

DO PROBLEMA DE SABER, SE SÃO APLICÁVEIS, EM MATÉRIA DE VIOLAÇÃO DOS DEVERES RECÍPROCOS DOS CÔNJUGES, OS PRINCÍPIOS GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

Pelo DR. FERNANDO PIRES VERÍSSIMO

I — Delimitação do problema

A orientação que nos propomos seguir ao focar este problema, consistirá em fixar os conceitos com que teremos de lidar a cada momento, e, uma vez definida a nossa posição em relação a cada um deles, fazermos a sua elaboração de forma a podermos concluir.

Assim, começaremos por expôr, sucintamente, as teorias defendidas sobre o conceito de responsabilidade civil, examinando em seguida o problema de saber se o casamento é um contrato ou um acto jurídico de natureza diferente e, por último, consideraremos, um por um, os deveres mencionados no art.º 38.º do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, procurando ver em que medida são aplicáveis à sua violação, os princípios gerais de responsabilidade civil.

II — Do conceito de responsabilidade civil no Código Civil Português

Ao estudar-se, na Teoria Geral da Relação Jurídica, os seus elementos essenciais, sabemos que, além dos sujeitos, do objecto e do factio jurídico, temos de considerar o elemento *garantia*.

Este elemento que potencialmente existe em todos os direitos só se materializa quando existindo um direito que é susceptível de ser exercido, se verifique a sua violação.

Então o titular do direito, pode opôr-se à violação, isto é, pode defender-se.

Do exposto, se reconhece a existência de três momentos na vida

dos direitos que é necessário salientar desde já: — susceptibilidade de exercício dos direitos, sua violação e defesa contra a violação.

Tendo em vista o fim que nos propomos, há sobretudo que determinar o conceito rigoroso de violação dos direitos por ser este o que mais intimamente interessa ao conceito de responsabilidade civil.

Com efeito, o conceito de exercício de direitos consiste na sua essência, numa actividade conforme à lei, tendente a satisfazer o interesse que a lei quis proteger ao conceder o direito.

Ora, quando essa actividade é tal que excede já os limites fixados na lei para essa liberdade de exercício, ou, com ela, se pretende atingir um fim diferente daquele para que o direito foi concedido, saímos do campo do exercício dos direitos para entrarmos no campo da sua violação.

Podemos, portanto, como Coviello, definir a violação dos direitos como a criação dum estado de facto que, no todo ou em parte, impede ou prejudica o exercício de um direito alheio — *Manuale di diritto civ. italiano* — Pág. 496.

A violação de direito será assim, na prática, um acto ilícito, que consistirá na lesão de um direito de outrem, ou no exercício do direito para fins diferentes daquele para que foi concedido.

O sujeito titular do direito toma, ao exercê-lo, uma posição contrária à lei, quer num quer noutro caso, de que resulta a lesão dos direitos de outrem.

Ora, o art.º 2.361.º diz que «todo aquele que viola ou ofende os direitos de outrem se constitui na obrigação de indemnizar o lesado por todos os prejuízos que lhe causa».

Por outro lado, o art.º 8.º, n.º 17.º da Constituição Política declara que «constitui direito e garantia individual dos cidadãos portugueses o direito de reparação de toda a lesão efectiva conforme dispuser a lei, podendo esta, quanto a lesões de ordem moral, prescrever que a reparação seja pecuniária».

A violação dos direitos efectiva-se pela prática de um acto ilícito que determina, em face do art.º 2.361.º, uma obrigação de indemnizar o lesado, ou, o mesmo é dizer, que o lesante, se constitui em responsabilidade para com o lesado pelos prejuízos que lhe causou.

O acto ilícito, nos termos do art.º 2.362.º do Código Civil, pode consistir em factos ou em omissão de factos.

Esse facto ou essa omissão hão-de ser a causa da violação do direito, de que emerge o prejuízo. Assim, temos que o facto ou omissão estão ligados ao prejuízo por uma relação de causa para efeito.

O facto pode ser uma acção humana ou um facto natural (2.394.º e 2.395.º C. Civil) e, no primeiro caso, pode ser acção própria do responsável ou ser alheia (2.380.º).

Pelo exposto, podemos desde já indicar dois elementos da responsabilidade :

- a) — Um facto ou omissão que dê origem à violação dum direito ;
- b) — Um dano resultante da violação do direito.

Mas serão estes os únicos elementos com que teremos de lidar ?

O art.º 2.361.º não nos diz se o autor do acto ilícito é sempre responsável pelos prejuízos causados, quaisquer que sejam as circunstâncias que se verifiquem, ou se, pelo contrário, é necessária a existência de certas condições para que tal suceda.

Concretizando : Não nos diz se para que haja responsabilidade do agente do acto ilícito, será necessário que o acto tenha sido praticado com culpa, ou bastará que se verifique a violação ou lesão do interesse de outrem independentemente desta.

Primeiramente, convém esclarecer que a expressão culpa costuma ser empregada em linguagem jurídica umas vezes em sentido restrito, outras em sentido amplo.

Assim, é vulgar encontrar o termo culpa empregado em sentido lato, abrangendo não só a culpa pròpriamente dita, mas também o dolo.

Esta maneira de proceder, porém, é errónea, como muito bem o entende o Senhor Doutor Jaime Gouveia, a págs. 66 e seguintes do seu livro «Da Responsabilidade Contratual» :

«Depois de bem examinadas todas as consequências do acto, pode a vontade, arrastada pela força sentimental dos mobiles, elegê-lo apesar de ter conhecido a sua ilegalidade e nocividade.

Mas também, pode acontecer que o trabalho de elaboração dos motivos haja ficado incompleto, por negligência, por imprudência ou ignávia havidas durante a fase de deliberação, e que, por isso, tenham ficado despercebidas, quer a ilegalidade, quer as consequências nocivas do acto.

No primeiro caso, se a vontade elegeu o acto ilícito, prevendo e querendo as suas consequências nocivas para outrem, surge a figura jurídica do Dolo.

