento objectivo desta*, pois a separação como *estado* ou situação de facto, a *separação em si mesma*, já compreende os dois elementos referidos, o *objectivo* e o *subjectivo*, sendo este, naturalmente, o sentido a atribuir ao entendimento das instâncias. Na verdade, e como é sabido, a separação de facto compreende, ao lado de um *elemento objectivo*, a separação de leito, mesa e habitação, um *elemento subjectivo*, a intenção de romper a vida em comum, sendo este um ponto em que há unanimidade de opiniões, na doutrina como na jurisprudência, por muito diversas que sejam as fórmulas utilizadas (1). O entendimento das instâncias de que o fundamento da separação é agora << um *estado* ou situação de facto, a *separação em si mesma*>>, não comportava, pois, manifestamente, a consequência que o acórdão dele pretende tirar relativamente aos casos de emigração, internamento hospitalar, etc. É óbvio que nesses casos, *mesmo segundo o entendimento das instâncias*, não poderia ser requerido o divórcio com fundamento em separação de facto por não se verificar aí o *estado* ou *situação de facto* correspondente, faltando, como falta, o *elemento subjectivo* da separação de facto, o propósito, por parte de qualquer dos cônjuges, de romper a vida em comum.”

[(1) Cfr., p. ex., JACQUES MASSIP, La réforme du divorce (1976), pág. 72, e, na nossa jurisprudência, os acórdãos do S. T. J., de 1 de Março de 1979 (Bol. n.º 285, pág. 324) e da Relação do Porto de 5 de Janeiro de 1978 (sum. no Bol. n.º 275, pág. 274).]

- 12 Na jurisprudência de Macau, ver o caso decidido já no Ac. do TSI n.º 582/2006, de 11 de Janeiro de 2007, e mais recentemente, embora perante questão diversa do divórcio, perante a renovação da autorização de residência quando a mesma tem como fundamento o reagrupamento familiar, no Ac. do TSI n.º 389/2019, de 20 de Fevereiro de 2020, do qual houve recurso decidido no AC. do TUI n.º 80/2020, de 31 de Julho de 2020.

de não ter ou de não manter a comunhão de vida no futuro ou o propósito de não a restabelecer. O primeiro já é um elemento subjectivo¹³, e o segundo um elemento subjectivo qualificado¹⁴, como não restabelecimento da comunhão de vida, qualificado ou especial para constituir fundamento de divórcio por separação de facto por dois anos consecutivos.

Nos primeiros casos não pode haver cessação da comunhão de vida nem separação de facto relevante como causa de divórcio. Nos casos seguintes pode haver cessação da comunhão de vida por cessação da coabitação, mas só haverá separação de facto como fundamento de divórcio por ruptura da vida em comum havendo intenção de não ter e intenção de não restabelecer a comunhão de vida, como elemento(s) subjectivo(s) essencial(is) e necessário(s) para haver separação de facto relevante.

Assim, não seria possível haver separação de facto com a mera cessação da coabitação ou elemento objectivo em qualquer das hipóteses, nem sem a separação de facto requerida. Nem seria possível, por exemplo, num caso de mera cessação da coabitação por necessidade de tratamento médico vir propor acção de divórcio, por não haver cessação da comunhão de vida que foi impossibilitada por não haver intenção de não ter ou de não manter a comunhão de vida que foi impossibilitada por causa estranha à vontade dos cônjuges, considerando que por esta propositura da acção manifestava a intenção de não restabelecer a comunhão de vida, requerida que é a separação de facto por dois anos sucessivos. Nem em casos como os de abandono do lar com que se inicia a cessação da comunhão de vida com a intenção, pelo menos de um deles, de não ter comunhão de vida, se poderia propor a acção de divórcio com fundamento em separação de facto se não houvesse intenção de não restabelecer a comunhão de vida.

Esse era o entendimento comum e o adoptado na jurisprudência de Macau, também na vigência do Código Civil de Macau, e seguido sem conhecida discordância até 2009¹⁵:

13 FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, 3.ª Edição, 2003, pp. 684 a 688, 4.ª Edição, 2008, pp. 632 a 642, 5.ª Edição, 2016, pp. 727 a 731 (recorde-se, a 3.ª Edição está traduzida para Língua Chinesa).

Tenha-se presente o recente Ac. do TSI n.º 395/2021, de 28 de Abril de 2022, para se observar que o conceito jurídico de separação de facto a que se refere, com referência para o n.º 1 do art. 1638.º, se deve entender no sentido da exigência do elemento subjectivo geral ou não qualificado, portanto não “de não restabelecer a comunhão de vida”, mas antes e ainda “de não ter ou de romper a vida em comum”.

14 Como designado por NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento de divórcio, e algo mais*, cit., em especial pp. 52 e ss.

15 Como se pode apurar pelas decisões publicadas, designadamente nos termos adoptados no Ac. do TSI n.º 74/2008, de 10 de Junho de 2009, no essencial relevante para as questões em

“Conforme o Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, de 10 de Dezembro de 2009, processo n.º 74/2008, para os efeitos previstos no artigo 1637.º, a), do CC, não basta a separação por dois anos. O propósito de não restabelecer a vida em comum, referido no artigo 1638.º, n.º 1, do CC, também tem que estar verificado há 2 anos. Trata-se de uma exigência que resulta da própria letra da lei quando procedemos a uma leitura mais atenta das normas em questão. Num primeiro momento, através do artigo 1638.º, n.º 1, do CC, a lei define a separação de facto como sendo uma situação de ruptura afectiva em que envolve não apenas a cessação da vida em comum mas também a vontade de um ou de ambos os cônjuges de não mais voltar a estabelecer a cessada vida em comum. Pelo que, só se está em separação de facto quando estão reunidos esses dois elementos: um objectivo, a separação, e outro subjectivo, o propósito de não restabelecer a comunhão de vida. Num segundo momento, com o artigo 1637.º, a), do CC, a lei exige que essa ruptura afectiva tenha perdurado por 2 anos consecutivos.

Como vem esclarecido no Acórdão acima referido, essa exigência de o propósito de não restabelecer a vida em comum também perdurar 2 anos consecutivos resulta do facto de hoje em dia ser muito frequente a separação dos cônjuges pelas mais variadas ordens de razão: emprego, estudo, formação, etc. Essas situações em que os cônjuges são, como que, forçados a viver separados, não constituem motivo para divórcio porque ainda não se verificou a exigida ruptura afectiva do casal.

Além disso, tendo em conta o acima expandido, deve-se exigir que esses requisitos estejam preenchidos à data da propositura da acção visto que o direito potestativo de qualquer dos cônjuges pedir unilateralmente o divórcio deve estar consolidado na respectiva esfera jurídica nesta altura, o qual, segundo os artigos 1637.º, a) e 1638.º do CC, só nasce quando o casal tiver deixado de coabitar, com comunhão de leito, mesa e tecto, durante dois anos e sem o propósito de restabelecer a comunhão de vida também por dois anos. Com efeito, na perspectiva do legislador, apenas nessa altura é que a ruptura do casal se torna objectivamente irreversível.”

apreço, como se sintetiza na sentença de que se recorre, na parte citada do próprio Ac. do TSI n.º 793/2012 de 22 de Maio de 2014, pp. 9 e 10, que aqui se transcreve. O Acórdão do TSI n.º 74/2008, de 10 de Junho de 2009, está até agora, no sítio electrónico dos tribunais da RAEM, apenas integralmente disponível em língua chinesa.

Sem prejuízo de serem questões já antes postas a propósito da separação de facto, foram identificadas posteriormente ao referido Acórdão as seguintes questões na Jurisprudência de Macau:

– Dos pressupostos ou elementos da separação de facto e da presunção da separação subjectiva pela verificação da separação objectiva sem manifestação em contrário, e do seu carácter essencial ou complementar;

– Da duração da separação de facto e da verificação do elemento subjectivo, ou do elemento subjectivo qualificado, independentemente do decurso de dois anos, designadamente pela simples propositura da acção;

– Da relevância do princípio da actualidade da decisão para verificação dos requisitos, elementos e duração, da separação de facto¹⁶;

– E o argumento de que “o legislador de Macau está a olhar apenas para o requisito objectivo e não também o subjectivo”.

Em resposta, à maioria das questões suscitadas, também postas no Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, que tomamos por referência, dado o caso em apreço e as conclusões da sua apreciação, a apresentação de uma síntese da evolução jurisprudencial, e a intenção, ou pelo menos a virtualidade, de estabilizar e desenvolver uma orientação jurisprudencial sobre o entendimento da separação de facto como fundamento de divórcio por ruptura da vida em comum, vejamos o que, apresentando o caso, se sumariou (tendo o sublinhado no original passado a constar em itálico) :

“1. Se o marido, pelo menos desde 2005 e até à presente data deixou de

16 Esta e as questões anteriores também se suscitaram anteriormente em Portugal, na vigência de um regime próximo do actual regime de Macau, embora perante a previsão de ser fundamento de divórcio a separação de facto por três anos consecutivos. O regime ali em vigor foi objecto de importante alteração em 2008, em que se passou a admitir como causa de divórcio a ruptura da vida em comum, designada *ruptura do casamento* na epígrafe do art. 1781º, designadamente por separação de facto por um ano consecutivo.

Na previsão da lei estabelece-se o seguinte no Artigo 1781.º (Ruptura do casamento): São fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges: a) A separação de facto por um ano consecutivo; b) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum; c) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano; d) Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento.

E ainda, a seguir, no Artigo 1782.º (Separação de facto): 1. Entende-se que há separação de facto, para os efeitos da alínea a) do artigo anterior, 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. O n.º 2 foi revogado pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

viver na mesma casa com a sua mulher, não havendo, pelo menos da parte dele o propósito de restabelecer a vida conjugal, se propôs a acção em 14/2/2011, acção essa que não foi contestada, entende-se que se observam os requisitos para o decretamento do divórcio por separação de facto por período superior a dois anos nos termos do artigo 1637.º, al. a) do Código Civil.

2. O *elemento objectivo* é a divisão do *habitat*, a falta de vida em comum dos cônjuges, que passam a ter residências diferentes. Este elemento é muitas vezes equívoco, pois o dever de coabitação, reveste-se de grande plasticidade. Tudo depende das circunstâncias e há uma grande variedade de situações. Ao elemento objectivo que é matéria da separação de facto, há-de, pois, acrescer um *elemento subjectivo*, que anima essa matéria e lhe dá forma e sentido; consiste ele numa disposição interior – o “propósito” como diz o artigo da parte de ambos os cônjuges ou de um deles de não restabelecer a comunhão da vida matrimonial.

3. Não se deve ser demasiado exigente na comprovação de uma matéria de facto fluida, do foro íntimo, sentimental, afectiva. A perda dos laços é, quantas vezes, pelo silêncio que melhor se expressa.

4. Numa situação em que se vem a invocar a ruptura conjugal, em regra o elemento subjectivo não deixa de acompanhar o elemento objectivo relevante, na certeza de que nesses casos ele se vai cimentando ao longo do tempo. É evidente que numa situação dessas, como aquelas que a vida nos mostra, não há um momento exacto e determinável para se poder dizer que naquele exacto momento passou a haver uma disposição de ruptura conjugal.

5. Os requisitos para o decretamento do divórcio, não deixam de actuar sobre o marco de referência temporal em que se traduz a propositura da acção e o tempo da sua pendência, não se deixando de lhe dar prevalência, em função do *princípio da actualidade da decisão*, plasmado no artigo 566.º do Código de Processo Civil.”.

Não se suscitou em Macau a questão da constitucionalidade da admissibilidade da separação de facto como causa bilateral de divórcio; nem a questão da constitucionalidade da admissibilidade da separação de facto prescindindo do elemento subjectivo durante os dois anos consecutivos, por criação pelo juiz de uma norma nova que seria da competência do legislador¹⁷.

17 Pela análise doutrinal e da referência à jurisprudência publicada, a questão foi suscitada e resolvida no caso português pela conformidade com a Constituição da República Portuguesa. No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 196/91, de 8 de Maio de 1991, não se apreciou a constitucionalidade das normas dos arts. 1781.º e 1782.º do CCP, designadamente o entendimento sobre a necessidade de verificação do elemento subjectivo ao lado do elemento objectivo, que aliás no caso considerou ter sido verificado pelo Supremo Tribunal de Justiça, nem, segundo a conclusão do Tribunal Constitucional, o mesmo seria susceptível de apreciação em sede de inconstitucionalidade orgânica como criação de uma norma resultante de uma interpretação da

Tem-se colocado, como também fizemos, a questão da consagração na Lei Básica do direito ao divórcio, designadamente no contexto da admissibilidade do divórcio para todos os casamentos, pelo menos como direito implícito (cfr. arts. 28.º e 38.º, 1.ª parte, e o art. 30.º LB), como dimensão da dignidade humana, da liberdade pessoal e da liberdade de desvinculação do casamento em condições de igualdade (cfr. art. 25.º LB), incluindo o direito ao divórcio como direito de desvinculação unilateral que, concluímos, “imporá prosseguir com a consagração de um direito de desvinculação sem necessidade de fundamento em actuação culposa, como liberdade de desvinculação fundada em ruptura do casamento, embora com responsabilidade pelos efeitos da desvinculação que podem ser causa de reparação ou compensação a que eventualmente haja lugar”, ou mesmo, em especial, a defesa do direito e do princípio da liberdade de divórcio, defendendo um divórcio sem culpa por o divórcio com culpa ser limitativo da liberdade de divórcio¹⁸.

III. Questão prévia da separação de facto perante a separação de facto como fundamento de divórcio litigioso

A separação de facto relevante na lei civil, e a essa nos referimos em especial, não é apenas a separação de facto fundamento de divórcio litigioso, mas

norma pelo tribunal.

Ver o *Sumário* do Acórdão referido do Tribunal Constitucional, em especial o § “V – Quanto às normas dos artigos 1781.º e 1782.º do Código Civil a recorrente apenas invoca a sua inconstitucionalidade em termos e com fundamentos que se reconduzem à pretensa inconstitucionalidade orgânica de uma norma nova que teria sido criada pelo juiz, ao prescindir do elemento subjectivo de a vontade de não restabelecer a vida em comum se ter verificado durante os seis anos consecutivos da separação de facto o que não pode ser objecto do recurso de constitucionalidade.”.

Sobre a questão da separação de facto, ver ainda, do texto, II, § 7.º, BMJ, N.º 407, de Junho de 1991, p. 75. Já se referiam à questão FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, no *Curso de Direito da Família, Volume I*, 3.ª Edição, cit., n.º 265, pp. 682 e ss e nota 73, na 4.ª Edição, cit., n.º 240, pp. 636 e ss e nota 75, e na 5.ª Edição, cit., n.º 240, pp. 725 e ss.

Sobre a questão ver também NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento de divórcio, e algo mais*, cit., pp. 61 e 62, incluindo outras referências jurisprudenciais.

18 Respectivamente, MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Volume I, pp. 105 e 106 e 152 e ss, e II, pp. 329 e ss e 367 e ss, e JIANG YI WA, em *Análise dos fundamentos de divórcio litigioso em Macau nos últimos vinte anos: ruptura irremediável e divórcio sem culpa*, BFDUM, N.º 46, cit., pp. 63 e ss, em especial pp. 90 a 94.