Na segunda hipótese, se a vontade se determinou pelo acto ilícito, com desconhecimento da sua ilegitimidade ou imprevisão das suas consequências, por virtude de negligência havida no trabalho crítico que precedeu a determinação, aparece a figura jurídica da culpa.

O dolo é filho dos mobiles maus, anti-sociais e anti-jurídicos que determinaram a vontade do agente ou autor do acto ilícito.

A culpa provém da deficiente e incompleta apreciação crítica dos motivos que, como consequências dele, acompanham a ideia da prática do acto ilícito.

Por isso é exacto dizer-se que o dolo se caracteriza pela intenção de causar dano, e a culpa pela falta de diligência ou cuidado no cumprimento do dever.

Entre dolo e culpa existe apenas de comum: serem um e outro manifestações da vontade do homem, pelo que tanto o ilícito doloso como o ilícito culposo são actos voluntários; serem um e outro imputáveis ao autor do acto ilícito prejudicial.

E mais adiante:

Por isso, em sentido filosófico ao menos, é inexacta a afirmação que se encontra em todos ou quase todos os escritores do direito, de que o termo culpa, tomado em sentido lato, compreende também o dolo.

Em linguagem técnico-jurídica, a cada expressão corresponde um conceito qualitativamente diverso.

Porém, em matéria de imputação da responsabilidade civil e em face do nosso direito positivo, o facto de o acto ilícito ter sido praticado com dolo, não agrava a responsabilidade do agente.

Convém desde já acentuar, também, que a responsabilidade em que o violador do direito fica constituído pode ser de duas espécies:

- a) — responsabilidade criminal, que consiste na obrigação em que se constitui o autor do facto ou da omissão de se submeter a certas penas decretadas na lei, as quais são a reparação do dano causado à sociedade na ordem moral, ou

b) — responsabilidade civil, que consiste na obrigação em que se constitui o autor do facto ou da omissão de restituir o lesado ao estado anterior à lesão, e de satisfazer as perdas e danos que lhe haja causado. (Art.º 2.364.º Código Civil).

Só a segunda interessa ao nosso trabalho.

Esclarecido este ponto, consideremos agora o problema anteriormente delineado.

A face do nosso direito positivo, só haverá responsabilidade civil, quando exista culpa?

O nosso Código Civil exigirá nuns casos como condição que haja culpa por parte do autor do facto ou da omissão, e noutros estabelecerá essa responsabilidade, sem que se verifique esse elemento?

Todas as orientações esboçadas têm tido os seus defensores.

A chamada teoria clássica, de que são partidários os professores Drs. G. Moreira, Pinto Coelho, Barbosa de Magalhães, Jaime Gouveia e outros, ingressa, de pleno, na primeira orientação esboçada.

Para esses escritores, para que o autor do facto ou da omissão seja constituído em responsabilidade civil, é necessário, além do dano emergente, que o facto tenha sido querido, ou praticado por falta de diligência ou cuidado.

O raciocínio a formular seria :

Quem pratica um acto ilícito por culpa sua é responsável.

A. praticou um acto ilícito por culpa sua.

Logo A. é responsável.

O acto ilícito é assim um acto voluntário.

Esta teoria apresenta-nos como elementos constitutivos do conceito de responsabilidade a violação de um direito, um dano resultante dessa violação e a culpa do autor do acto, ou, como diz o professor J. Gouveia, o facto ilícito, o prejuízo e a culpa («Da Responsabilidade Contratual», pág. 39).

A segunda orientação, que defende que a culpa não é elemento essencial do conceito de responsabilidade civil, costuma designar-se por Teoria da Responsabilidade Civil Objectiva, e tem como principais sequazes os professores José Tavares e Cunha Gonçalves.

Para estes escritores, o Código Civil adoptou esta doutrina e só excepcionalmente exige a culpa como elemento essencial.

Resta-nos referir a terceira orientação, defendida pelo professor Cabral Moncada, que, distinguindo entre responsabilidade contratual e extra-contratual, delitual ou aquiliana, entende que o nosso Código Civil sanciona a teoria clássica para a primeira e a teoria de responsabilidade civil objectiva para a segunda.

Delineadas as principais orientações a que deram origem as disposições do Código Civil nesta matéria, vejamos qual delas se nos afigura mais conforme à lei.

Parece-nos que é ainda a teoria clássica a que mais se harmoniza com os preceitos legais.

O Código Civil, ao tratar na Parte IV «Da ofensa dos direitos e da sua reparação», no Título I do Livro I inicia a regulamentação do Instituto da Responsabilidade Civil.

No Título I ocupa-se das «Disposições Preliminares»; no II «Da responsabilidade civil conexa com a responsabilidade criminal»; no III «Da responsabilidade meramente civil»; no IV «Da responsabilidade por perdas e danos, provenientes da inobservância de regulamentos, ou por desleixo ou imprudência»; e, finalmente, no Título V, «Da responsabilidade por perdas e danos causados por empregados públicos no exercício das suas funções».

A indicação destas epígrafes pode parecer desnecessária, mas com ela pretendemos demonstrar, antes de passarmos em revista algumas das disposições legais, que consideramos como fundamental e como ponto de partida para o estudo deste instituto o art.º 2.393.º do Código Civil.

Se o conseguirmos, colocar-nos-emos desde já em posição contrária aos defensores da teoria da responsabilidade objectiva, que, para sua defesa, se refugiam no art.º 2.361.º.

Com efeito, parece-nos que o legislador, no sistema adoptado, procurou dar-nos no título I uma vista de conjunto do instituto que se propunha regular, para nos títulos seguintes desenvolver e regulamentar em pormenor todos os seus aspectos.

Por isso nos apresenta, em primeiro lugar, as Disposições Gerais, onde, no art.º 2.364.º, se faz a distinção, entre responsabilidade criminal e civil, para nos títulos subsequentes se ocupar da responsabilidade civil conexa com a criminal, da responsabilidade meramente civil e ainda nos títulos IV e V de outros aspectos de responsabilidade civil.

Resumindo, os títulos dois a cinco são o desenvolvimento natural do título primeiro.

Se assim é, temos que o art.º 2.361.º, ao referir-se à violação ou ofensa dos direitos de outrem que ocasione prejuízos, quis apenas salientar, ao iniciar a regulamentação da responsabilidade civil, os dois termos que numa relação de causa para efeito determinam o aparecimento desse fenómeno jurídico. E nada mais. Só depois o legislador veio pormenorizar a regulamentação.

Pelo exposto, consideramos como disposição fundamental para o estudo da responsabilidade civil o art.º 2.393.º, a que nos conduz a disposição preliminar do art.º 2.361.º.

Porém, fica ainda de pé o problema de saber quais os requisitos essenciais para que o violador dos direitos de outrem fique constituído em responsabilidade.

A lei exige apenas a violação de um direito e um prejuízo resultante dessa violação, como o entende a teoria da responsabilidade objectiva, ou exigirá ainda que a violação tenha sido determinada por culpa do violador, como pretende a teoria clássica?

Recorramos ao art.º 2.393.º e consultemos as disposições dos art.ºs 702.º e seguintes, designadamente os art.ºs 705.º e 717.º e ainda os art.ºs 1.384.º, n.º 2.º, 1.347.º, 1.258.º e 1.383.º, n.º 2.º.

Quer nuns, quer noutros, a lei exige a culpa como fundamento da imputação de responsabilidade; e destas disposições se conclui ainda que tal exigência surge, tanto nos casos em que a prestação é de factos, como naqueles em que é de coisas.

Isto para a chamada responsabilidade contratual.

Sucedará o mesmo para a responsabilidade extra-contratual, proveniente de quaisquer outras obrigações não contratuais?

A exigência da lei é a mesma, como se depreende das disposições do Código Civil, designadamente dos art.ºs 2.377.º, 2.379.º e 2.394.º.

São estes os preceitos que vulgarmente se indicam como consagrando a teoria da responsabilidade objectiva no nosso Código Civil, ao declararem responsáveis pelos seus actos os menores, mesmo os insusceptíveis de responsabilidade criminal, bem como os que praticam o acto em estado de completa embriaguez ou de demência (Os Princípios Fundamentais de Direito Civil — Dr. José Tavares, Volume I — pág. 535).

Diz o art.º 2.377.º: «Se aquele que causar os prejuízos for rele-

vado da responsabilidade criminal, por seu estado de completa embriaguez ou demência, não ficará por isso desobrigado da reparação civil, excepto estando debaixo da tutela e vigilância legal de outrem. Neste caso a dita obrigação recairá sobre o tutor ou curador, salvo se se provar que não houve da sua parte culpa ou negligência. § único — Se a responsabilidade do tutor ou curador se provar, subsistirá a obrigação do agressor».

E o art.º 2.379.º — «A menoridade não releva da responsabilidade civil, mas, se aquele que praticar o dano não estiver, por sua idade, sujeito a responsabilidade criminal, responderá aquele, a cuja guarda e direcção estiver entregue o culpado, excepto se provarem que não houve da parte deles culpa ou negligência.

§ único — É applicável aos menores o que fica disposto no art.º 2.377.º e seu §».

Destas duas disposições ressalta nitidamente a preocupação do legislador em fazer recair a obrigação da reparação civil, em primeiro lugar, sobre pessoas diferentes daquelas que praticarem o acto ilícito. É certo que procede assim por atender à posição especial dessas pessoas em relação ao agente desassizado ou incapaz.

Mas, o que não é menos certo, é que, quando o faz, exige ainda da sua parte culpa ou negligência. Isto é, só deixarão de ser responsáveis se provarem que não procederam com culpa ou negligência.

Feita esta prova, a responsabilidade recai sobre o desassizado ou incapaz, mas, ainda aqui, nos parece que estes ficam em situação idêntica à dos primeiros.

Quer dizer, que também só serão responsáveis se procederem com culpa ou negligência.

O art.º 2.377.º, ao dizer «não ficará por isso desobrigado», apenas quer significar que o desassizado em princípio será responsável.

Mas, não pode o legislador, através desta disposição, querer impôr-lhe essa obrigação, mesmo naqueles casos em que uma pessoa normal não seria responsável.

O mesmo se poderia dizer em relação ao art.º 2.379.º.

Em conclusão, o legislador adoptou, quanto a estes, o conceito de culpa em abstracto, estabelecendo uma presunção de culpa, por comparação com o procedimento de um tipo abstracto de um homem prudente.

Assim, e segundo o nosso entender, o legislador seguiu o critério

da culpa em concreto em matéria de responsabilidade contratual — em que se atende ao estado psíquico do autor — e o da culpa em abstracto para a responsabilidade extra-contratual, delitual ou aquiliana. De resto, bem se compreende que assim suceda, porquanto, no primeiro caso, o lesante e o lesado já se encontram ligados por uma relação obrigacional, o que só é de admitir estando ambos dispostos a aceitar a maneira de ser de cada um.

Pelo contrário, quando a responsabilidade civil é extra-contratual, porque não preexiste uma relação, não interessará já a personalidade do agente ou autor da lesão, apenas havendo que averiguar se este procedeu tão diligentemente como qualquer «bonus pater familias» procederia.

Optando pela doutrina clássica em matéria de responsabilidade civil e muito embora se não considerem muitos problemas que sobre este importante instituto se debatem, damos por terminado este capítulo, para em seguida considerarmos o problema da natureza jurídica do acto do casamento.

III — Da natureza jurídica do acto do casamento

O problema que vamos abordar em segundo lugar, proporcionar-nos-ia, como o anterior, um largo campo de investigações e de estudo, que não nos é possível percorrer em pormenor.