Embora perante o Direito Português, veja-se a posição adoptada por KUONG SI LONG, *A admissibilidade do divórcio a-pedido no ordenamento jurídico português: estudo comparativo com o divórcio unilateral no ordenamento jurídico espanhol*, cit., 6. Um olhar para o futuro: Admissibilidade do divórcio a-pedido, pp. 65 e ss.

essa é aquela que a lei define especialmente para esse efeito, a única definição legal de separação de facto. Se se pode dizer que *a separação de facto se opõe a comunhão de vida entre os cônjuges e se podia estabelecer o seu paralelismo com o divórcio como um divórcio de facto, ou com a separação judicial de pessoas e bens sem declaração judicial*, de uma *separação de facto em contraposição a uma separação jurídica*, que agora no sistema jurídico em vigor deixou de se admitir, deixando de se poder fazer essa comparação, todavia face à previsão da lei, continua a separação de facto a dever ser entendida como inexistência de comunhão de vida entre os cônjuges¹⁹.

Por outro lado, continua a fazer sentido *comparar* ou *confrontar* a *separação de facto com a união de facto*, por nesta faltar a vinculação jurídica do casamento e naquela faltar a desvinculação jurídica do casamento, de que a separação de facto pode ser causa por divórcio, ou seja, de desvinculação jurídica pela dissolução do casamento.

A união de facto é neste contexto o oposto de separação de facto, sendo estabelecido que *a união de facto é a comunhão de vida entre duas pessoas que vivem voluntariamente em condições análogas às dos cônjuges* (art. 1472.º) e *a separação de facto é a inexistência de comunhão de vida entre duas pessoas casadas que continuam vinculadas pelo casamento e vivem voluntariamente sem comunhão de vida entre os cônjuges*²⁰.

Por outro lado, embora só se defina na lei a *separação de facto para efeitos de divórcio*, no seu âmbito encontra-se *um conceito nuclear e um conceito geral de separação de facto*, respectivamente, de *inexistência de coabitação* e de *inexistência de comunhão de vida* entre os cônjuges.

Para a união de facto, ao ser regulada expressamente, a lei enuncia uma noção geral, que referimos, a estabelecer as condições essenciais, mínimas ou nucleares da sua relevância (art. 1471.º); e ao estabelecer as *condições de relevância civil* ou para efeitos da lei civil enuncia uma *noção de união de facto para efeitos civis em geral*, do Código Civil e de aplicação subsidiária civil e geral (art. 1472.º), como nos casos da previsão do direito a indemnização por danos não patrimoniais (art. 498.º, n.ºs 2 e 3) e de equiparação a familiares do titular do direito de uso e habitação (art. 1411.º); prevendo-se ainda *condições especiais de relevância para fins diversos, exigindo menos ou exigindo mais* segundo a previsão

19 Sobre a caracterização da *separação de facto* como *divórcio de facto*, ver F. M. PEREIRA COELHO, Revista de Legislação e Jurisprudência, RLJ, Ano 112.º, 1979-1980, n.º 3635, cit., págs. 338 a 350, em especial no § 6.º da Anotação.

A excepcionalidade da definição legal de separação de facto é enfatizada por NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento de divórcio, e algo mais*, cit., pp. 34 e ss.

20 Ver as nossas *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Volume II, Capítulo IV, União de facto, pp. 411 e ss, em especial pp. 422 e ss, e pp. 497 e ss.

na lei de tipos de relevância, *menos*, por exemplo para efeitos de qualificação como interposta pessoa (arts. 573.º e 867.º), ou de presunção de paternidade do unido de facto (art. 1720.º, n.º 1, al. c)), e *mais*, por exemplo, para efeitos do apanágio do unido de facto sobrevivivo (art. 1862.º) ou para efeitos sucessórios (art. 1985.º)²¹.

Ora, para a *separação de facto*, na falta da sua previsão autónoma de um ponto de vista sistemático na lei civil, pode começar por se observar ainda uma manifestação comparável, *ainda que simétrica*, em que se define *separação de facto para efeitos de divórcio*, por isso uma *noção especial de separação de facto* para esse efeito, prevendo *condições especiais de relevância*²², podendo a separação de facto ser juridicamente relevante em função da previsão da lei ou da razão de ser da previsão da lei²³.

Não deixa de se poder entender, ainda que preliminarmente, que não havendo uma *noção geral de separação de facto* nem de *separação de facto civil*, ainda se pode considerar que a *própria noção de separação de facto para efeitos de divórcio* integra a *noção de separação de facto nuclear* e a *noção de separação de facto geral ou civil em geral*, que, respectivamente, se caracterizam, a primeira, pela cessação da vida em comum por inexistência de coabitação,

-
- 21 Ver as nossas *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Volume II, Capítulo IV, União de facto, cit., pp. 497 e ss, e em especial relativamente aos dois últimos exemplos, Volume III, Capítulo V Alimentos, em especial pp.15 e ss, e Capítulo VII, Sucessão legítima, em especial pp.214 e ss, e *Apanágio do unido de facto sobrevivivo no Direito de Macau*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Timor Lorosae, Ano I, Número I, 2018, pp. 597 e ss, em especial pp. 613 e ss.
- 22 Podemos constatar que se verifica uma situação paralela à que sucedia com a previsão da união de facto para efeitos do apanágio do unido de facto sobrevivivo do art. 2020.º do Código Civil anteriormente em vigor em Macau. O que se reconheceu em geral e também demonstrámos para o sistema jurídico em vigor, designadamente nas nossas *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Volume II, pp. 411 e ss e p. 431, nota 448, antes em *Condições de relevância jurídica civil da união de facto*, Contribuições Jurídicas sobre a União de Facto, Universidade de Macau, 2011, pp. 15 e ss, e depois referimos em *Apanágio do unido de facto sobrevivivo no Direito de Macau*, cit., pp. 597 e ss, em especial pp. 603 e ss (cfr. pp. 607 e ss) e pp. 613 e ss.
- 23 Como referiam GUILHERME DE OLIVEIRA e NUNO DE SALTER CID, *Casamento, separação e divórcio no Direito Português*, em *The Marriage*, Milano - Dott A. Guifrè Editore, 1998, p. 402 (pp. 381 e ss), “A separação de facto não é objecto de um conjunto autónomo e sistematizado de normas. No entanto, pode relevar para diversos efeitos.”, e também refere NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento do divórcio, e algo mais*, cit., pp. 55 a 57, ao considerar que “o conceito de separação de facto juridicamente relevante deve ser afinado em função do caso a julgar e da razão de ser da norma aplicável”, em que exemplifica, para o Direito Português, com previsões em que a separação de facto releva ou não em presença dos seus dois elementos (notas 51 a 53), e que pode corresponder a previsões em que se exigem condições gerais e condições especiais de relevância.

limitada ao âmbito do designado elemento objectivo²⁴, a segunda, pela cessação da comunhão de vida, que integra a cessação da coabitação, elemento objectivo, e a intenção de cessação ou o propósito de não ter comunhão de vida, um elemento subjectivo geral, e, por fim, a terceira, pela separação para efeitos especiais de divórcio, que integra ainda um elemento subjectivo especial ou qualificado, a intenção de não restabelecer a comunhão de vida.

A separação de facto releva no casamento e nas relações familiares para outros fins, *como a cessação da coabitação ou da vida em comum, independentemente de haver, isto é, podendo haver ou não, propósito de restabelecer a vida em comum*, designadamente para efeitos de atribuição de relevância à união de facto de pessoas casadas (cfr. art. 1472.º), transmissão do arrendamento por morte do arrendamento para habitação (cfr. art. 1043.º, n.ºs 1 e 2), de assistência entre os cônjuges na vigência do casamento (cfr. art. 1536.º, n.º 2), para atribuição e exercício do poder paternal (cfr. arts. 1760.º, 1761.º, e 1762.º e 1763.º (e 1776.º, para efeitos de registo)), da capacidade para adopção conjunta e da necessidade do consentimento do cônjuge não adoptante em caso de adopção singular (respectivamente, nos arts. 1828.º e, n.º 1, e 1833.º, n.º 1, alínea b)), para estabelecimento da obrigação de alimentos do padrasto e da madrastra relativamente a enteados menores que estejam a cargo do cônjuge (cfr. al. d) do n.º 1 do art. 1850.º), ou para efeitos do direito de apanágio do unido de facto que estivesse casado e separado de facto há mais de 4 anos (art. 1862.º, n.º 1)²⁵.

Em cada caso ou cada tipo de relevância de separação de facto releva de acordo com os respectivos pressupostos e efeitos, podendo enquanto tal ser estabelecidas *condições mais exigentes*, ou *condições especiais*, como no *caso de apanágio do unido de facto que estivesse casado e separado de facto há mais de 4 anos* (art. 1862.º, n.º 1). A separação de facto deve integrar a intenção de não ter comunhão de vida com o cônjuge, mas deve integrar a intenção de a não restabelecer? Não necessariamente, admitindo-se mesmo a seguir que possa haver restabelecimento da comunhão de vida e perda de direito de apanágio (art. 1862.º, n.º 1). Porém, deve tratar-se de uma separação de facto duradoura, tal como a própria união de facto, por mais de 4 anos, e que tenha continuidade, como requisito do reconhecimento do direito de apanágio sobre a herança do falecido.

Pode ainda questionar-se a relevância e a exigência de *condições especiais*

24 Por isso GUILHERME DE OLIVEIRA e NUNO DE SALTER CID, *Casamento, separação e divórcio no Direito Português*, cit. pp. 401 e 402, começam por referir que “*A separação de facto traduz-se numa situação objectiva de inexistência de vida em comum entre os cônjuges, ou, o mesmo é dizer, na falta de coabitação entre eles.*”

25 A separação de facto *como cessação da comunhão de vida* constitui ainda, designadamente, causa de exclusão do cônjuge do interdito da tutela e da curadoria (arts. 126.º e art. 139.º), ou do direito de indemnização por danos não patrimoniais por morte da vítima (art. 489.º, n.ºs 2 e 3).

para a *separação de facto para transmissão do arrendamento por morte*, quando se exige que se trate de cônjuge não separado de facto ou que, embora separado, habitasse a casa arrendada, à data da morte, do cônjuge falecido (n.º 1 do art. 1043.º). Trata-se de um caso em que se protege a habitação, normalmente a casa de morada família, que releva primeiro negativamente, ser cônjuge não separado de facto, e, segundo, positivamente, sendo separado de facto, exigindo que habitasse a casa arrendada à data da morte, independentemente de quem e a que título desse causa à separação²⁶.

Podem exigir menos, nos casos em que basta a *cessação da coabitação*, mesmo sem intenção de não ter comunhão de vida, como manifestação de separação de facto, para efeitos da cessação da presunção de paternidade do marido da mãe casada art.1688.º, e de afastamento da presunção de paternidade por posse de estado, além do afastamento da paternidade por falta de coabitação causal (art. 1720.º, n.º 1 e n.º 2, al. a))²⁷.

A relevância de uma noção ou um conceito geral de separação de facto ultrapassa as fronteiras da lei civil, como direito privado geral e direito comum no nosso sistema jurídico, *quer quando* não se estabeleçam condições especiais de relevância, de que pode servir de exemplo a *previsão do regime do subsídio por morte a favor do cônjuge sobrevivente não separado de facto* previsto no art. 246.º, n.º 2, do ETAPM, *quer quando se estabeleçam*, como no caso da *definição da titularidade do direito a pensão no Regime da concessão de pensões de preço de sangue e de pensões por serviços excepcionais ou relevantes prestados à comunidade*²⁸.

26 Sobre esta previsão ver JOÃO GIL DE OLIVEIRA e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau Anotado e Comentado, Jurisprudência, Volume XXII, em vias de publicação, Anotação ao art. 1043.º*. No Código Civil anteriormente em vigor correspondia à previsão do n.º 1 do art. 1111.º. Actualmente no Código Civil Português corresponde à previsão do art. 1106.º. Sobre a questão perante a previsão correspondente no direito português, ver NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento de divórcio, e algo mais*, cit., pp. 55 e 56 e nota 52, e a bibliografia aí citada.

27 Também releva como *falta ou como cessação de coabitação*, designadamente para efeitos de determinação do momento de produção de efeitos do divórcio (cfr. art. 1644.º, n.º 2), e dá-se a suspensão do dever de coabitação a partir da conferência de conciliação em que os cônjuges persistam no propósito de se divorciarem por mútuo consentimento (cfr. art. 1631.º, n.º 4), e presume-se finda a coabitação na data da mesma conferência (alínea a) do n.º 2 do art. 1688.º; e nos demais casos previstos nas alíneas b) e c)), para efeitos da cessação da presunção de paternidade dos filhos concebidos depois de finda a coabitação (nos termos do n.º 1 do art. 1688.º).

28 Prevê-se no ETAPM, Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro, com as alterações posteriores, no art. 246.º, n.º 1, que o subsídio por morte é devido à pessoa que o falecido haja designado em declaração depositada no serviço processador do seu vencimento, salário ou pensão, e no n.º 2, que na falta,

A separação de facto também tem especial relevo na experiência jurídica local para efeitos da atribuição do direito de residência, de que podem ser exemplo a atribuição do direito de residência permanente (Lei n.º 8/1999) e de residência temporária com fundamento em reunião ou reagrupamento familiar (Lei n.º 16/2021)²⁹.

extravio ou inoperância da declaração referida no número anterior, o subsídio é atribuído a um dos elementos da família, mediante requerimento a apresentar no prazo de 90 dias contados a partir do dia seguinte ao do óbito, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 496.º do Código Civil. Ora neste artigo do Código Civil anteriormente em vigor, pelo que respeita ao cônjuge nem sequer se autonomizava o cônjuge separado de facto, referindo-se ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens, onde o mesmo se incluía. Agora, desde a data da entrada em vigor do Código Civil de Macau, deixou de se admitir a separação judicial de pessoas e bens, embora continue a relevar e a aplicar-se aquele regime à separação judicial de pessoas e bens estabelecida que se mantenha, nos termos do art. 33.º do Decreto-lei n.º 33/99/M, de 3 de Agosto. Por outro lado, desde aquela data, a remissão deve considerar-se feita para as disposições correspondentes do novo Código, no caso o n.º 2 do art. 489.º, de acordo com o qual o direito em causa cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de facto e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, ao unido de facto e aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representam.

A separação de facto já não releva para afastar o direito ao subsídio de funeral da titularidade do cônjuge sobrevivente, pois neste caso o que está em causa é assegurar o funeral do cônjuge falecido (nos termos do art. 250.º do ETAPM).

Quanto ao regime da concessão de pensões de preço de sangue e de pensões por serviços excepcionais ou relevantes prestados à comunidade, o mesmo foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/97/M, de 8 de Setembro, e consta do seu art. 4.º, n.º 1, que “São requisitos especiais de aquisição do direito a qualquer das pensões previstas no presente diploma: a) Quanto ao cônjuge sobrevivente, não separado judicialmente de pessoas e bens: — Viver com o falecido, à data da morte, ou, em caso de separação de facto, não ter dado motivo à separação; — Não viver em união de facto.”. Neste caso só releva a separação de facto não motivada pelo cônjuge sobrevivente titular do direito de pensão e não coexistente com união de facto deste com outrem.

Sobre a relevância familiar do casamento no regime da função pública, ver VIRGÍLIO VALENTE, *A família no regime jurídico da função pública da RAEM*, pp. 593 e ss, e por outro lado, ver também JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS e JOANA RAQUEL PIRES REBELO, *As relações familiares no Código do Procedimento Administrativo de Macau: Impedimentos, excusas e suspeições*, pp. 613 e ss, e ainda, no regime fiscal, LUIS PESSANHA, *O enquadramento da família no Direito Fiscal de Macau*, pp. 631 e ss, e *A consideração fiscal da família no sistema fiscal de Macau*, pp. 657 e ss, todos nos Estudos de Direito da Família e Menores, Textos Originais em Língua Portuguesa, citado.