Por esta razão, também agora, como então, limitar-nos-emos a delinear o problema, focando os seus aspectos mais salientes para em seguida sobre ele tomarmos posição.

Porém, e muito embora existam hoje, no nosso direito positivo, duas formas possíveis para a celebração do casamento — civil e canónica — focaremos somente o problema da natureza jurídica do casamento civil.

A determinação da natureza jurídica do casamento civil é, ainda hoje, uma preocupação de quase todos os juristas e resume-se fundamentalmente no seguinte: O casamento é um contrato? Não é um contrato? Se não é um contrato, qual a sua natureza?

A concepção segundo a qual o casamento é um contrato costuma designar-se por clássica e dominou até fins do século XIX, princípios do século XX, a partir do qual, passa a ser objecto de severas críticas.

Porém, a maneira como a maioria dos autores colocam e resolvem este problema é defeituosa, porquanto é vulgar confundirem o acto do casamento com os efeitos que do mesmo acto emergem.

Procedendo deste modo fazem, sem que disso se apercebam, o estudo simultâneo da natureza jurídica do acto do casamento e do matrimónio (efeitos que emergem do acto).

Esta orientação encontramos-la, por exemplo, no Tomo II do Tratado de Planiol e Rippert, págs. 55 a 57, ao procurarem definir a natureza jurídica do casamento: «A única concepção que corresponde à realidade das coisas é uma concepção mista — o casamento é um acto complexo; simultaneamente contrato e instituição —».

Colocada assim a questão, enferma esta de um erro inicial, pois que, ao pretender-se definir a natureza jurídica do casamento, há que atender apenas ao acto em si, abstraindo dos seus efeitos. Queremos dizer que a qualificação como instituição se reporta à natureza jurídica do matrimónio, e não do casamento. Aí sim, teríamos de averiguar se o matrimónio tem ou não base institucional.

Importa, pois, averiguar se, em face da nossa legislação positiva, o casamento é ou não um contrato, pois que da conclusão a que chegarmos dependerá, também, o sabermos se ao casamento são ou não aplicáveis os princípios gerais dos contratos, e, consequentemente, o instituto da responsabilidade civil.

Vejamos as disposições legais.

Diz o art.º 1.º do decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, que «O casamento é um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legítimamente a família».

O conceito que nos fornece esta disposição legal já o encontramos no art.º 1.506.º do Código Civil, e que o legislador considerou como contrato o acto do casamento, resulta não só das citadas disposições, mas ainda da sua regulamentação no Código Civil.

A sistematização das normas relativas ao casamento, na parte em que aquele diploma regula os contratos em especial, e as definições legais que nos são fornecidas, não nos deixam dúvidas sobre a intenção do legislador.

Em face, pois, das disposições legais que o regulamentam, o casamento não pode deixar de se considerar como um contrato.

No entanto, alguns escritores afirmam não existirem no acto do

casamento os elementos essenciais que caracterizam e individualizam a figura jurídica do contrato.

Dizem que, muito embora, por um lado, a lei defina o casamento como um contrato, por outro, não o rodeou de elementos com virtualidade bastante para que como tal ele possa ser considerado.

Colocado o problema da maneira como o fazem esses escritores, teríamos que, em face da nossa legislação positiva, o casamento que, por força do art.º 1.º do decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, é um contrato, deixaria de o ser quando apreciado à luz da noção geral de contrato e dos requisitos exigidos para a sua existência.

Atendamos, pois, em primeiro lugar, à definição geral de contrato constante do art.º 641.º do Código Civil.

Note-se, no entanto, que, se pudermos enquadrar o casamento no conceito de contrato fornecido por aquele artigo, nem por isso o problema pode dar-se como resolvido; teremos, ainda, de apreciar se no acto do casamento se verificam as condições de validade exigidas pelo art.º 643.º do mesmo código.

Que o casamento, dada a noção ampla de contrato do art.º 641.º, é um acordo por que duas pessoas transferem entre si direitos e se sujeitam a obrigações, é doutrina dominante. Com efeito, em face daquela noção, nem sequer há lugar, entre nós, ao contrário do que sucede noutras legislações, a estabelecer a diferença entre contratos e convenções. Uns e outras são abrangidos pela mesma noção.

Mas, por outro lado, verifica-se que são grandes e profundas as diferenças entre o regime jurídico dos contratos em geral e o regime do casamento. Poderia, por isso, perguntar-se se tais diferenças se não oporiam à classificação do casamento como contrato.

Consideremos, pois, uma dessas diferenças, tida pelos partidários da doutrina que entende que o casamento não é um contrato, como capital — a indistratabilidade —.

Afirmam esses autores que a circunstância de o casamento não ser distratável, só por si, basta para impedir que como contrato pudesse ser considerado. Segundo esta corrente doutrinária, a indistratabilidade é considerada como elemento essencial dos contratos. Consequentemente, os actos jurídicos que satisfaçam todas as condições para, como contrato, poderem ser considerados, perderão essa designação se não forem susceptíveis de distrate.

Desta forma, o casamento, por lhe faltar este requisito, não pode ser considerado como um contrato.

Tal conclusão, porém, é inaceitável pelo simples facto de a distratibilidade não poder ser considerada como um elemento essencial dos contratos. Com efeito, nada impede que o legislador considere uns contratos como distratáveis e outros como indistratáveis.

Quanto às restantes diferenças, já menos salientes, entre os regimes jurídicos do casamento e dos contratos, limitamo-nos a afirmar que, dada a noção legal de contrato, que, como já dissemos, é muito ampla e compreende muitas realidades, debaixo do ponto de vista conceitual ainda susceptíveis de esquematização, não nos ficam dúvidas para a classificação do casamento como um contrato.

Não basta, no entanto, afirmar que o acto do casamento é um contrato, importa, ainda, considerar se nele se verificam os requisitos de que a lei faz depender a validade dos actos jurídicos desta natureza.

É no campo dos requisitos de validade dos contratos que nos aparecem as maiores divergências entre os defensores das correntes doutrinárias que deixámos enunciadas.

Esses requisitos são: a capacidade, o mútuo consenso e o objecto possível (Art.º 643.º do Cód. Civil).

De entre estes requisitos, a discussão surge, sobretudo, em relação ao segundo. Assim, quanto à vontade no acto do casamento, o problema costuma pôr-se da seguinte forma:

Qual a vontade substancial no acto do casamento?

Várias doutrinas tem procurado responder à pergunta formulada, sobressaindo, dentre elas, três correntes fundamentais:

a) A doutrina tradicional, para a qual o casamento é um acto dos nubentes.

b) Uma corrente intermédia, representada, entre outros, por Ruggiero, que afirma que o casamento é um acto dos nubentes e do Estado.

c) E ainda, uma terceira, para o qual o casamento é um acto do Estado, representando a vontade dos nubentes num pressuposto, para, pela vontade do Estado, este se realizar.

A páginas 64 e seguintes do Tomo II das suas Instituições de Direito Civil (tradução portuguesa), ao procurar reagir contra a tendência que considera o casamento como um contrato, embora de

natureza especial, diz Ruggiero, que o facto de existir acordo de duas vontades não basta para que se possa dizer que o casamento é um contrato e, por outro lado, afirma que, ao contrário do que sucede com os contratos em geral, a relação é subtraída à livre vontade das partes; os nubentes não podem apôr condições ou termos, acrescentar modalidades ou cláusulas, nem por qualquer outra forma disciplinar as relações conjugais por modo diverso do que a lei dispõe; a liberdade apenas começa onde se trata de meros interesses patrimoniais, e mesmo aí, grandemente limitada.

E, como reforço da sua opinião, diz ainda o citado autor: a impossibilidade absoluta do mútuo dissenso é contrária à ideia de contrato; a própria matéria sobre que versa o acordo é estranha aos contratos, por não se poder tornar objecto das convenções as relações pessoais e familiares; o oficial do registo civil, quando atesta o consenso dos nubentes, tem uma acção eminentemente constitutiva.

Cicu, considerando como fundamental e predominante, no acto do casamento, a vontade do Estado, considera-o como um acto que se não destina a regular os interesses egoístas dos sujeitos das relações, mas sim tem em vista um interesse superior que excede em muito o interesse daqueles.

Assim, entende que no acto do casamento a vontade dos nubentes está subordinada a um fim superior, pelo que o considera um acto administrativo.

Por último, muitos autores consideram como vontade decisiva no acto do casamento a dos nubentes, considerando a intervenção do funcionário do registo civil não de carácter constitutivo, mas apenas declarativo.

São estas, nas suas linhas gerais, as doutrinas que tem tomado posição neste problema.

Sem nos embrenharmos na refutação de cada um dos argumentos apresentados por Ruggiero e Cicu, pensamos ser a doutrina clássica a que mais se coaduna com a realidade.

Segundo essa doutrina, a vontade que decide da celebração do acto é a dos nubentes e não a do funcionário do registo civil.

A intervenção deste é idêntica à do notário ao exarar uma escritura pública, sòmente com a diferença de este último fazer constar de determinado documento a vontade dos outorgantes enquanto que

aquele se limita a declarar verbalmente a vontade dos nubentes.

A confusão dos escritores resulta de equipararem o assento do casamento, lavrado, normalmente, a seguir à sua celebração, com a escritura pública, quando a esta só é comparável a declaração feita pelo funcionário do registo civil.

A partir desta declaração, o acto existe não interessando já à sua existência o fazer-se ou não a sua inscrição no registo civil. A inscrição não respeita já à estrutura do acto, mas apenas ao aspecto da sua publicidade, para que produza efeitos em relação a terceiros. Traço idêntico encontramos-lo, por exemplo, na hipótese de uma compra e venda de imóveis. Pela escritura pública, o acto constituiu-se, atestando o notário por escrito o que no acto do casamento o funcionário do registo civil atesta verbalmente — a vontade das partes — mas, para que essa compra e venda produza efeitos em relação a terceiros, é indispensável que se proceda à sua inscrição no registo predial. Verifica-se, assim, que, quer num quer noutro caso, para a existência do acto, não é essencial o registo.

Antes deste, o acto do casamento ou de compra e venda de imóveis já se encontram constituídos. Do exposto, resulta, claramente, o carácter meramente declarativo da intervenção do funcionário do registo civil no acto do casamento e o carácter decisivo que para a sua constituição desempenha a vontade dos nubentes. Só esta decide da sua celebração. O mesmo se depreende ao ponderarmos que, uma vez verificadas todas as condições exigidas por lei para a celebração do acto do casamento, não pode o funcionário do registo opôr-se à sua realização.

Podemos assim concluir que, quanto ao requisito da vontade no acto do casamento como condição de validade dos contratos, ela existe como em qualquer acto que, como tal, é considerado pela lei. A vontade criadora do acto é a dos nubentes e consequentemente o casamento é um acto exclusivo destes.

A intervenção do funcionário do registo civil, como se deixou dito, é apenas declarativa e não constitutiva, e o assento do referido acto no registo já não interessa à sua constituição, destinando-se, somente, a provocar a sua publicidade para com terceiros (art.^{os} 304.^o, 198.^o, 228.^o e 229.^o do Código de Registo Civil).

Por outro lado, podemos também afirmar que o casamento é um acto de Direito Privado, como resulta do facto de o legislador o

considerar como um acto de natureza civil (art.º 2.º do dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910), de pertencer a um ramo de direito privado e ainda por os nubentes nele intervirem em pé de absoluta igualdade.

Terminado o estudo sumário que nos propusemos fazer acerca do conceito de responsabilidade civil no Código Civil Português e da natureza jurídica do acto do casamento, e tendo em atenção a posição tomada em relação a cada um dos referidos problemas, seríamos levados a pensar que, sendo o casamento um contrato, lhe seriam aplicáveis os princípios que constituem o instituto da responsabilidade civil.