29 Para efeitos do previsto no art. 1.º, n.º 1, al. 9), da Lei n.º 8/1999 (Aprova a Lei sobre Residente Permanente e Direito de Residência da Região Administrativa Especial de Macau), ver o Acórdão do TUI n.º 21/2014, de 7 de Janeiro de 2021, em que se decidiu que a separação de facto do requerente do título de residente permanente da RAEM, com base em aqui ter o domicílio permanente por mais de 7 anos, não era prejudicado pela separação de facto do cônjuge, em que se não exige expressamente viver em comunhão de vida com o cônjuge ou não viver separado de facto.

Para os efeitos previstos na al. 3) do n.º 2 do art. 9.º da Lei n.º 4/2003 (Princípios gerais do regime

A não relevância da separação de facto, mesmo com intenção de não restabelecimento da comunhão de vida pode questionar-se, para além do direito de apanágio, por exemplo, para efeitos sucessórios, em que actualmente não relevará se não tiver sido proposta a acção de divórcio com esse fundamento ou a manifestação dessa intenção não constitua causa de exclusão ou causa de cessação do direito a alimentos por morte (nos termos dos arts. 1859.º e 1860.º e 1862.º) ou causa de indignidade por deserdação (nos termos da al. d) do art. 2003.º, parte final, que se manifeste como violação grave dos deveres para com o falecido ou os devedores de alimentos)³⁰.

Não há assim *uma verdadeira separação de facto*, mas várias manifestações de separação de facto relevantes ou verdadeiras, segundo a previsão da lei, sem dispensa de interpretação ou integração no âmbito da realização (administrativa

de entrada, permanência e autorização de residência), entretanto revogada pela Lei n.º 16/2021 (Regime jurídico do controlo de migração e das autorizações de permanência e residência na Região Administrativa Especial de Macau), publicada em 16 de Agosto de 2021, ver o caso em apreço no Ac. do TSI n.º 389/2019, de 20 de Fevereiro de 2020, em que a *separação de facto é configurada como “separação fáctica”, como “saida da residência familiar” ou cessação da vida em comum, independentemente de quem saiu ou abandonou a residência familiar e sendo irrelevante pretender ou não pretender manter o casamento* (pp. 4 e ss, no Parecer do Magistrado do MP). Ver também o caso decidido no Ac. do TUI n.º 80/2020, de 31 de Julho de 2020, em recurso do mesmo (e ainda o Ac. TSI n.º 683/2016, de 8 de Fevereiro de 2018, ali citado, p. 10).

- 30 Sobre o regime sucessório e do apanágio do cônjuge sobrevivente, ver MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Volume III, e em particular *Sobre os alimentos em especial e o casamento*, Estudos de Direito da Família e Menores, Textos Originais em Língua Portuguesa, cit., pp. 403 e ss.

No Código Civil Brasileiro prevê-se a propósito o seguinte: “Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”.

Sobre esta previsão e a relevância sucessória da separação de facto no Código Civil Brasileiro pode ver-se, entre outros, MAURO ANTONINI, *Anotação ao Artigo 1830.º*, pp. 2017 a 2109, in *Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência*, Coordenador Ministro CEZAR PELUSO, 9.ª Edição, Revista e Atualizada, Editora Manole, 2015, podendo ver-se também FERNANDA PAES LEME PEYNEAU RITO, *Efeitos patrimoniais da separação de fato*, 2010 (<https://ibdfam.org.br/artigos/586/Efeitos+patrimoniais+da+separa%C3%A7%C3%A3o+de+fat>).

Sobre a relevância sucessória da separação de facto no Direito Espanhol, ver LUIS DIEZ-PICAZO, e ANTONIO GULLON, *Sistema de derecho civil: derecho de familia, derecho desucesiones*, cit., pp. 471 e 472, e FRANCISCO JAVIER SANCHEZ CALERO e BERNARDO MORENO QUESADA, *Curso de derecho civil IV: derecho de familia y sucesiones*, cit., pp.630, tendo presente as seguintes disposições do Código Civil Espanhol, De la sucesión intestada:

“Artículo 944. En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente.

Artículo 945. No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado legalmente o de hecho.”.

ou judicial) do direito³¹.

IV. Questões sobre a separação de facto como fundamento de divórcio litigioso

4.1. Os pressupostos ou elementos da separação de facto e a presunção da separação subjectiva pela verificação da separação objectiva

Embora se tenha em vista a análise da jurisprudência de Macau³², como ponto de partida para análise da questão e esclarecimento de posições, tomemos a definição de separação de facto para efeitos de divórcio dada por PEREIRA COELHO³³, definição actualizada sucessivamente, agora na formulação comum de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, adoptando o enunciado legal e a caracterização do legislador³⁴. Começam pela sua *noção legal e caracterizam os seus elementos ou pressupostos* (perante a al. a) do art. 1781.º e o n.º 1 do art. 1782.º do CCP, que correspondem à al. a) do art. 1637.º e ao n.º 1

31 A que se alude no Ac. do TSI n.º 395/2021, de 24 de Abril de 2021, no parágrafo 4.º do *Sumário* (itálico nosso):

III – Quando a Administração se limitou a verificar que, objectivamente, durante um período de aproximadamente 9 meses, o Recorrente viveu em Macau e o seu cônjuge permaneceu fora de Macau, concretamente no Canadá, mas não demonstra que a essa separação física correspondeu, juridicamente, a uma *verdadeira separação de facto* e, portanto, que tal período tenha correspondido a uma *ausência de comunhão de vida*, ou de uma *coabitação em sentido juridicamente relevante, uma vez que, dos elementos colhidos no decurso do procedimento administrativo nada indicia que de um ou de ambos os cônjuges não houvesse o propósito de, assim que possível, voltarem a viver no mesmo lugar*. Verificando-se um erro nos pressupostos de facto, o que é razão bastante para anular a decisão recorrida.

32 Como se pode começar por observar estar presente nos §§ 1.º, 2.º 3.º e 4.º do *Sumário* e nos §§ 5.º e 6.º, e 7 do n.º 7 dos Fundamentos, deste Acórdão; e nos Acs. do TSI n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014, e n.º 728/2014, de 5 de Fevereiro de 2015).

33 Desde, designadamente, *Divórcio e separação judicial de pessoas e bens na Reforma do Código Civil, in reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Petrony, Lisboa, 1981 (pp. 26 e ss; em especial pp. 35 a 39).

34 *Curso de Direito da Família*, 5.ª Edição n.º 240, pp. 727 e 728, semelhante ao enunciado da 4.ª edição, n.º 240, pp 638 e 639, e da 3.ª Edição, n.º 265, pp. 684 e 685. Note-se ainda que o regime do divórcio foi revisto pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, o que se reflectia, quanto a esta questão, na previsão de que é “fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges: a) A separação de facto por um ano consecutivo”, mantendo-se a noção de separação de facto e a sua natureza de causa objectiva e peremptória de divórcio. Posteriormente GUILHERME DE OLIVEIRA, com a colaboração de RUI MOURA RAMOS, *Manual de Direito da Família*, Almedina, 2020, pp. 277 e 278, refere-se brevemente à separação de facto como causa de divórcio. Note-se que em Portugal foi adoptado o Novo Acordo Ortográfico, de acordo com o qual estas obras estão escritas.

do art. 1638.º do CCM):

“Como causa do divórcio, a separação exige em primeiro lugar a separação de facto dos cônjuges, integrada por dois elementos, um objetivo e outro subjetivo. O elemento objetivo é a divisão do *habitat*, a falta de vida em comum dos cônjuges, que passam a ter residências diferentes. Mas o elemento objetivo é muitas vezes equívoco, pois o dever de coabitação reveste-se de grande plasticidade. Tudo depende das circunstâncias e há uma multiplicidade de situações. Os cônjuges podem ter residências separadas, como o art. 1673.º permite, e, todavia, manter uma autêntica “comunhão de vida”. Separados por vezes há longos anos, a sua comunhão de sentimentos persiste com forte intensidade. É o que acontece com tantos milhares dos nossos emigrantes, espalhados pelas sete partidas do mundo. Embora sucessivamente adiado, os cônjuges mantêm o propósito de restabelecer a vida em comum quando as circunstâncias o permitirem. Outras vezes, pelo contrário, respetos humanos ou o interesse dos filhos levam os cônjuges a manter uma aparência de vida em comum que não corresponde à realidade. Ao elemento objetivo, que é a matéria da separação de facto, há de pois acrescer um elemento subjetivo, que anima essa matéria e lhe dá forma e sentido. Tal elemento subjetivo consiste numa disposição interior ou, como diz o art. 1782.º, num “propósito”, da parte de ambos os cônjuges ou de um deles, de não restabelecer a comunhão de vida matrimonial. Por falta desse elemento subjetivo, não haverá separação de facto se os cônjuges estão separados em consequência, por exemplo, de prisão ou ausência de um deles em cumprimento de deveres militares ou no exercício de outras funções públicas ou de serviço particular por conta de outrem no país ou no estrangeiro. Já na segunda hipótese aludida, embora o elemento objetivo seja frouxo e incharacterístico, cremos que poderá ser pedido o divórcio com fundamento em separação de facto se resultar da prova produzida que os cônjuges desde há um ano não têm comunhão de leito, não tomam refeições em comum nem dirigem palavra um ao outro, sendo pois inquestionável o elemento subjetivo da separação.”.

Mais, prosseguem com a resposta à questão de saber se basta o propósito de não restabelecer a comunhão de vida no momento em que a acção é proposta³⁵:

“Não basta que o propósito de não restabelecer a comunhão de vida exista no momento em que a ação é proposta (nesse momento, e da parte do cônjuge requerente, tal propósito existe sempre, como é óbvio); é necessário que ele exista desde a data em que a separação teve início, e que se mantenha durante um ano consecutivo. Só esse *animus* dá sentido ao *corpus* da separação. Só quando não exista comunhão de vida entre os cônjuges e haja da parte de ambos, ou de

35 *Curso de Direito da Família*, 5.ª Edição, n.º 240, pp. 728; 4.ª Edição, n.º 240, pp. 639, e 3.ª Edição, n.º 265, pp. 685.

um deles, o propósito de não restabelecer a comunhão de vida, e quando aquela situação e este propósito se mantenham durante determinado prazo, é que a esperança de reconciliação se torna remota e o legislador deixa de acreditar nela, permitindo a qualquer dos cônjuges pedir o divórcio com fundamento na al. a) do art. 1781.º CCiv. Só assim, aliás, se respeita a exigência, formulada na 2.ª parte do n.º 1 do art. 1782.º, de que haja da parte de ambos os cônjuges, ou de um deles, o propósito de não restabelecer a comunhão de vida. A separação de facto dos cônjuges, *integrada pelos seus dois elementos, o objetivo e o subjetivo*, deve, pois, ser alegada e provada pelo cônjuge que pede o divórcio com este fundamento, em acção ou reconvenção.”.

Por último, referem-se à duração da separação de facto e à contagem do prazo respectivo, respondendo às questões que habitualmente se suscitam:

“Em segundo lugar, a separação de facto dos cônjuges, integrada pelos referidos dois elementos, deve durar em princípio há um ano consecutivo. Por vezes o corte é brusco, e o início da separação reporta-se inequivocamente a determinada data a partir da qual se conta o prazo. Mas nos casos mais vulgares a separação é um processo, tão obscuro e complexo como a própria alma dos homens. Os cônjuges não se separam de uma vez: vão-se separando. São os casos mais difíceis. É necessário datar a separação para se saber desde quando corre o prazo, e nestes casos não é fácil fixar uma data. Há que apurar quando se verificou o último sinal visível de vida em comum, a última manifestação de comunhão de vida por parte do cônjuge que acabou por romper essa comunhão.”.

Todavia, não deixam de informar que nem todo este entendimento é pacífico na jurisprudência, designadamente sobre se basta que o propósito de não restabelecer a comunhão de vida exista no momento em que a acção é proposta, referindo decisões anteriores à revisão do regime do divórcio, como não o é ainda agora, como se pode constatar na jurisprudência e notar da doutrina³⁶.

36 Referem, no contexto, o seguinte: “Esta interpretação, porém, não é pacífica na jurisprudência. O ac. do S.T.J. de 5.7.2001 (Col. Jur. – S.T.J. 2001, t. 2, p. 164) decidiu que “o simples facto de o autor intentar acção de divórcio traduz a manifestação inequívoca do propósito de não reatamento da sociedade conjugal”, e a orientação foi seguida no ac. de 11.7.2006 (Col. Jur. – S.T.J. 2006, t. 2, p. 157) e no ac. de 10.24.2006. Refere-se à questão versada nesta nota o ac. do Trib. Const. n.º 196/91, de 8.5.1991, BMJ n.º 407, p. 68.”.

Sobre a questão, ver NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento de divórcio, e algo mais*, cit., p. 63, e a referência à divisão jurisprudencial.

Porém, após a alteração do regime de divórcio em 2008 a questão continuaria a levantar-se na jurisprudência, em que há decisões em sentidos diversos, especificamente quanto à noção e ao momento da verificação da separação de facto por um ano, como agora se prevê na alínea a) do art. 1871.º, única alteração adoptada quanto a esta causa de divórcio; embora a separação de facto por prazo inferior possa relevar como causa de divórcio, como “quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento”,

No Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014 ³⁷, de referência para esta orientação jurisprudencial, começa-se por considerar: “São assim elementos da separação de facto: a) elemento objectivo: falta de comunhão de vida entre os cônjuges; b) elemento subjectivo: haver da parte de ambos ou apenas de um deles um propósito de não restabelecer a comunhão de vida matrimonial; c) a separação por dois anos consecutivos.”.

Acrescenta a seguir: “4. Estamos num domínio em que, se o elemento objectivo é fácil de demonstrar, já não assim o elemento subjectivo.”.

Mais adiante cita também PEREIRA COELHO nestes termos (que em boa parte toma *ipsis verbis* para enunciado do parágrafo 2.º do *Sumário*)³⁸: “Esta causa de divórcio é integrada por dois elementos, um objectivo e outro subjectivo. O elemento objectivo é a divisão do *habitat*, a falta de vida em comum dos cônjuges, que passam a ter residências diferentes. Este elemento é muitas vezes equívoco, pois o dever de coabitação, reveste-se de grande plasticidade. Tudo depende das circunstâncias e há uma grande variedade de situações. Pode haver residências separadas – o art. 1673.º [1534.º CC Macau] permite-o – e todavia haver uma comunhão de vida (v.g. o caso dos emigrantes). Outras vezes, respeitos humanos ou o interesse dos filhos levam os cônjuges a manter uma aparência de vida em comum que não corresponde à realidade. Ao elemento objectivo que é matéria da separação de facto, há-de, pois, acrescer um *elemento subjectivo*, que anima essa matéria e lhe dá forma e sentido; consiste ele numa disposição interior – o “propósito” como diz o artigo da parte de ambos os cônjuges ou de um deles de não restabelecer a comunhão da vida matrimonial (...)”.

E cita ANTUNES VARELA³⁹: “A forma como na lei (...) se define a separação de facto, tradutora da ruptura da vida em comum, mostra com efeito que ela pode resultar de uma actuação bilateral concertada entre ambos os cônjuges, como de um procedimento bilateral não acordado entre eles, como da atitude isolada de um só deles. Apesar de não ser essencial o acordo dos cônjuges quanto à separação, é evidente que esta separação compreende um *elemento subjectivo* (a intenção de ambos os cônjuges, ou de um deles de romper definitivamente

como se prevê na alínea c) do mesmo artigo.

Agora, mantendo-se um entendimento comum na doutrina, anterior e posterior à última alteração do regime do divórcio, na jurisprudência mantém-se a divergência, como se pode observar pelo exposto por TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO, *O Divórcio e Questões Conexas, Regime Jurídico Actual*, cit., pp. 65 e ss.