Assim, quando se verificasse a lesão de um direito de um cônjuge haveria lugar a uma indemnização a prestar pelo outro cônjuge, no caso de ter agido com culpa.

Vejamos se será de aceitar tal conclusão, limitando-nos, como inicialmente nos propusemos, a fazê-lo, exclusivamente, na hipótese de violação dos deveres recíprocos dos cônjuges constantes do art.º 38.º do dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910.

IV — Deveres recíprocos dos cônjuges e sua violação

Diz o art.º 38.º do citado diploma :

«Os cônjuges têm obrigação :

- 1.º — De guardar mutuamente fidelidade conjugal
- 2.º — De viver juntos
- 3.º — De socorrer-se e ajudar-se mutuamente».

Ao lermos esta disposição salta à vista a preocupação do legislador em assegurar, através de normas legais, o fundo moral em que deve assentar o casamento como acto constitutivo da família legítima. E, por outro lado, resulta também do mecanismo adoptado que, constituindo cada uma das obrigações nela contidas deveres recíprocos dos cônjuges, a estes correspondem sem dúvida direitos também recíprocos. O marido deve guardar fidelidade à mulher, consequentemente a mulher tem o direito de exigir do marido o cumprimento desse dever. E, o que dizemos acerca do dever de fidelidade do marido para a mulher, dizemo-lo igualmente em relação ao dever da mulher para com o marido e a qualquer dos deveres

contidos no citado artigo. Àqueles deveres recíprocos correspondem direitos também recíprocos. Sendo assim, cabe perguntar: No caso de um dos cônjuges violar qualquer daqueles direitos, poderá o cônjuge ofendido, além das sanções já fixadas por lei para a referida violação, pedir ainda uma indemnização de perdas e danos, com fundamento nos art.^{os} 2.361.º e 2.393.º do Código Civil?

Antes de nos pronunciarmos, favorável ou desfavoravelmente, convém acentuar que a responsabilidade civil, tal como é definida pelo art.º 2.364.º do mesmo código, consiste na obrigação, em que se constitui o autor do facto ou da omissão, de restituir o lesado ao estado anterior à lesão, e de satisfazer as perdas e danos que lhe haja causado.

Ora, se atentarmos bem no conceito fornecido por esta disposição, verificamos que o legislador, ao elaborá-la, pensou sobretudo naqueles casos em que a violação de um direito acarreta a diminuição de um património, quer como consequência imediata da lesão, quer pelos prejuízos que esta lhe possa produzir. Parece, pois, que o legislador quis reparar de maneira especial os prejuízos de ordem patrimonial.

Tal conclusão infere-se também do disposto no art.º 2.393.º, que remete para as disposições dos art.^{os} 702.º e seguintes, todos do código civil, a regulamentação da responsabilidade meramente civil, proveniente da não execução dos contratos.

Por outro lado, o art.º 2.364.º dá-nos ainda a seguinte orientação: o legislador quis garantir por um lado a reparação do dano causado na ordem moral e por outro o dano causado no campo patrimonial.

No primeiro caso, isto é, ao atender ao dano na ordem moral, o legislador, teve, apenas, em vista o interesse da sociedade.

No segundo caso, preocupou-se, não já com a sociedade, mas somente com a pessoa jurídica, melhor, com o titular do direito.

São estes dois traços que nos dão a diferença existente entre as figuras jurídicas da responsabilidade criminal e da civil. Não considerou o legislador a hipótese da responsabilidade civil como reparação do dano causado ao titular do direito na ordem moral.

Ao afirmá-lo, temos presentes as disposições dos art.^{os} 2.361.º a 2.403.º e dos art.^{os} 702.º a 738.º do Código Civil.

No entanto, o n.º 17.º do art.º 8.º da Constituição Política de-

clara: «Constitui direito e garantia dos cidadãos portugueses o direito de reparação de toda a lesão efectiva conforme dispuser a lei, podendo esta, quanto a lesões de ordem moral, prescrever que a reparação seja pecuniária».

Em face desta disposição, temos que também as lesões de ordem moral são susceptíveis de reparação, mas para que tal se verifique é necessário que a lei especialmente o estabeleça e regule. Parece, pois, e isso resulta da simples leitura do preceito constitucional citado, que a reparação pecuniária, na hipótese de que vimos tratando (lesão de ordem moral), tem sempre um carácter excepcional. Consequentemente, só existirá quando o legislador especialmente a estabelecer.

Regressando à apreciação das disposições do Código Civil sobre responsabilidade civil, deparamos com o art.º 2.365.º, segundo o qual a responsabilidade criminal é sempre acompanhada da responsabilidade civil. Isto é, verificada uma lesão à sociedade, na ordem moral, o seu autor não só tem de se submeter às penas aplicáveis decretadas na lei, mas ainda responderá civilmente por perdas e danos.

O princípio estabelecido pelo art.º 2.365.º do Código Civil encontra-se também consagrado no art.º 34.º do Código de Processo Penal, ao declarar que o juiz, no caso de condenação, arbitrará aos ofendidos uma quantia como reparação por perdas e danos, ainda que lhe não tenha sido requerida.

Estamos agora aptos a delinear o sistema estabelecido pelo legislador para o instituto da responsabilidade, que sintetizaremos da seguinte forma:

- a) — Responsabilidade criminal como reparação dos danos causados à sociedade na ordem moral;
- b) — Responsabilidade civil como reparação dos danos causados, no campo patrimonial, ao titular do direito violado;
- c) — Apurada a responsabilidade criminal do autor da lesão, aquela é sempre acompanhada da responsabilidade civil;
- d) — Só há lugar a reparações pecuniárias ao titular do direito, por lesões de ordem moral, quando o legislador expressamente as estabelecer e regular.