37 Ver p. 9 do Acórdão (<http://www.court.gov.mo/pt/subpage/researchjudgments?court=tsi>).

38 Na p. 12 do Acórdão. O sublinhado no original passa a constar em itálico. Recorde-se a nota inscrita na p. 12 do Acórdão: “*Reforma do Código Civil, Petrony, 1981, 36 e 37.*”.

39 Nas pp. 12 e 13 do Acórdão. O sublinhado no original passa a constar em itálico Recorde-se a nota inscrita na p. 13 do Acórdão: “*Direito da Família, ed. 1987, págs. 479 e s. egs.*”.

com a vida em comum) ao lado de um *elemento objectivo* (não existência entre os cônjuges da comunhão de leito, mesa e habitação).”.

Sempre e apenas no que respeita à exigência de um elemento objectivo e de um elemento subjectivo, conclui, em geral:

“6. Perante este enquadramento somos a discernir que o elemento subjectivo, numa situação em que se vem a invocar a ruptura conjugal, acompanha o elemento objectivo relevante, na certeza de que nesses casos ele se vai cimentando ao longo do tempo. É evidente que numa situação dessas, como aquelas que a vida nos mostra, não há um momento exacto e determinável para se poder dizer que naquele exacto momento passou a haver uma disposição de ruptura conjugal.”.

Também entendemos, se não se demonstrar o contrário, parecer razoável aceitar que as manifestações objectivas de cessação de comunhão de vida sejam acompanhadas da intenção de não ter vida em comum, desde que não haja manifestação de vida em comum ou da intenção de restabelecer a vida em comum, e culminando numa acção judicial de formalização da ruptura de vida em comum. Dos factos conhecidos pelo tribunal concluir por um facto desconhecido, como a intenção de ruptura da vida em comum, mediante presunção judicial, e por consequência haver fundamento de ruptura do casamento e decretar o divórcio⁴⁰.

No caso considerou-se: “É verdade que a matéria fáctica nos presentes autos é muito curta, mas, pensamos, não ser impeditiva do decretamento do divórcio, relevando-se aqui, não obstante as regras do ónus da prova, a passividade do cônjuge, a esposa requerida no divórcio, que nada veio alegar ou contrapor ao afirmado e ao desiderato formulado pelo marido. Tudo conjugado, não nos será difícil compreender que aquela separação de facto que se prolongou, à presente data por cerca de nove anos, sem nada que a quebrasse ou sem que tal fosse invocado, não terá deixado de estar imbuída do elemento subjectivo pertinente.”⁴¹.

E sobre essa questão e este entendimento, nada temos a reparar, antes nos parece de aplaudir, salvo quanto à manifestação de resignação com a aparente ou real *dificuldade de determinação de um momento em que possa haver uma*

40 Como se aceita na Doutrina citada, e já ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão do STJ de 8 de Novembro de 1984*, RLJ, Ano 122, n.º 3784, pp. 209 e ss e 213 e ss. Em Macau, ver VIRIATO LIMA, *Manual de Direito Processual Civil, Acção Declarativa Comum*, 3.ª Edição, CFJJ, 2018, pp. 468 e 469, e JOÃO GIL DE OLIVEIRA e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau Anotado e Comentado, Jurisprudência, Volume V*, CFJJ, 2018, pp. 227 e ss.

41 E acrescenta-se, no Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, p. 14: “Como ensina o Prof. Antunes Varela, a Segunda Instância, assento 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.”.

disposição de ruptura conjugal, pois não deixará de haver dificuldades em qualquer caso em que analogamente se coloque a questão da prova.

4.2. Separação de facto como separação objectiva por dois anos

Quanto à *consideração de que a separação de facto é a separação objectiva, que integra uma consideração complementar, que a separação por 2 anos consecutivos é a separação objectiva por dois anos*, já nos parece que a dificuldade da sua sustentação é evidente, quer perante a letra quer o espírito da lei.

É de difícil sustentação perante a doutrina, que não se invoca directamente sobre a questão, e na medida em que a doutrina invocada, afinal, se expressa no sentido contrário, doutrina já referida, sem discordância⁴².

Tal como é perante a própria jurisprudência, mesmo quando pretende justificar o argumento, como é o caso dos acórdãos invocados, e do ora em apreço como referência, em que, aliás, não invoca este argumento e na fundamentação expressamente o desmente, como veremos. Aliás, a consideração da separação de facto como separação afectiva obriga a questionar também esta conclusão. A *separação de facto como separação afectiva* pode ser entendida em *sentido geral* ou em *sentido estrito para efeitos de divórcio*.

A concepção da “separação de facto” em *sentido geral*, como “ausência da comunhão de leito por mais de dois anos consecutivos” ou como ausência de relações de intimidade, como *separação afectiva* por dois anos consecutivos, ainda se situaria no âmbito da separação objectiva, e essa separação já incluiria *a intenção de não ter vida em comum, mas a ela faltaria a intenção de não a restabelecer* para se estar perante a *separação de facto* como causa de divórcio⁴³.

A assim designada *separação afectiva* é uma modalidade de *separação objectiva* que *não é concebível como separação de facto fundamento de divórcio sem a intenção de não ter e a intenção de não restabelecer a comunhão de vida*, incluindo de vida íntima. Porém, tal como a *existência de vida íntima*, como *comunhão de leito*, não é só por si estritamente necessária para haver comunhão de vida, embora seja normal que exista e o possa ser, também a inexistência de

42 Recorde-se a afirmação de NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento de divórcio, e algo mais*, cit., p. 63, nota 64, perante a Doutrina e a Jurisprudência portuguesa, designadamente a tese de PEREIRA COELHO sobre a questão: “Escusado será dizer que a tese por ele combatida não encontraria apoio na doutrina e na jurisprudência supracitada na nota 55.”.

43 É o que se verificou no caso em análise no Ac. do TSI n.º 582/2006, de 11 de Janeiro de 2007, §§1.º e 2.º. No Ac. do TSI n.º 586/2006, de 11 de Janeiro de 2007, pretende concluir-se pela mesma intenção pela propositura da acção, o mesmo sucedendo no Ac. n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014, segundo as alegações de recurso (L. M.) N.) e a conclusão do tribunal.

vida íntima, só por si, não é causa de divórcio por separação de facto se não houver *intenção de não ter e intenção de não restabelecer* essa vida íntima. O que sucederia, não ser causa de divórcio, se se tratar de opção do casal, se se tratar de uma situação temporária em que se aguarda alteração de intenção na esperança da sua retoma posteriormente, ou se há acordo expresso ou tácito para não ter relações de intimidade, designadamente de relacionamento sexual, temporária, mais ou menos duradoura, ou mesmo definitivamente, embora susceptível de revogação, ainda que não de coercibilidade ao seu restabelecimento.

A separação de facto ou separação afectiva em sentido estrito ou especial para efeitos de divórcio, é a separação de facto objectiva e subjectiva, em que há o propósito ou a intenção de não ter e ainda o propósito ou a intenção de não restabelecer a comunhão de vida, por quebra de laços afectivos, como outra forma de expressar que a separação de facto é cumulativamente *uma* separação objectiva e subjectiva qualificada e, portanto, em que *a separação de facto para o ser tem de ser uma separação afectiva qualificada*.

É também relevante a conclusão de que a separação de facto é um “conceito jurídico e conclusivo” traduzido em factos que a demonstram: inexistência de comunhão de vida, cessação da coabitação mesmo que parcial, designadamente comunhão de leito, intenção de não ter e intenção de não restabelecer a comunhão de vida; por dois anos consecutivos ou separação de facto duradoura. Esse o conceito previsto na al. a), do art. 1637º e no n.º 1 do art. 1638.º⁴⁴.

Se aqui se refere ser um conceito jurídico e conclusivo, e bem, já não se anda bem quanto à definição do conceito, pois não se deve esquecer que o recurso ao elemento objectivo e ao elemento subjectivo é um expediente intelectual explicativo do conceito, uma simplificação⁴⁵.

44 Este entendimento está bem presente na definição de separação de facto no Ac. n.º 74/2008, p. 8, e aí se designou como separação afectiva e ruptura afectiva (neste caso essencial e suficiente, como elemento objectivo e elemento subjectivo), como também sucedeu nos Acs. do TSI n.º 582/2006, de 11 de Janeiro de 2007, e n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, § 3.º. A separação de facto como separação dos afectos ou cessação de laços afectivos reflecte o carácter essencial do elemento subjectivo.

Como foi posto em evidência no Ac. do TSI n.º 1153/2017, de 31 de Maio de 2018, consta do respectivo *Sumário* que (itálico nosso) “A separação de facto, enquanto fundamento de divórcio litigioso, face ao art.1637.º, al. a), do CC, constitui um *conceito jurídico e conclusivo*, que deve ser traduzido em factos que, uma vez provados, demonstrem a verificação de uma ruptura da comunhão de vida entre os cônjuges por mais de dois anos consecutivos e a inexistência do propósito por parte de ambos, ou de um deles, em restabelecê-la, nos termos do art. 1638.º, n.º 1, do CC.”.

45 Cujas insuficiências já salientaram, designadamente, FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, no *Curso de Direito da Família, Volume I, 3ª Edição*, e ajudou a explicitar NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento de divórcio*,

A causa objectiva do divórcio com fundamento em ruptura de vida em comum é a *separação de facto por dois anos consecutivos, que se verifica quando há inexistência duradoura de comunhão de vida*, que inclui cessação de coabitação, pelo menos parcial, e a *intenção de não viver em comunhão*, e a persistência duradoura dos mesmos, e ainda em especial da *intenção de não restabelecer a comunhão de vida*.

O que coloca em evidência que a separação de facto deve ser plena ou integral e não decepada de um dos elementos, e por consequência se demonstra o vício de raciocínio em que se incorre *ao considerar que a separação de facto é a separação objectiva*.

Nesta orientação parece ser tomada a parte pelo todo, excluindo uma parte dos pressupostos da separação de facto, que é um conceito jurídico em que se encarna um facto jurídico composto ou complexo a provar, para dele se retirarem as consequências legais impostas pelo legislador, que presume a ruptura da vida em comum, impondo ao tribunal a decisão favorável ao divórcio.

O que o tribunal deve apurar é se há separação de facto duradoura, mediante cessação da comunhão de vida, por cessação da coabitação, ou sua manifestação relevante, e pela manifestação de intenção de não ter e de não restabelecer a vida em comum, e pela persistência dessa intenção revelada pela sua continuidade, situação de facto ou separação de facto mantida por dois anos consecutivos, a separação de facto duradoura referida pela doutrina e parte da jurisprudência. Concluindo haver separação de facto duradoura, a lei presume e determina que o tribunal deve decretar o divórcio.

Mais, importante nos parece neste contexto o argumento de que: “Numa situação em que se vem a invocar a ruptura conjugal, em regra o elemento subjectivo não deixa de acompanhar o elemento objectivo relevante, na certeza de que nesses casos ele se vai cimentando ao longo do tempo.”⁴⁶.

Vem a concluir, no caso, mas com carácter de generalidade, que provada a “ocorrência do elemento objectivo da “separação de facto”, provado estaria o elemento subjectivo sempre que se verifica que “nada foi oposto que fizesse apartar daquela separação ao longo de vários anos qualquer circunstancialismo paralisante de um elemento subjectivo, como integrante, em princípio, de uma separação material objectiva”, como sinónimo de separação integral.

Daqui resultaria que se se acompanham naturalmente, e mesmo necessariamente para este efeito, diremos, e por outro lado, a propositura da acção,

e algo mais, autores por nós já citados anteriormente.

46 Expresso neste Ac.do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, na primeira parte do § 4.º do *Sumário*, também expressa no corpo da decisão, na 1ª parte do § 1.º do número 6. da parte III, *Fundamentos*, bem assim nos §§ seguintes, designadamente no § 8.º dos *Fundamentos*.

sendo relevante e necessária, seria sobretudo uma manifestação ostensiva da intenção de não restabelecer a vida em comum e o primeiro passo tendencialmente irreversível da acção de divórcio.

E ainda coadjuvaria o entendimento de que são *elementos essenciais*, pois se natural e normalmente a separação de facto por dois anos consecutivos é, também por isso, uma “separação integral”, objectiva e subjectiva, em que os elementos se acompanham e o elemento subjectivo é “integrante, em princípio, de uma separação material objectiva”.

4.3. Elemento subjectivo de natureza complementar, cumulativa e essencial

Quanto à consideração de que o *requisito subjectivo é de natureza complementar*, pese embora a sua qualificação ser impressiva, não permite concluir pela desconsideração da sua qualificação como *elemento cumulativo* com o elemento objectivo e como *elemento essencial* da separação de facto⁴⁷.

Perante a consideração de que a separação por dois anos consecutivos é a separação objectiva por dois anos consecutivos, acresce referir que, e diferentemente, entendemos, com a doutrina citada –apelando ao fundamento da admissibilidade desta causa de divórcio por ruptura de vida em comum, como causa determinada, peremptória, bilateral e objectiva, de separação em que o legislador considera não haver esperança de reconciliação e de restabelecimento de vida em comum –, que só se compreende quando se está perante uma separação de facto, de *corpus e animus*, e de separação de facto duradoura por 2 anos consecutivos, que legitima a *declaração judicial da separação de direito definitiva por divórcio litigioso*, de uma *ruptura de facto duradoura* que funda uma *ruptura jurídica do casamento*.

Como já referimos, na realidade também o *animus* é um elemento essencial sem o qual não há cessação de vida em comum, nem separação de facto relevante, o que no Acórdão em apreço se reconhece, quando refere, designadamente: “Daí que faça sentido integrar como pressuposto da separação relevante esse *animus* de separação, de corte, de cessação da relação conjugal.”

Nesse Acórdão cita-se o Acórdão do TSI n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014, em que se defende essa qualificação e procuram outros aumentos, entre eles, o apoio na imputação da atribuição da qualificação do *elemento subjectivo* como *elemento complementar* do *elemento objectivo* a ANTUNES VARELA,

47 Ver o § 3.º do *Sumário*, o § 7.º do n.º 7 dos *Fundamentos* do Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014; e nos Acs. do TSI n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014, e n.º 728/2014, de 5 de Fevereiro de 2015.

citado no Código Civil Anotado⁴⁸, o que nos parece merecer algumas reflexões “complementares”.

A primeira, não parece razoável, sendo antes difícil de conceber que se possa harmonizar com o pensamento expresso do Autor, retirar esse qualificativo com o sentido que lhe é dado na jurisprudência, de mero complemento, de acordo com o seguinte enunciado: “O segundo requisito da separação de facto, este de natureza *subjectiva* e complementar do primeiro elemento, consiste na intenção, por parte de ambos os cônjuges, ou de um deles, pelo menos, de não restabelecer a comunhão da vida interrompida” (nota 3, § 1.º). Ou seja, que o qualificativo “complementar” signifique que o legislador o não exija, ou que o exija e não seja necessário ou essencial (o que aliás resultaria do referido antes pelo Autor; cfr. nota 2, § 6.º).

A segunda, considerando o mesmo que “O legislador, excessivamente *permissivo* no tocante à dissolução dos vínculos pessoais criados pelo matrimónio, não abdicou das normas éticas que tutelam a relação conjugal, no que concerne aos efeitos patrimoniais do divórcio e da separação, onde a tarefa do legislador, apesar da grave crise atravessada pelas instituições familiares, é menos espinhosa.” (nota 5, § 4.º), estranho seria que essa qualificação significasse a dispensa desse requisito ou pudesse ser argumento para o efeito, e se entendesse, como deveria ser, no sentido mais permissivo do divórcio.

A terceira, aliás, posteriormente, ANTUNES VARELA⁴⁹, sem recorrer já a esse qualificativo de *complementar*, invertendo mesmo a ordem do seu enunciado, sem prejuízo de confirmar a essencialidade de ambos os pressupostos refere que: “Apesar de não ser essencial o acordo dos cônjuges quanto à separação, é evidente que a separação compreende um elemento *subjectivo* (a intenção de ambos os cônjuges, ou de um deles, de romper definitivamente com a vida em comum), ao lado de um elemento *objectivo* (separação de leito, mesa e habitação). Pode existir o elemento *objectivo* (separação de leito, mesa e habitação) e não haver separação (*hoc sensu*), se a ocorrência resultar, por exemplo de doença, missão no estrangeiro, exílio, prisão de um dos cônjuges e o outro continuar a prestar-lhe toda a assistência e cooperação possíveis nas circunstâncias.” Não só enuncia primeiro um elemento *subjectivo* como o coloca ao lado de um elemento *objectivo*. O que revela o pensamento do Autor, sobre o carácter ou natureza destes elementos, um ao lado do outro, mesmo quando o elemento *subjectivo* fosse o segundo e complementar, não deixa de ser necessário e por isso essencial, para determinar, se

48 PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume IV, 1987, Anotação ao Artigo 1782.º, pp. 540 e ss.

49 *Direito da Família, 1.º Volume*, 4.ª Edição, Revista e actualizada, Livraria Petrony Lda. Editores, 1987.

há ou não há, quando há e quando começa a contar o prazo da separação de facto.

A evolução da jurisprudência recente dos tribunais superiores de Macau não deixa de comprovar o carácter essencial e cumulativo do elemento subjectivo, embora apenas em sentido geral, como intenção de não ter comunhão de vida, porém sem o considerar como elemento integrante da separação de facto duradoura por dois anos consecutivos ou como elemento subjectivo qualificado de não ter a intenção de não restabelecer a comunhão de vida, afinal como é especialmente requerido pela lei como causa de divórcio⁵⁰.

4.4. A consideração de que o simples facto de intentar a acção faz presumir desde a separação objectiva a intenção de não restabelecimento de vida matrimonial

A propositura da acção demonstra haver intenção de romper definitivamente a relação matrimonial⁵¹, não se duvida, porém não significa necessariamente que essa era a intenção desde o início da separação objectiva, que se pode ter tornado mais frequente e menos definitiva, nem que se manterá até à conclusão da discussão da causa, tanto mais que se impõe promover e pode haver reconciliação ou conversão do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento, embora neste caso mantendo a intenção de não restabelecer a vida em comum ou comunhão de vida.

Aceita-se que na falta de oposição e de factos que demonstrem o contrário se possa aceitar que se demonstra a intenção de não restabelecer a vida em comum, mas não permite só por si concluir que há intenção de não ter e não

50 No Acórdão do TSI n.º 582/2006, de 11 de Janeiro de 2007, de separação de facto caracterizada como de separação objectiva, o elemento subjectivo foi essencial e determinante do divórcio. No Acórdão do TSI n.º 271/2019, de 18 de Julho de 2019, qualifica-se igualmente o elemento subjectivo como essencial. Ver também o Ac. do TSI n.º 395/2021, de 28 de Abril de 2022, no âmbito do direito de residência, fora do âmbito da previsão do divórcio.

No Ac. do TUI n.º 200/2020, de 24 de Fevereiro de 2021, em que se não depara com a questão, refere-se apenas o seguinte (*Sumário*, 3., 2 §): “Tendo a A. invocado na sua petição inicial uma “causa de pedir”, (que se pode apelidar de “complexa”), que integrava ambos os “fundamentos do divórcio”, (por “violação culposa pelo R. dos seus deveres conjugais” e “ruptura da vida em comum”), que se verificaram efectivamente, censura não merece a decisão que decretou o peticionado divórcio, declarando o R. o seu (único) culpado.”.

Do mesmo TUI, sobre o direito de residência, pode ver-se o Ac. do TUI n.º 80/2020, de 31 de Julho de 2021.

51 Sobre esta orientação, ver o Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, *Sumário*, §§ 3.º e 4.º, e os Acs. do TSI n.º 158/2011, de 17 de Novembro de 2011, *Sumário*, § 2.º, n.º 388/2010, de 15 de Dezembro de 2011, *Sumário*, § 2.º, e n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014, *Sumário*, segunda parte; e nos Acs. do TSI n.º 728/2014, de 5 de Fevereiro de 2015, n.º 894/2018, de 16 de Maio de 2019, *Sumário*, § II, e n.º 271/2019, de 18 de Julho de 2019, *Sumário*, § 3.º, cfr. § 4.º).

restabelecer a vida em comum ao longo de um período de pelo menos dois anos. Não teria em caso de cessação de coabitação por emigração, por trabalho ou estudo, ou internamento hospitalar, por não haver sequer separação objectiva. Nem mesmo por cessão de coabitação por abandono do lar em que houvesse intenção de não ter temporariamente vida em comum, mas houvesse intenção de a restabelecer, por exemplo, cessando os comportamentos de desrespeito e de violência física ou psíquica ou a situação de infidelidade, concluído o tratamento de toxicod dependência ou de dependência do jogo, após mudança da actividade profissional comprometedora da vida em comum, mesmo que lícita, como a de promoção de jogo, ou de actividades ilícitas, como a exploração da prostituição, e o empréstimo ilícito para jogo, em que houvesse intenção de não ter vida em comum, mas em que houvesse o propósito de a vir a ter, portanto, de a não manter durante esse período por determinação voluntariamente assumida, mas em que havia o propósito de a restabelecer uma vez ultrapassadas essas circunstâncias. Ou simplesmente houvesse acordo por essas razões ou outras, para a suspensão da coabitação, com a intenção de restabelecimento da vida em comum ou de ponderação posterior da oportunidade de restabelecimento da comunhão de vida.

Se é evidente e ostensivo que ao propor a acção o autor manifesta intenção de não restabelecer a vida em comum, questão diferente é saber desde quando tem essa intenção, pois desse acto apenas resulta inequivocamente que desde esse momento tem essa intenção, e se a separação de facto integra simultaneamente a cessação da vida em comum e a intenção de a não restabelecer, não haveria separação de facto demonstrada, pelo que não poderia a instauração da acção só por si fazer presumir que tinha havido intenção desde a simples cessação da coabitação⁵².

52 Nesse sentido, além de GUILHERME DE OLIVEIRA, *Manual de Direito da Família*, cit., pp. 277 e 278, também TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO (Juiz do Tribunal de Família e Menores), *O divórcio e questões conexas, regime jurídico atual (de acordo com a Lei n.º 61/2008)*, e a jurisprudência citada, designadamente p. 67 (questão e Autores também referidos por KUONG SI LONG, *A admissibilidade do divórcio a-pedido no ordenamento jurídico português: estudo comparativo com o divórcio unilateral no ordenamento jurídico espanhol*), perante o Direito Português:

“Por outro lado, a separação de facto tem de se verificar pelo menos durante um ano consecutivo, sendo irrelevantes as curtas separações e sucessivas reconciliações.

É, pois, necessário que essa falta de comunhão de vida se prolongue por um ano consecutivo, contando-se tal prazo desde a última manifestação de comunhão de vida e prolongar-se por um ano consecutivo, isto é, sem interrupção.

O S.T.J. tem entendido que o elemento subjetivo (o propósito de um ou de ambos os cônjuges de não restabelecer a vida em comum) pode ser afirmado ou exteriorizado, de forma expressa ou tácita, e que o «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.»

(Vide Acs. do STJ de 5/7/2001, Col. Jur., STJ, 2001, T-II, pág. 164; e de 11/7/2006, Col. Jur.

Tem prevalecido o entendimento que considera necessário o “o elemento subjectivo, que consiste numa disposição interior - o “propósito” de ambos os cônjuges ou de um deles de não restabelecer a comunhão da vida matrimonial, não necessitando este último elemento de durar também 2 anos consecutivos”. Nesta formulação não se exigem dois anos consecutivos até à propositura da acção, nem seria causa de indeferimento liminar nem de indeferimento à data do despacho saneador nem da sentença, bastando a propositura da acção e a continuidade da intenção até à audiência de discussão e julgamento⁵³.

A consideração da exigência da intenção de não restabelecimento da vida em comum iniciada pela proposição da acção e prolongada por dois anos consecutivos poria em causa este entendimento⁵⁴.

Em decisão recente⁵⁵, foi considerado “admissível o entendimento de que a

STJ, 2006, T-II, pág. 157.)

É evidente que se um dos cônjuges intenta acção de divórcio com fundamento na separação de facto é porque pretende pôr termo ao casamento, manifesta a intenção clara, nessa altura, de não querer restabelecer a vida em comum.

A questão é outra, é a de saber a partir de que data se deve considerar que não tem intenção de restabelecer essa vida em comum. Que quando propõe a acção a não tem, não temos dúvidas.

É que só há separação de facto desde que se verifique, simultaneamente, essa ausência de vida em comum e a intenção de a não restabelecer, como o exige a 2.ª parte do art.º 1782.º do C.Civil (veja-se que esses requisitos – elementos objetivo e subjectivo –, são cumulativos). Se os cônjuges estão separados um do outro, mas ainda não existe essa vontade de a não restabelecer, e só passados alguns meses manifestam essa vontade, a verdade é que só a partir dessa altura podemos afirmar que estão separados de facto de acordo com o conceito legal, data em que passou a coexistir a ausência da comunhão de vida e a intenção de não restabelecer essa vida em comum.

É que para haver separação de facto tem de haver, simultaneamente, ausência de vida comum e intenção de a não restabelecer. E se assim é, salvo o devido respeito, que é muito, não basta a instauração da acção de divórcio para se concluir que, nessa data, o cônjuge não mantém essa intenção durante o ano anterior ou já a vem mantendo há mais de um ano⁽⁶⁾.

((⁽⁶⁾Neste sentido PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, cit., p. 684.))”

53 Adoptado no Ac. TSI n.º 728/2014, de 5 de Fevereiro de 2015, final do *Sumário*, a mesma orientação se mantém no Ac. do TSI n.º 125/2021, de 27 de Maio de 2021.

54 Como já foi referido ter sido invocado pelo TJB na sentença recorrida e desconsiderado no Ac. do TSI n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014.

Aliás, esta ideia ou entendimento também surge no relatório do Acórdão n.º 728/2014, de 5 de Fevereiro de 2015, embora não procedente, como o fundamento do indeferimento do pedido de divórcio pelo TJB, nos termos seguintes (pp. 3 e 4):

“G. Entendeu o Tribunal a quo que, para efeitos de apreciação do referido requisito subjectivo, o momento atendível da separação é o dia da propositura da presente acção de divórcio, ou seja, o dia 16 de Abril de 2013, concluindo, por isso, não ter decorrido o prazo de dois anos sobre o propósito de pelo menos um dos cônjuges não restabelecer a comunhão de vida conjugal”.

55 No Acórdão do TSI n.º 271/2019, de 18 de Julho de 2019, designadamente nos §§ 3.º e 4.º.

simples propositura da acção de divórcio litigioso com fundamento na separação de facto faz presumir o propósito, por parte do cônjuge autor, de não voltar a estabelecer a vida em comum com o cônjuge réu”, mas que numa acção em que foram invocados como “causa de pedir os factos demonstrativos da violação por parte do cônjuge réu dos deveres conjugais de fidelidade e de respeito, a simples propositura da acção já não dispensa o Autor do seu ónus de alegar e provar o facto essencial do propósito de não restabelecer a vida em comum, se pretender ver, a título subsidiário, procedente a acção com fundamento na separação de facto.”.

Além de se afirmar ser *facto* essencial o propósito de não restabelecer a vida em comum, admitiu-se a *presunção judicial do propósito de não restabelecer a vida em comum a partir do facto da propositura de acção*, por um lado, mas, por outro, *quando o pedido de divórcio por separação de facto for a título subsidiário, considerou-se haver necessidade de cumprir o ónus da prova desse propósito quer quanto à sua existência quer à data do seu início*.

Ao concluir que “não tendo sido invocada como facto essencial da causa de pedir na presente acção a separação de facto, o simples facto de o Autor ter instaurado a acção de divórcio litigioso não faz presumir a vontade de não restabelecer a vida em comum com fundamento na separação de facto” (p.10), estaria a considerar necessário que o pedido de divórcio com fundamento em separação de facto fosse “facto essencial da causa de pedir”, e que esse fosse o pedido principal e não um pedido subsidiário, o que pode nem ter sido formulado no caso em apreço, parece fazer depender dessa circunstância a *presunção judicial*.

Sem prejuízo da bondade e do respeito pela apreciação do caso, de acordo com as razões que justificam o entendimento de que a propositura da acção faz presumir o propósito de não restabelecer a comunhão de vida, não nos parece haver razão suficiente para concluir que a propositura da acção não permite presumir o propósito de não restabelecer a comunhão de vida, que é também fundamento de divórcio a apreciar pelo tribunal, em que o autor confia provar os factos que constituam as causas e demonstrar haver fundamento de divórcio por comprometimento da vida em comum.

Poderia considerar-se que sendo os efeitos do divórcio os mesmos, podem pedir o divórcio com fundamento em separação de facto e a declaração de cônjuge culpado, e nesse caso se aceitava a *presunção judicial do propósito de não restabelecer a comunhão de vida*. Mas esse entendimento expressaria uma preferência ou tratamento judicial favorável que nos parece sem fundamento razoável em face das razões que justificam a solução adoptada de facilidade de prova do propósito de não restabelecimento da comunhão de vida.

O pedido a título subsidiário do divórcio com fundamento em separação de facto, sendo a título principal por violação culposa, apenas manifesta preferência por pedir primeiro o divórcio com esse fundamento, não manifesta falta de intenção de não restabelecer a vida em comum, tanto mais que se invocam as

causas culposas, o que pode acontecer por várias razões, incluindo motivações pessoais e o erro de patrocínio⁵⁶.

A preferência legal pelo divórcio com fundamento em separação de facto expressa pela previsão especial da lei em abstracto, e pelas partes em concreto em função da opção por um regime mais favorável à prova e à procedência do pedido e, por isso, ao fim visado de resolver a situação de crise do casamento, não justificaria uma modificação da orientação da apreciação da prova em sentido mais favorável à determinação da intenção de não restabelecer a comunhão de vida em caso de pedido subsidiário, sem prejuízo da apreciação caso a caso, em que esse facto não deveria deixar de ser tido em consideração.

Quanto à questão da dificuldade de prova da intenção de não restabelecer a vida em comum e da menor exigibilidade probatória quando não há oposição, porém, a dificuldade de prova não pode ser convertida ou constituir uma impossibilidade de prova, nem da prova do momento a partir do qual se verifica a intenção de não restabelecer a vida em comum.

Considerando ser requisito haver propósito de não restabelecer a comunhão de vida por dois anos consecutivos é necessário, e para além da própria cessação da comunhão de vida, provar o momento inicial de verificação da intenção de não ter vida em comum como elemento da separação de facto e é necessário provar a intenção de não restabelecer a vida em comum, a sua continuidade e coexistência por dois anos consecutivos.

Na ausência de prova legal ou de presunção legal, haverá lugar a prova por todos os meios admissíveis, incluindo a presunção judicial, como tem sucedido. O que importaria que em cada caso se fizesse a prova dos factos que constituem a causa de pedir, ainda que com recurso a presunções judiciais⁵⁷.

56 Note-se que no Ac. do TSI n.º 723/2013, de 13 de Março, o TSI, embora negando que se houvesse recusado pedido subsidiário (por pretensão de ampliação do pedido, afirmando que “o que foi indeferido foi a pretensão da ampliação do pedido, por se tratar de um pedido supérfluo uma vez que a pretensão da Autora é uma questão de direito e já está abrangida no pedido da acção que é justamente o decretamento de divórcio”), ainda assente numa presunção, até mais ampla, se vem a concluir, mesmo sem se referir a propositura da acção: “Assim sendo, desde que tenha sido provada a separação de facto por dois anos e no momento de decisão persista a intenção de não restabelecer a comunhão de vida interrompida por 2 anos consecutivos, é de decretar o divórcio.” [II 3. Da separação de facto, quarto e antepenúltimo §§].