Passemos agora a apreciar cada um dos deveres recíprocos dos cônjuges, fixados no art.º 38.º do dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, e bem assim as sanções que a lei tornou aplicáveis para a hipótese da sua violação.

a) — Dever de guardar mutuamente fidelidade conjugal

Este dever, correspondendo a uma ideia de exclusividade, abrange não só o aspecto da fidelidade física como o da fidelidade moral. A violação do dever de fidelidade física consiste na prática do acto sexual com outrem, ou seja o adultério.

A violação do dever de fidelidade moral traduz-se na prática do amor platónico.

Quais as sanções aplicáveis num e noutro caso?

No que respeita ao adultério, a lei organizou um complexo regime de sanções, quer civis, quer penais.

Para que estas funcionem, exige a lei a iniciativa do cônjuge ofendido, tendo este ainda o direito de optar pelas sanções penais ou pelas civis, não podendo estas, em qualquer hipótese, cumularem-se.

Quanto às civis, temos que o adultério constitui fundamento para divórcio ou separação de pessoas e bens (art.º 4.º, n.º 1.º e 2.º, da Lei do Divórcio).

Quanto às penais, o adultério é incriminado nos art.ºs 401.º a 404.º do Código Penal, alterado pelo art.º 61.º e §§ da Lei do Divórcio.

Não sendo o adultério a única violação do dever de fidelidade, há que considerar a infidelidade moral que, na maioria dos casos, se traduz no estabelecimento de relações comprometedoras.

Não pode esta situação equiparar-se ao adultério. O Código Penal não a incrimina, não constituindo também fundamento legítimo para o divórcio ou separação de pessoas e bens.

Pode ela, no entanto, enquadrar-se no n.º 4 do art.º 4.º da Lei do Divórcio, e ser considerada como injúria grave.

E) — Dever de viver juntos

Neste dever estão compreendidas duas ideias: comunhão de lar e débito conjugal.

A comunhão de lar encontra-se estabelecida pelo art.º 40.º do

dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, o qual deve ser conjugado com os art.ºs 1.470.º e 1.471.º do Código de Processo Civil.

A infracção do dever de comunhão de lar, quando se traduz no abandono do domicílio conjugal por tempo não inferior a três anos, constitui causa legítima para divórcio ou separação de pessoas e bens, nos termos do n.º 5.º do art.º 4.º da Lei do Divórcio.

Além desta sanção, que designaremos por directa, pode ainda considerar-se como sanção indirecta em relação à mulher a possibilidade de o marido lhe recusar alimentos, oferecendo-lhe, em contrapartida, a sua sustentação no lar conjugal.

Esta faculdade do marido resulta do disposto no § 2.º do art.º 393.º do Código de Processo Civil.

A violação do dever de débito conjugal, que consistirá na recusa injustificada e prolongada de relações sexuais, deve ser considerada como injúria grave, constituindo, por esse facto, fundamento para o divórcio ou separação de pessoas e bens.

C) — Dever de socorrer-se e ajudar-se reciprocamente

Este dever abrange duas ideias: socorro e assistência.

Quanto ao primeiro, consiste ele na obrigação que tem cada cônjuge, na medida das suas possibilidades, de ocorrer à manutenção do outro, prestando-lhe tudo aquilo de que carecer: habitação, alimentação, vestuário, medicamentos, tratamento na doença, etc.

Porém, este dever apresenta-nos como núcleo central aquilo que, a dentro da técnica jurídica, se costuma designar por obrigação de alimentos.

Qual a sanção legal no caso de infracção do referido direito, enquanto os cônjuges vivem em comum?

A violação do dever em si traduz-se no desamparo de um dos cônjuges e a sanção foi estabelecida no § 2.º do art.º 393.º do C. P. C. Esta, a regra, no caso de o marido ser o administrador dos bens do casal. Quando pertencer à mulher tal administração, uma de duas: se é administradora por consentimento do marido compete a este tirar-lhe a administração e cairemos, assim, na hipótese que anteriormente apreciámos; se é administradora por direito próprio, aplicar-se-ão em sentido inverso os preceitos legais que regulam a

hipótese, que designaremos por normal, da prestação de alimentos do marido à mulher.

O dever de assistência, por sua vez, compreende ainda duas modalidades: assistência física e assistência moral.

A primeira modalidade abrange os cuidados materiais na vida de todos os dias e especialmente no caso de doença do outro cônjuge.

Pelo que respeita à assistência moral a que se refere a parte final do art.º 39.º da Lei do Casamento, traduz-se na comparticipação de cada cônjuge nas alegrias e tristezas do outro cônjuge, nas suas preocupações morais e intelectuais, etc.

A infracção destes deveres, quer de assistência física, quer moral, traduz-se, em última análise, em injúria grave e como tal será causa legítima de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens.

É acerca destes deveres, cuja extensão e sanções, no caso da sua violação, sucintamente esboçámos, que se levanta o problema de saber se, além das sanções já previstas pela lei, lhe serão aplicáveis os princípios relativos à responsabilidade civil.

O mesmo é dizer se, independentemente da aplicação das sanções legais, pelo menos em alguns casos, o cônjuge ofendido terá o direito de pedir ao outro cônjuge uma indemnização de perdas e danos. Em sentido afirmativo se tem pronunciado a jurisprudência de alguns países, designadamente a francesa, principalmente no caso de a violação consistir no adultério. Também, entre nós, o Prof. Dr. Paulo Cunha aceita, em princípio, a orientação seguida na jurisprudência francesa.

Não podemos concordar com semelhante orientação, por a acharmos contrária ao direito positivo português. É possível, e admite-se, que ela se harmonize com a legislação de outros países.

A legislação portuguesa, porém, não consente semelhante solução. Com efeito, especial cuidado mereceu ao legislador a constituição e a defesa da família.

Este cuidado revela-se, através da atenção que lhe dedicou, consagrando-lhe preceitos da maior importância e dando-lhe um lugar de destaque no título III da 1.ª Parte da Constituição.