Embora sem se pronunciar sobre esta questão, mas já sobre a autonomia e as motivações da causa de pedir e a cumulação de pedidos, ver F. M. PEREIRA COELHO, Revista de Legislação e Jurisprudência, RLJ, Ano 112.º, 1979-1980, n.º 3635, cit., págs. 338 a 350, em especial no § 7.º da Anotação.

57 Como sucede no caso decidendo no Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, em apreço, quanto ao propósito de não restabelecimento da comunhão de vida (ver os *Fundamentos*, 6. e 8. e os §§ 3 e 4 do *Sumário*).

A dificuldade de prova não é diferente ou maior do que em outras acções, como a de divórcio com fundamento em alteração das faculdades mentais, ou ainda daquelas em que se trata da caducidade do direito de propor a acção de divórcio litigioso com fundamento em separação de facto⁵⁸.

4.5. A actualidade da decisão judicial e a separação de facto

A questão da actualidade da decisão judicial respeita ao momento da apreciação dos pressupostos da separação de facto como causa ou fundamento de divórcio, se se devem verificar no momento da propositura da acção sob pena de indeferimento liminar ou de julgamento de improcedência no despacho saneador ou ainda até ao momento do encerramento da discussão da causa sob pena de improcedência do pedido⁵⁹.

Em sentido mais amplo, bastaria que se verificassem os pressupostos no

Curiosamente, é a este propósito, da mesma exigibilidade probatória, que no Acórdão (§ 3.º do *Sumário*) são citados PEREIRA COELHO e ANTUNES VARELA, que numa segunda citação é oportunamente citado, mas cuja citação se omite a propósito da questão da exigência do propósito do não restabelecimento da comunhão de vida por dois anos consecutivos, que estava em causa. Ver o texto do Acórdão, pp. 12 e 13, e a nossa citação de PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, e também ANTUNES VARELA, *Direito de Família, 1.º Volume*, em 4.1. Os pressupostos ou elementos da separação de facto e a presunção da separação subjectiva pela verificação da separação objectiva.

58 Por exemplo, no Ac. TSI n.º 65/2016, de 21/4/2016, não se questiona a dificuldade da prova, como no mesmo se entende (“o problema é, assim de mera prova. Provado esse facto (separação)...”), pp. 18 e 19.

[Na apreciação “3 - Da violação do dever de coabitação”, 3.1., da separação e da 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).” (...)

“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.”.]

59 Sobre a questão e a adopção desta orientação, ver o Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, *Sumário*, § 5.º, e os *Fundamentos* do Ac. do TSI n.º 756/2014, de 14 de Maio de 2015, e mesmo sem necessidade do decurso de dois anos da verificação da intenção de não restabelecimento da comunhão de vida, ver os Acs. TSI, n.º 388/2010, de 15 de Dezembro de 2011, n.º 158/2013, de 17 de Novembro de 2011, e n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014.

momento do encerramento da discussão da causa, tanto a cessação da comunhão de vida como o propósito de não a restabelecer, que bastaria que se manifestassem pela propositura da acção e que ao momento do encerramento da discussão se completassem os dois anos consecutivos.

Ou pelo menos exigir a cessação da vida em comum há dois anos consecutivos à data da propositura da acção, propositura pela qual se manifestaria o propósito de não restabelecer a vida em comum, ou considerando-se que se deveria verificar por dois anos consecutivos, que se presumiria a sua existência desde a cessação da coabitação, e que se mantivesse no momento da discussão da causa e julgamento.

Poderia conceber-se a alternativa de se exigirem dois anos de cessação da comunhão de vida e a manifestação da intenção de não a restabelecer pela propositura da acção e exigindo ainda que se completassem dois anos desde a propositura da acção até ao momento da discussão da causa⁶⁰.

Pelo menos no sentido da segunda formulação se pronuncia o Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, ao considerar que, embora nas circunstâncias do caso houvessem decorrido dois anos de cessação da coabitação, “se estas razões não bastassem, sempre podemos dizer que, passado todo este tempo, contado até o da pendência da acção, o elemento subjectivo não deixa de ocorrer, visto o princípio que decorre da *actualidade* que deve revestir a decisão judicial”⁶¹.

Mas parece ir mais além, dando-lhe o sentido mais amplo da primeira formulação ao considerar que os⁶² “requisitos para o decretamento do divórcio,

60 Como sucedeu na Sentença que indeferiu um pedido de divórcio por dar como provado a intenção de não restabelecer a comunhão de vida com a propositura da acção e não terem decorrido dois anos desde esse momento até à discussão da causa, recorrida no Ac. do TSI n.º 457/2015, de 10 de Setembro de 2015, que, considerando bastante aquela manifestação, deu provimento ao recurso e decretou o divórcio, disponível online e decidido em língua chinesa, com alegações das partes, recorrente e recorrido, em língua portuguesa, que foi apresentado por JIANG YI WA, em *Análise dos fundamentos de divórcio litigioso em Macau nos últimos vinte anos: ruptura irremediável e divórcio sem culpa*, cit., pp. 78 e 79.

Ver também o caso decidido na sentença recorrida e desconsiderado no Ac. do TSI n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014. Aquele mesmo entendimento surge no Relatório do Acórdão do TSI n.º 728/2014, de 5 de Fevereiro de 2015, relativamente à sentença recorrida, como mencionado nas alegações.

61 Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, *Fundamentos*, 9., p. 17. O sublinhado no original passa a constar em itálico

62 Na conclusão geral final do § 5.º do *Sumário*, correspondendo à formulação dada para o caso na parte final do Acórdão (*III Fundamentos*, 9.), para o caso e fazendo-se acompanhar da jurisprudência comparada, mas inequivocamente referindo-se não apenas ao *animus* mas também ao *corpus* material da separação de facto: “*Aí se afirmando ainda que o corpus material da separação em causa se encontrava provado, uma vez que no momento em que foi proferida a decisão final decorreu muito mais do que o tempo mínimo indispensável, desde que o réu saíra do*

não deixam de actuar sobre o marco de referência temporal em que se traduz a propositura da acção e o tempo da sua pendência, não se deixando de lhe dar prevalência, em função do *princípio da actualidade da decisão*, plasmado no artigo 566.º do Código de Processo Civil.”⁶³.

No limite, este entendimento afastaria a previsão da exigência da verificação prévia da separação de facto com os seus pressupostos por dois anos consecutivos, ou pelo menos da verificação prévia por dois anos consecutivos do propósito de não restabelecer a comunhão de vida, bastando a sua manifestação pela propositura

domicílio conjugal, pelo que, considerando a data da propositura da presente acção (14/2/2011), sobre este marco de referência temporal não se deixará de lhe dar prevalência, em função do *princípio da actualidade da decisão* plasmado no artigo 566.º do Código de Processo Civil.”. O sublinhado no original passa a constar em itálico.

63 Aderindo à orientação adoptada na jurisprudência portuguesa pelo STJ já referida (*supra*, 4.1. Os pressupostos ou elementos da separação de facto e a presunção da separação subjectiva pela verificação da separação objectiva). O sublinhado no original passa a constar em itálico.

É a seguinte essa previsão: Artigo 566.º (Atendibilidade dos factos supervenientes)

1. Sem prejuízo das restrições estabelecidas noutras disposições legais, nomeadamente quanto às condições em que pode ser alterada a causa de pedir, deve a sentença tomar em consideração os factos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que se produzam posteriormente à proposição da acção, de modo que a decisão corresponda à situação existente no momento do encerramento da discussão.

2. Só são, porém, atendíveis os factos que, segundo o direito substantivo aplicável, tenham influência sobre a existência ou conteúdo da relação material controvertida.

3. A circunstância de o facto relevante ter nascido ou se ter extinguido no decurso do processo é levada em conta para o efeito da condenação em custas.

O Artigo 566.º do CPCM corresponde ao Artigo 611.º do CPCP, e colocando-se a mesma questão, divide-se a jurisprudência, e a doutrina afasta esse entendimento, designadamente TEIXEIRA DE SOUSA, *Divórcio; separação de facto; prazo, facto superveniente*, (<https://pt.linkedin.com/pulse/div%C3%B3rcio-separa%C3%A7%C3%A3o-de-facto-prazo-superveniente-ln-legal-network->), em comentário ao Ac. do STJ 069/19.0T8VNG.P1.S1, de 02/23/2021:

“Salvo o devido respeito, não se adere à solução defendida no acórdão do STJ. A divergência assenta na interpretação do art. 611.º, n.º 1, CPC.

Do disposto no art. 611.º, n.º 1, CPC não pode decorrer que o autor pode propor uma acção sabendo que o facto constitutivo ainda não se verificou, mas com a “esperança” de que, no momento do encerramento da discussão, já se tenha verificado.

A interpretação razoável do estabelecido no art. 611.º, n.º 1, CPC, tem de ser outra. Um pouco à semelhança do que vale para o disposto no art. 610.º CPC, o art. 611.º, n.º 1, CPC orienta-se por um critério de aproveitamento do processo, pelo que deve ser interpretado no sentido de que, se o autor alegar que o facto constitutivo se verificou e se concluir que isso não era verdade, mas, entretanto, o facto se verificar antes do encerramento da discussão, então pode aproveitar-se esta verificação superveniente desse facto.

Como bem se compreende, o art. 611.º, n.º 1, CPC não pode ser utilizado para, por exemplo, propor uma acção antes de decorrido o prazo de usucapião, contando que ele se vai completar até ao encerramento da discussão.”.

da acção.

A solução não tem sido defendida na doutrina, considerando que os pressupostos se devem verificar no momento da propositura da acção e manter até ao encerramento da discussão da causa, designadamente da doutrina citada⁶⁴, e devem ser provados por quem os invoca na petição ou na reconvenção da acção de divórcio, mas tem dividido a jurisprudência, da primeira instância e da segunda instância, quer a anterior quer a posterior a 2008, como temos vindo a documentar⁶⁵.

64 Também em Macau, abordando a questão, em língua portuguesa, os textos das nossas *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, II, pp. 367 e ss, e os textos dos artigos de PAULA CORREIA, *Divorce in Macau: Models, Causes and Consequences*, cit., pp. 195 e ss, e *Relação matrimonial em Macau: Tradição e direito. Passado e presente. Que futuro?*, Macau, 2019, pp. 320 e 321 (pp. 312 e ss), e JIANG YI WA, em *Análise dos fundamentos de divórcio litigioso em Macau nos últimos vinte anos: ruptura irremediável e divórcio sem culpa*, cit., pp. 80 a 82, referindo as questões mas aparentemente sem se pronunciar sobre as mesmas.

65 No Direito Português a questão mantém-se pese embora as alterações legislativas referidas (*supra*, 4.1. Os pressupostos ou elementos da separação de facto e a presunção da separação subjectiva pela verificação da separação objectiva). Na Doutrina portuguesa, para além de PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I Introdução, Direito Matrimonial*, 5ª Edição, n.º 240, pp. 725 e ss; ver ainda, em especial, NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento do divórcio, e algo mais*, cit., pp. 63 e 64 e a jurisprudência citada, e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Manual de Direito da Família*, cit., pp. 277 e 278. A mesma posição é defendida por KUONG SI LONG, *A admissibilidade do divórcio a-pedido no ordenamento jurídico português: estudo comparativo com o divórcio unilateral no ordenamento jurídico espanhol*, cit., pp. 33 a 35. TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO (Juiz do Tribunal de Família e Menores), *O divórcio e questões conexas, regime jurídico atual (de acordo com a Lei n.º 61/2008)*, pp. 68 (pp. 65 e ss), aborda expressamente a questão, no contexto do novo regime do divórcio, em que a mesma persiste, referindo-se também à jurisprudência, que deliberada e integralmente citamos (art. 498.º, n.º 4, do Código de Processo Civil Português corresponde ao art. 417.º, n.º 4, do Código de Processo Civil de Macau):

“Essa causa objetiva do divórcio tem de verificar-se no momento da instauração da ação, ou seja, a separação de facto por um ano consecutivo tem de estar verificada nessa altura, sendo irrelevante que se venha a verificar posteriormente, nomeadamente na fase julgamento.

Na verdade, a causa de pedir na ação de divórcio é o facto material e concreto que integra qualquer uma das várias categorias previstas na lei – art.º 498.º/4, do Cód. Proc. Civil. E se a causa de pedir na ação de divórcio é a separação de facto por um ano consecutivo, é obrigatório que esse prazo de separação esteja verificado na data da propositura dessa ação, sob pena de improcedência.

A não ser assim, bastariam dois ou três meses (ou menos) de separação de facto para a instauração da ação e esperar pela demora processual que se completasse o prazo de um ano. Aliás, essa ação até deveria ser liminarmente indeferida ou julgada improcedente no despacho saneador.

A titularidade do direito ao divórcio tem de se verificar no momento em que é exercido, ou seja, aquando da instauração da ação respetiva 64.

O direito ao divórcio tem de estar verificado nessa altura, e o respetivo fundamento tem que ser alegado e provado pelo cônjuge que formula o pedido, pois de acordo com o disposto no art.º 342.º/1 do C.Civil, àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do

Naturalmente, sem prejuízo das razões em seu favor, este entendimento da previsão da lei faz depender a decisão da causa do decurso da acção, caso em que a sua *duração, a pendência e a demora processual* podem determinar a procedência do pedido⁶⁶, não deixando de ser interessante que se possa defender invocando

direito alegado.”.

[64 No mesmo sentido Ac. do T. Rel. de Évora, de 27/01/2005, proc. n.º 2645/04-2, in www.dgsi.pt/jtre: “É irrelevante que o preenchimento do prazo para a procedência da ação de divórcio por separação de facto se tenha completado no decurso do iter processual. A sentença deve julgar como se o processo tivesse sido decidido no momento em que foi instaurado, porquanto a atendibilidade desse novo facto, constituiria uma nova causa de pedir ou uma alteração à causa de pedir, fora do respetivo quadro legal”. Entendimento diverso seguiu o STJ, no seu Ac. de 3/11/2005, proc. n.º 05B2266, in www.dgsi.pt/jstj, referindo: «E não se objete que o prazo legal de um ano de separação não se havia ainda completado na data da instauração da ação, quando sobre este marco de referência temporal tem prevalência o princípio da atualidade da decisão plasmado no artigo 663.º do Código de Processo Civil». E no seu Ac. de 6/3/2007, proc. n.º 07A297, in www.dgsi.pt/jstj, onde sublinha que «Não faria sentido, seria penoso para as partes e revelaria um notório desajustamento social e um excessivo apego a literalismos, vir agora dizer a um casal separado de facto há mais de quatro anos, ambos a quererem divorciar-se, pondo termo a relação irremediavelmente comprometida, que deveriam intentar nova ação, com custas e desgaste inerentes para demonstrar o que, aqui, está exuberantemente patente».]

66 Na jurisprudência portuguesa pode servir ainda de exemplo da controvérsia jurisprudencial a decisão recente do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa n 2271/20.7T8BRR.L1-2, de 28-04-2022, em que se sumariou o seguinte:

“I.—O divórcio em razão da separação de facto pressupõe: - A inexistência de comunhão de vida entre os cônjuges durante um ano seguido (elemento objetivo); - A intenção, de ambos ou de um dos cônjuges, durante tal lapso de tempo, em não restabelecer a comunhão (elemento subjetivo). II.—Naquele prazo de um ano inclui-se o lapso de tempo decorrido até ao final da audiência de discussão e julgamento.”.

Tendo *PAULO FERNANDES DA SILVA* como Relator, *INÊS MOURA* como 2.^a adjunta e *PEDRO MARTINS* como 1.^o adjunto, e com o seguinte voto de vencido.

Veja-se a primeira parte do voto de vencido de Pedro Martins:

“Os direitos que as partes pretendem ver reconhecidos em tribunal têm que ter os seus pressupostos preenchidos na data da propositura de uma acção. Ou seja, ninguém pode meter uma acção e esperar que os factos constitutivos do seu direito se venham a verificar no decurso da acção (como se a demora processual fosse um facto constitutivo do direito: neste sentido, ac. do STJ de 30/04/1997, BMJ 466, páginas 472 e seg, lembrado por Nuno Salter Cid, obra e local citados abaixo).

Isto tem aplicação, por inteiro, no caso dos divórcios, em que quase toda a doutrina e a maior parte da jurisprudência sempre defendeu que não se podia intentar uma acção de divórcio litigioso baseada na separação de facto por mais de um ano (chegou a ser de 6 anos), sem que esse prazo de um ano já estivesse verificado na data da propositura da acção (hoje a questão põe-se em relação ao divórcio sem consentimento, por separação de facto por mais de um ano: arts. 1781/-a e 1782, ambos do CC).

Dizer-se, simplesmente, como a tese contrária faz (por exemplo, no ac. do STJ de 03/10/2003, proc. 2610/10.9TMPRT.P1.S1), que o decurso do tempo não é, no caso, um facto constitutivo,

a *economia e a celeridade processual*⁶⁷, pese embora a sua relevância.

Com esta orientação, em vez de se prevenir a questão o tribunal tem de a remediar, mas, afinal, com o aparente comprometimento da melhor interpretação da lei e a aceitação da incerteza da prática judiciária, perdendo em tramitação de recurso o tempo que eventualmente se ganharia antecipando a oportuna propositura da acção, quando deveria orientar os interessados no legítimo exercício dos seus direitos, de acção e de defesa, prevenindo a apresentação de pedidos de divórcio surpresa, sem manifestação prévia mais ou menos inequívoca da intenção de não restabelecimento da comunhão de vida, que a lei deveria garantir face ao regime potestativo do pedido e da causa peremptória de divórcio com fundamento em separação de facto⁶⁸.

mas um elemento de prova da cessação da comunhão, é uma simples afirmação, que tinha de ser demonstrada por aqueles que a fazem, porque vai contra o que sempre se entendeu por facto constitutivo de um direito.

Por isso, se o juiz tiver oportunidade para proferir um despacho liminar, deve indeferir liminarmente uma petição inicial de divórcio baseada numa separação de facto que ainda não tem um ano (art. 590/1 do CPC) e nenhuma norma lhe dá o direito de deixar a acção seguir, ou de atrasar o processo, ou de aceitar o atraso do processo com manobras dilatórias, à espera que, até ao encerramento da audiência final, tenha decorrido o prazo de um ano.

A tese seguida pelo acórdão, traduz-se em aceitar que o autor possa propor uma acção dizendo-se titular de um direito que o juiz sabe que ele não tem e que, apesar disso, a deixe seguir à espera que o processo se atrase o tempo suficiente para que esse direito venha a nascer. E se se seguir esta posição nas acções de divórcio, então tem, por uma questão de coerência, que se passar a aceitar que os autores possam começar a intentar acções relativas a outros direitos inexistentes e que poderão nunca vir a adquirir se o processo correr normalmente. A posição que se segue não tem nada, pois, a ver com posições a favor ou contra o divórcio, mas com a necessidade de um mínimo de rigor jurídico, por mais que se diga que ela é incompreensível socialmente (a mudança cabe ao legislador: pode alterar os requisitos do divórcio ou pode alterar o regime processual, admitindo que sejam feitos pedidos sem estar completado o prazo: (...)).

Com muitos outros argumentos e outro desenvolvimento, veja-se Nuno de Salter Cid, *Desentendimentos conjugais e divergências jurisprudenciais, Lex Familia, RPDF*, ano 4, n.º 7, 2007, págs. 18 a 23, que relembra muitos autores e inúmeros acórdãos que vão todos neste sentido, indicando e criticando acórdãos que vão em sentido contrário, bem como o aproveitamento incorrecto que eles faziam dos então artigos 264, 663 e 664 do CPC (hoje artigos 5 e 661), também neste ponto com várias indicações de doutrina no mesmo sentido.”.

67 Como nas alegações de recurso no Ac. TS n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014, e no Ac. do TSI n.º 280/2011, de 9 de Fevereiro; também no Ac. do TSI n.º 457/2015, de 10 de Setembro de 2015, nas alegações da recorrente (§ 27.º).

68 Tomando como exemplo o do caso decidido no Ac. do TSI n.º 457/2015, de 10 de Setembro de 2015, e sem prejuízo da eventual bondade do pedido e da decisão, atentemos às alegações finais do recurso do recorrente, com a inversão dos argumentos, com se pode verificar a seguir.

Primeiro, “22. Como é, igualmente, o sentido da generalidade da doutrina.”, mas que se não invoca, como se não pode invocar, por não se encontrar.

Segundo, com itálico nosso, “23. Salvo o respeito devido, *a sentença recorrida é uma decisão*

4.6. Entendimento de que “o legislador de Macau está a olhar apenas para o requisito objectivo e não também o subjectivo”

Por fim, *quanto ao entendimento do legislador de Macau*, assim se refere a questão: “Do terceiro, este, então, incisivamente, “na matéria de divórcio com fundamento na separação de facto, ao exigir a duração mínima de dois anos de separação de facto, o nosso legislador está a olhar apenas para o requisito objectivo e não também o subjectivo. Pois este requisito, de natureza subjectiva, é um requisito de natureza complementar. Assim sendo, desde que tenha sido provada a separação de facto por dois anos e no momento de decisão persista a intenção de não restabelecer a comunhão de vida interrompida por dois anos consecutivos, é de decretar o divórcio.”⁶⁹

Não se demonstrando em que termos se revela o pensamento do legislador, o que não é explicitado, e por isso, ou também por isso, impõe-se a indagação e a confirmação ou infirmação do argumento invocado.

Na formulação adoptada, neste “*olhar*” ou *pensar* do “*nosso legislador*” estaria o entendimento ou a concepção da separação de facto como separação objectiva, complementada por um elemento subjectivo de manifestação necessária, mas não necessariamente duradoura, de manifestação da intenção de não restabelecimento da comunhão de vida, desde que manifestada com a propositura da acção e mantida no momento da discussão e julgamento da causa.

O argumento do olhar do nosso legislador é invocado antes num sentido, no Ac. do TSI n.º 74/2008, de 10 de Dezembro de 2009, e invocado depois noutro, designadamente no Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, quem tem razão, qual a razão desta mudança de jurisprudência?

A questão colocada pelo recurso ao argumento suscita o problema da

surpresa com vocação normativa, pois criou norma nova, decidindo não só contra legem mas também ultra legem, e, portanto, violando o princípio da separação de poderes, o princípio do dispositivo e, bem assim, o princípio do inquisitório.

24. Efectivamente, *a decisão recorrida ultrapassou os limites autorizados por qualquer interpretação extensiva, violando a teleologia da norma e o pensamento do legislador*, em contradição com o sentido lógico e prático inerente à previsão legal, (só de iure condendo podendo admitir-se e decidindo *como se fosse o seguinte o elemento literal do n.º 1 do art.º 1638º do Código Civil*:

a) Entende-se que há separação de facto, para os efeitos da alínea a) do artigo anterior, quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e houve da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer, *durante todo o período da separação de facto.*”

69 Transcrito no Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, p. 15, é enunciado, sem mais, incisivamente, no Ac. do TSI n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014. E é repetido posteriormente, o próprio conteúdo do Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, nos Acs. do TSI n.º 728/2014, de 5 de Fevereiro de 2015, n.º 756/2014, de 14 de Maio de 2015, e n.º 894/2018, de 16 de Maio de 2019.

interpretação da lei, da interpretação do art. 1637.º, n.º 1, al. a), e do art. 1638.º, n.º 1: qual o entendimento da lei? Será o entendimento dado pelo intérprete, o tribunal (TSI), o mais conforme com o pensamento legislativo, de um legislador razoável, perante a lei e as circunstâncias da sua aplicação?

Vamos, por partes, indagar de onde pode o Tribunal de Segunda Instância retirar esta conclusão incisiva, peremptória e repetidamente proclamada, começando pela *mens legislatoris* do legislador histórico.

Não resulta da letra da lei, agora constante do artigo do art. 1637.º, n.º 1, al. a), em que se prevê que “*São ainda fundamentos do divórcio litigioso: a) A separação de facto por 2 anos consecutivos*”, e do art. 1638.º referido, em cujo n.º 1 se prevê expressamente que *entende-se que há separação de facto, para os efeitos da alínea a) do artigo anterior, 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.*

Literalmente, não resulta da lei, que não alterou a previsão da separação de facto relevante, a sua concepção e o seu entendimento, apenas a sua duração consecutiva, e manteve a formulação anterior.

Racionalmente também não, como explicitámos na análise das questões precedentes.

Não resulta dos trabalhos preparatórios disponíveis de que tenhamos conhecimento, se é que houve qualquer manifestação de intenção da sua alteração.

Não havendo muitos escritos que demonstrem o pensamento do legislador histórico, devemos começar pelos deixados pelo Coordenador do Projecto do Código Civil, LUÍS MIGUEL URBANO, em primeiro lugar, na comunicação *O Código Civil de Macau*⁷⁰, anterior à aprovação do Código, e, em segundo lugar, na comunicação “*O Código Civil de Macau de 1999*”⁷¹, posterior à respectiva aprovação, em que ao referir-se ao Direito da Família e das Sucessões, se é certo que reitera as razões de continuidade e de mudança, e de ter sido um domínio onde se impunham importantes alterações, designadamente em matéria matrimonial, se refere ao sistema de casamento – para justificar a adopção do sistema de casamento civil obrigatório, ao regime de bens supletivo – para justificar a adopção do regime da participação nos adquiridos, mas não se refere, – nem teria de o

70 Publicada no BFDUM, N.º 7, 1999, pp. 59 e ss, e apresentada no Seminário que ocorreu em 27 de Março de 1998, organizado pelo Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, sobre “O Processo de localização do Sistema Jurídico de Macau – Questões de Direito Privado e Afins”.

71 Publicada no BFDUM, N.º 8, 1999, pp. 37 e ss, e apresentada nas Jornadas de Direito Civil e Comercial – O Código Civil e o Código Comercial de Macau”, de 28 a 30 de Setembro de 1999, organizadas pelo Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

fazer, embora o pudesse ter feito – ao regime de divórcio, que foi objecto de alterações importantes, sendo que se se adoptasse um novo sistema de divórcio seria razoável que o destacasse.

Designadamente se se optasse por um *sistema de ruptura* como resultaria de uma opção pela admissibilidade do divórcio com fundamento em simples cessação da coabitação sem necessidade de demonstração de uma intenção duradoura de não restabelecimento da vida em comum. Pode assim não se entender, e considerar-se que não era de exigir ou esperar uma referência, quer porque a questão fosse considerada uma alteração não tão significativa que merecesse relevo no contexto, a título exemplificativo, quer porque, afinal, não era esse o entendimento adoptado⁷², e não haveria em qualquer caso essa alteração que merecesse ser destacada.

Por seu lado, na reflexão feita sobre os modelos de divórcio, GUILHERME DE OLIVEIRA⁷³, que, como referido pelo Coordenador do Projecto, prestou colaboração decisiva na vasta área do *Direito da Família*⁷⁴, após as reflexões que se lhe impunham sobre as dificuldades de legislar em matéria familiar, o casamento em especial, quanto ao sentido e conceito de casamento, os seus efeitos pessoais e patrimoniais, e o sentido geral de privatização da relação matrimonial, quanto ao divórcio ou ao sistema de divórcio, não aborda a questão se não por alto, sem descer ao pormenor da questão em análise. Àquela data e nesse momento não manifesta ter havido opção, quanto ao divórcio litigioso, por um modelo ou sistema de divórcio por culpa ou de divórcio ruptura, dando conta, designadamente, da preferência geral do divórcio por mútuo consentimento desformalizado, da generalização da aceitação do *mútuo consentimento passivo* pela aceitação por um dos cônjuges do divórcio pedido unilateralmente pelo outro, e da evolução do divórcio litigioso de um *divórcio baseado na violação dos deveres conjugais* para um *divórcio sem culpa ou divórcio da ruptura, baseado na constatação da ruptura indiciado por causas objectivas*. Mas não se refere às soluções em concreto adoptadas.

Por sua vez no Parecer n.º 2/99 da *Comissão eventual destinada a acompanhar e participar na elaboração dos projectos relativos aos códigos civil, processual civil e comercial*, considera-se num dos parágrafos referentes ao divórcio, o seguinte: “108. As duas alterações fundamentais ao nível do divórcio

72 Nem encontramos ao mesmo referência do Coordenador do Projecto no *Projecto do Código Civil de Macau*, Governo de Macau, 1998, na *Breve Nota Justificativa*, pp. VII e ss (a antecipar o que seria o Código Civil de Macau e a respectiva *Breve Nota Justificativa*).

73 *A Reforma do Direito da Família de Macau*, BFDUM, N.º 8, 1999, pp. 161e ss

74 Como refere LUÍS MIGUEL URBANO, designadamente em *O Código Civil de Macau de 1999*, BFDUM, cit., p. 47 e na *Breve Nota Justificativa*, cit., p. XII.

foram, todavia, outras, no entender do Executivo. A mais importante terá sido a redução do prazo para a separação de facto servir de fundamento do divórcio litigioso, dos actuais seis para dois anos (artigo 1637.º, alínea a), do projecto). A outra, a também diminuição do prazo que é necessário observar antes de ser possível a interposição de uma acção de divórcio por mútuo consentimento, de três para um ano (1630.º, n.º 1)⁷⁵. Mas ainda seria relevante notar a referência à interpelação e à resposta dada às questões sobre a prova da causa de divórcio e ao valor das alegações em petição e em contestação das partes, pois como vimos, desempenham um papel determinante no apuramento dos pressupostos e na determinação da procedência do pedido⁷⁶.

Com relevo para o divórcio litigioso com fundamento em separação de facto, é salientada a redução do prazo de separação de facto, não qualquer alteração quanto ao seu conceito, nem qualquer manifestação da Assembleia Legislativa ou do Executivo proponente do Projecto respectivo, que se possa traduzir numa manifestação de que “o nosso legislador está a olhar apenas para o requisito objectivo e não também para o subjectivo”, ou ainda e que “este requisito, de natureza subjectiva, é um requisito de natureza complementar” e basta existir no momento da propositura da acção “e no momento da decisão persista a intenção de não restabelecer a comunhão de vida interrompida por dois anos consecutivos”.

A questão é apenas abordada pelo Coordenador do Projecto na *Breve Nota Justificativa*⁷⁷, nos termos seguintes:

“Ora, parece-nos que verificados os pressupostos de um período de certificação suficiente da ruptura material da relação como são a nosso ver

75 Assembleia Legislativa, Comissão eventual destinada a acompanhar e participar na elaboração dos Projectos relativos aos Códigos Civil, Processual Civil e Comercial, *Parecer n.º 2/99, Projecto do Código Civil de Macau, 1999* (<http://www.al.gov.mo/lei/codigo/civil/po/2.htm>).