A importância que o legislador atribuiu à organização da instituição familiar, está, de resto, de harmonia com o seu papel social, tão bem sintetizado no art.º 12.º: «O Estado assegura a constituição

e defesa da família, como fonte de conservação e desenvolvimento da raça, como base primária da educação, da disciplina e harmonia social e como fundamento da ordem política e administrativa, pela sua agregação e representação na freguesia e no município».

Por seu lado a lei civil, designadamente o Código Civil e, posteriormente, o dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, estabelecem as normas a que tem de sujeitar-se as relações de família e, é curioso notar, desde já, que o § 1.º do art.º 13.º da Constituição se refere a *normas relativas às pessoas e bens dos cônjuges*. A importância da família legítima, e só a essa nos referimos, por ser através do casamento que ela se constitui. (Art.º 1.º da Lei do Casamento), resulta também do facto de, antes de organismo jurídico, já ser um organismo ético.

Como organismo social, encontra o seu fundamento na natureza.

São estas as razões por que, neste campo de direito mais do que em qualquer outro, operam, necessariamente, as normas consuetudinárias, religiosas e morais.

Pode até afirmar-se que os preceitos jurídicos disciplinadores das relações de família, mais não são do que a consagração legislativa de princípios morais preexistentes. Por isso mesmo é no Direito de família que nos aparece um maior número de normas imperfeitas, ou, se quisermos, apenas com sanções de ordem moral. As relações de família são intensamente dominadas por princípios de ordem moral e social. Daqui lhe advém uma e outra característica, que consiste no predomínio das relações pessoais sobre as relações patrimoniais. Queremos dizer que, no Campo do Direito de Família, as relações patrimoniais encontram-se intimamente subordinadas às pessoas, sendo estas que formam a grande ossatura deste ramo de Direito. O que deixamos dito quanto ao direito de Família verifica-se, de igual forma, no que respeita ao casamento e aos efeitos que do mesmo emergem.

Por isso é oportuno acentuar, desde já, que o art.º 38.º se situa de pleno, no campo dos direitos pessoais, aqueles, afinal, a que se refere o § 1.º do art.º 13.º da Constituição, ao distingui-los nitidamente dos patrimoniais. É aqui, no campo das relações estritamente pessoais, que alguns escritores, e em alguns países também a jurisprudência, entendem que são aplicáveis, no caso da violação dos

deveres recíprocos dos cônjuges, os princípios da responsabilidade civil.

As considerações que fizemos sobre a natureza especial dos direitos de família, intensamente influenciados por princípios de ordem moral; o facto do casamento, como acto através do qual se constitui a família legítima, e os efeitos que do mesmo emergem, se encontrarem igualmente dominados por princípios da mesma natureza; a preocupação do legislador em separar, nitidamente, os efeitos de carácter pessoal, que derivam do casamento, daqueles que têm natureza puramente patrimonial e, ainda, o lugar que o art.º 38.º do dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, ocupa, situando-se, de pleno, na esfera dos efeitos pessoais, levam-nos a afirmar ser inaceitável um pedido de indemnização por perdas e danos na hipótese de violação de qualquer dos deveres recíprocos dos cônjuges.

Mas, além do aspecto moral, que nesta matéria assume papel de excepcional importância, outro argumento podemos apresentar em defesa do nosso ponto de vista. A reparação pecuniária por prejuízos causados ao titular de um direito na ordem moral só é possível, como já vimos, quando a lei especialmente a regular (art.º 8.º n.º 17.º da Const. Política); e, na hipótese que estamos apreciando, tal não se verifica. Ninguém, por certo, deixará de reconhecer que os prejuízos que da violação dos deveres recíprocos dos cônjuges podem resultar são na sua essência prejuízos de ordem moral.

E, com certeza, porque essa mesma violação implica o desaparecimento do fundo moral em que assenta o grupo familiar, não deixou o legislador de estabelecer para ela certas sanções, que actuam pela influência que exerce no espírito dos cônjuges a possibilidade da sua aplicação ou ainda porque, tornando-se efectivas, originam o desaparecimento do grupo familiar que, sem base moral, não tem condições de subsistir. Já a elas tivemos ocasião de nos referir quando apreciámos a extensão dos deveres contidos no art.º 38.º e as sanções aplicáveis no caso da sua violação.

São apenas essas que o legislador quis, e não outras.

Poderíamos ainda dizer que o legislador, por reconhecer que, secundariamente e a par do prejuízo moral, poderiam surgir prejuízos de ordem económica, sollicitamente se apressou a regular essa matéria de forma a proporcionar aos cônjuges, mútuas garantias quanto a possíveis prejuízos.

Isto demonstra que, se entendesse que os prejuízos de ordem económica, ou até mesmo os de ordem moral, mereciam uma maior reparação, não teria, por certo, deixado de a regular.

De qualquer forma, temos de reconhecer que o não fez.

Há, porém, uma única hipótese em que há sempre lugar a uma indemnização por perdas e danos, a par das sanções estabelecidas pela lei para a violação de um dos deveres recíprocos dos cônjuges.

É o caso do adultério, para o qual o legislador estabeleceu duas espécies de sanções: civis e penais.

Por esse facto, e tendo em vista o art.º 34.º do Código de Processo Penal, não hesitamos em afirmar que, quando o cônjuge ofendido opte pela aplicação das sanções penais, não podem restar dúvidas de que, por força da citada disposição e do art.º 2.365.º do Código Civil, lhe é devida também uma reparação por perdas e danos.

Em conclusão:

- a) — Não obstante o acto do casamento ser um contrato, nem por isso lhe são aplicáveis, no caso de violação dos deveres recíprocos dos cônjuges, os princípios da responsabilidade civil;
- b) — Exceptua-se a hipótese de a violação consistir no adultério e o cônjuge ofendido optar pelas sanções penais, porque então, por força do disposto no art.º 2.365.º do Código Civil e no art.º 34.º do Código de Processo Penal, haverá sempre lugar a uma indemnização por perdas e danos.

FERNANDO PIRES VERÍSSIMO