76 No *Parecer n.º 2/99, citado na nota anterior*; o § 5.º 107 refere-se ao divórcio por mútuo consentimento, o § 109 refere-se ainda a aspectos da prova no divórcio litigioso (itálico nosso): “109. A Comissão interpelou ainda o Executivo sobre a *necessidade ou desnecessidade de produção de prova dos factos alegados pelo cônjuge que interpõe acção de divórcio litigioso, quando a outra parte confessa ou simplesmente não contesta*. A dúvida não mereceu resposta do coordenador do projecto, que *alegou tratar-se de uma questão de direito processual civil*. Em todo o caso, esclareceu que o sistema ainda procura determinar o principal culpado do divórcio, porque daí podem resultar para este algumas sanções (v.g., responsabilidade civil por danos morais causados ao outro cônjuge devido ao divórcio).”.

O que releva para as questões em análise, como a legitimidade da presunção judicial quando há propositura da acção de divórcio com fundamento em separação de facto sem contestação da outra parte, ou o entendimento de que o elemento subjectivo acompanha o elemento objectivo.

77 LUÍS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa*, cit., pp. VII e ss. Esta *Breve Nota Justificativa* está também publicada no *Código Civil de Macau Anotado e Comentado*, JOÃO GIL DE OLIVEIRA e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, Volume I, cit., pp. 7 e ss.

os 2 anos –, a recusa ao cônjuge do poder de se divorciar deixaria de ter qualquer fundamento razoável – justificado pela protecção da instituição do casamento enquanto vínculo efectivo entre pessoas – para funcionar tão apenas como sancionamento do cônjuge que desse causa à ruptura do casamento. Mas, é precisamente por esta visão sancionatória da liberdade nos parecer ser perfeitamente desadequada que enveredámos pela admissibilidade de se poder promover a declaração jurídica do que a vida da relação já havia demonstrado – a ruptura de um casamento cuja viabilidade é, no mínimo, duvidosa”.

Podemos questionar, mas o mesmo não foi invocado, pelo que pudemos apurar na jurisprudência publicada, se se tem em vista, ou poderia ter, a referência a “um período de certificação suficiente da ruptura material da relação como são a nosso ver os 2 anos”.

Em nosso entender, o que está em causa é a justificação da admissibilidade do divórcio com fundamento em separação de facto por dois anos consecutivos, contrapondo e fundamentando com “um período de certificação suficiente da ruptura material” da relação de casamento a “declaração jurídica” da ruptura de um casamento cuja viabilidade é duvidosa, contrapondo a ruptura material à ruptura jurídica, não estando a referir-se ao requisito objectivo e ao requisito subjectivo, à separação material e à separação espiritual, ao *corpus* e ao *animus*. Aliás, quando refere que “verificados os pressupostos de um período de certificação suficiente da ruptura material da relação” em que a “ruptura material da relação” corresponderia à “separação de facto”, aquilo a que se refere são “os pressupostos” que são reconhecidamente a própria separação de facto, integrada pelo *elemento objectivo* e pelo *elemento subjectivo*, e ao “período de certificação suficiente de dois anos”, que aqui se consideram suficientes para no conjunto fundamentar o divórcio.

Porém, nunca foi invocada qualquer fonte de revelação da vontade ou do pensamento do legislador histórico, em face da letra e da *ratio legis*, quer perante os elementos históricos disponíveis, quer, prosseguindo, considerando o contexto do sistema jurídico ou elemento sistemático da interpretação, em que esta previsão tem natureza especial.

A separação de facto como causa de divórcio é especialmente prevista e definida na lei, como *tipo especial de separação de facto*, que se distingue de outros tipos de relevância de separação de facto, pelo que não se poderia generalizar e estar a considerar-se o legislador de outras previsões do Código Civil onde pode relevar a separação de facto como cessação da comunhão de vida independentemente da intenção de não restabelecer a vida em comum ou apenas como cessação da coabitação, ou mesmo o legislador de outras leis, como a lei que regula o regime de residência, como vimos anteriormente.

Aliás, na interpretação da norma ou previsão legal em causa, do ponto

de vista sistemático, a questão deve começar por se colocar a partir da unidade sistemática e lógica ou racional da norma, pela integração na norma do n.º 1 do art. 1638.º na al. a) do art. 1637.º, de que constitui um complemento do regime, por remissão expressa, para determinação da separação de facto fundamento de divórcio por ruptura da vida em comum, que se deveria logicamente entender como “a) *A 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 - por 2 anos consecutivos*”⁷⁸.

Por outro lado, tratando-se de uma causa de divórcio peremptória em que uma vez provada a separação de facto relevante o tribunal deve decretar o divórcio, a separação de facto equivale ou corresponde a um divórcio de facto duradouro, simétrica de uma *posse de estado de divorciado*, a *declarar juridicamente por via judicial*, que pode ter efeitos retroactivos quanto às relações patrimoniais ao momento da cessação da coabitação (art. 1644.º) e alguns efeitos pessoais, como a cessação da presunção de maternidade e a presunção de paternidade do marido da mãe (art. 1688.º), além da cessação do dever de contribuir para os encargos da vida familiar, sem prejuízo do eventual dever de alimentos (cfr. arts. 1536.º e 1537.º, em que também releva a separação de facto fundamento de divórcio, por maioria de razão).

Sendo reconhecido, em todo o caso, que a separação de facto inclui um elemento objectivo, *corpus*, e um elemento subjectivo, *animus*, como a posse de estado, em regra trata-se de uma *situação de facto unitária e duradoura*, como sucede em lugares paralelos em matéria familiar no sistema jurídico, em que se esteja perante *situações de facto com valor de posse de estado*⁷⁹.

78 As previsões dos arts. 1638.º e 1639.º poderiam constar do art. 1637.º, de que constituem um complemento do regime, em que se recorre à técnica de remissão legislativa, e a ter em conta na interpretação sistemática, considerando a unidade do sistema.

Neste sentido, sem prejuízo de outras considerações, e da bondade da decisão final, observa-se uma inversão perversa da interpretação da lei em argumentações como a desenvolvida na arguição de recurso no caso decidido no Ac. do TSI n.º 745/2015, de 10 de Setembro, designadamente na parte já transcrita em 4.5. *A actualidade da decisão judicial e a separação de facto*, parte final. Sobre o elemento sistemático da interpretação lógica, ver, entre outros, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, Volume II, com a colaboração de JOÃO GOMES DE CASTRO, 2019, pp. 156 e ss.

79 Como a posse de estado de casado (art. 1525.º), sobre a qual se pode ver a correspondente *Anotação ao Artigo 1653.º*, PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume IV*, cit., , pp. 217 e ss, e NUNO ALONSO PAIXÃO, *Código Civil Anotado, Livro IV Direito da Família*, CLARA SOTTOMAYOR (Coord.), cit., pp. 188 a 191.

Sobre a caracterização da *separação de facto* como *divórcio de facto*, ver F. M. PEREIRA COELHO, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, RLJ, Ano 112.º, 1979-1980, n.º 3635, cit., págs. 338 a 350, em especial no § 6.º da Anotação.

Não observámos a invocação na jurisprudência do direito ao divórcio ou a liberdade de divórcio, sendo que o seu reconhecimento nos termos da lei atribui ao legislador o dever de regular o exercício dos direitos fundamentais, como seria o caso, que deve regular, em conformidade com a Lei Básica, com ponderação e harmonização dos direitos e interesses protegidos, designadamente da família constituída.

Por fim, neste *exercício interpretativo*, apelando ainda ao *elemento racional ou teleológico* (a distinguir dos motivos determinantes da proposta de alteração do regime do divórcio no contexto da alteração do regime das relações familiares e do Código Civil no seu todo, de aprovação de um código adaptado à realidade política, económica e social da sociedade em evolução), *quando se visou reforçar a liberdade dos membros do casal*, designadamente quanto à liberdade de convenção do regime de bens, ao regime de bens supletivo, e à liberdade de dispor, visando despatrimonializar o casamento, *a alteração do regime do divórcio também visou liberalizar e desdramatizar o regime do divórcio*. Assim, quanto ao divórcio por mútuo consentimento, reduziu o prazo mínimo da sua duração necessária e simplificou os respectivos processos, admitindo uma via administrativa registal ao lado da via judicial. Quanto ao *divórcio litigioso*, revendo o respectivo processo, quanto aos fundamentos de ruptura da vida em comum, reduzindo os prazos exigidos, estabeleceu em dois anos consecutivos a separação de facto requerida para presumir a ruptura da vida em comum, sem alteração quanto à concepção da separação de facto ou às demais condições de relevância da separação de facto.

O comprometimento irremediável da vida em comum seria demonstrado pela inexistência de comunhão de vida e pela intenção de a não restabelecer por um período de ruptura duradoura da vida em comum que afasta a expectativa de reconciliação e legitima a dissolução judicial do casamento por divórcio a pedido fundamentado de qualquer dos cônjuges.

A esta luz, a desnecessidade da manifestação duradoura da intenção de não restabelecer a comunhão de vida, bem como a desnecessidade de inexistência duradoura de comunhão de vida para admissibilidade do pedido de divórcio não seriam compatíveis com a *ratio legis* da previsão legal do divórcio por separação de facto.

Antes, a orientação adoptada na jurisprudência aproxima a separação de facto de uma violação objectiva do dever de coabitação, sem necessidade de prova da culpa, com duração da acção por dois anos consecutivos, transferindo o pressuposto da duração da separação para a duração da acção de divórcio judicial.

Para entendimento, e eventual fundamentação da orientação adoptada, ou da alteração da orientação jurisprudencial adoptada, restaria invocar o designado *elemento conjuntural da interpretação*, não apenas as circunstâncias em que a lei foi elaborada, mas também as condições específicas do tempo em que é aplicada,

uma interpretação actualista, em nome da liberdade de desvinculação por ruptura da vida em comum por separação de facto⁸⁰.

Sem intervenção legislativa, na Lei Básica, sem intervenção legislativa no Código Civil ou em lei avulsa, sem alteração radical na realidade social, embora com o aumento dos divórcios, importa perquirir sobre qual a razão próxima da alteração da jurisprudência ou do “*renvironment de jurisprudence*”. Que se deveria mais ao julgador do que ao legislador, embora se possa conceber como o entendimento que teria o legislador razoável se legislasse nas condições do tempo da aplicação da lei.

V. Considerações finais

A orientação jurisprudencial consagrada no citado Acórdão de referência, sem prejuízo das considerações que suscita, integra importantes contributos para a realização do direito.

Proporciona uma síntese informativa sobre as decisões anteriores relativas ao pedido de divórcio com fundamento em separação de facto, incluindo sobre a orientação jurisprudencial de que se afasta, e a determinação dos requisitos para o decretamento do divórcio por separação de facto.

Autonomiza e densifica os requisitos do elemento objectivo e do elemento subjectivo da separação de facto, embora pelo enunciado das conclusões do Acórdão, a referência a uma *separação material objectiva* permita distinguir a uma *separação material subjectiva*, mas ainda parte da separação material, ou elemento objectivo, a que acresce o elemento subjectivo, defende que o elemento subjectivo tende a acompanhar o elemento objectivo, a legitimidade da presunção judicial do elemento subjectivo quando há propositura da acção de divórcio com fundamento em separação de facto sem contestação da outra parte, que a separação de facto deve perdurar por dois anos consecutivos, e que a propositura da acção demonstra inequivocamente o propósito de não restabelecer a vida em comum.

Mas entende ainda, acompanhando essa orientação, que essa exigência de separação de facto não inclui o propósito de não restabelecer a vida em comum por dois anos consecutivos, que não têm de se verificar no momento da propositura da acção e perdurar por dois anos consecutivos, que bastaria a sua verificação no momento da propositura da acção, e, em todo o caso, que a separação de facto por dois anos será relevante para a procedência do pedido de divórcio desde que verificada até ao momento da decisão, e sem excepção, em nome do princípio da

80 Sobre o mesmo, ver DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, Volume II, pp. 155 e 156.

actualidade da decisão.

Ora, como *elementos susceptíveis de discussão* encontramos os respeitantes à suposta suficiência da separação de facto como separação objectiva, e neste entendimento como separação de facto por dois anos consecutivos, a simples natureza complementar do elemento subjectivo, a conformação com a afirmação da dificuldade da prova e a aparente desconsideração da relevância do propósito ou intenção de não restabelecimento da vida em comum, a invocação de uma aparente opção do legislador, e a consideração, sem qualquer restrição, do princípio da actualidade da decisão.

Pode sempre questionar-se se será esta interpretação uma resposta implícita a uma questão e solução implícita, de se exigir um prazo de separação de facto mais curto, pois não consideramos razoável nem expectável no contexto do regime em vigor a defesa do divórcio unilateral perante o regime legal estabelecido.

Mas essa é uma resposta que a lei deveria dar à questão da desvinculação do casamento por divórcio litigioso, dos termos do direito de pedir o divórcio com este fundamento, sob pena de se estar a conceber o divórcio para além de um divórcio-ruptura, como um divórcio quase a-pedido, de se promover a duração ou mesmo a demora, com aceleração ou desaceleração processual, que pode determinar a improcedência ou a procedência do pedido de divórcio, perante diferentes entendimentos jurisprudenciais.

Tendo em conta a experiência portuguesa, considerando a relação histórica dos ordenamentos jurídicos, quer a origem da solução legislativa quer a experiência jurisprudencial, designadamente a invocada para fundamentar do ponto de vista do direito comparado as soluções e a orientação adoptada, é certo que nos anos já distantes da transição de século se estava perante prazos mais longos de separação de facto, que poderiam legitimar, segundo o entendimento adoptado, uma interpretação restritiva da lei, nem por isso sufragada pela doutrina perante o regime legal, nem mesmo com a diminuição do prazo de duração da separação de facto requerida como causa objectiva e peremptória de divórcio, mantendo-se o entendimento legal da separação de facto, se superou a controvérsia jurisprudencial.

A questão provavelmente persistirá mesmo num regime em que se continue a admitir o divórcio com fundamento em separação de facto por prazo mais curto, pois estará em causa saber quando se está perante separação de facto e depende da apreciação do comprometimento da vida em comum.

Perante a actualidade da decisão, à objecção da economia e da celeridade processual deve responder-se com economia e celeridade processual, com a eficácia da administração da justiça, incluindo com a judiciosa apreciação da prova, e como causa peremptória de divórcio, deveria ser apreciada no despacho liminar e depois no despacho saneador ou equivalente; deveria a acção poder ser

continuada se houvesse necessidade de haver prova da separação de facto na acção; ou teria de ser renovado o pedido com o mesmo fundamento; com a observância da lei, de acordo com os critérios de interpretação da lei, mesmo actualista, em conformidade com a Lei Básica, e com a protecção dos direitos fundamentais, de protecção da família constituída pelo casamento e da dignidade pessoal e do direito à liberdade pessoal, mesmo de desvinculação do casamento, nos termos da lei.

Nas mais recentes manifestações jurisprudenciais observamos uma afirmação do carácter essencial do elemento subjectivo e da não dispensa do ónus da prova do propósito de não restabelecer a vida em comum nos pedidos de separação de facto a título subsidiário, embora o mesmo demonstre o paradoxo da sua não exigência em qualquer caso, e uma necessidade de encontrar a verdadeira separação de facto, que dependerá do tipo legal de separação de facto relevante.

Perante o evoluir das concepções sociais e a flexibilização da vinculação e da desvinculação matrimonial e a admissibilidade do divórcio, para além de outras razões ponderosas, pode ser de considerar a revisão do regime do divórcio sabendo que esta questão não se resolve facilmente sem uma clarificação de regime, quer apenas dos pressupostos e do momento da sua exigibilidade, afinal uma questão de definição do tipo legal de separação de facto relevante como fundamento de divórcio por ruptura da vida em comum, que contribua para a superação das divergências jurisprudenciais e da resolução definitiva dos desentendimentos conjugais, quer do próprio regime do divórcio.