Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: O novo regime do art. 1792.º do Código Civil (na redacção dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento¹

CRISTINA DIAS

I. Introdução

Uma das características que costumava ser apontada aos direitos familiares pessoais, e que permitia distingui-los dos restantes direitos privados, sobretudo dos direitos obrigacionais, era a da fragilidade da garantia. De acordo com esta doutrina da fragilidade da garantia, a violação dos direitos familiares pessoais não determina qualquer obrigação de indemnizar, apresentando-se, portanto, tais direitos com uma garantia mais frágil que a dos direitos de crédito. Se um dos cônjuges ofender os direitos do outro, este não poderia exigir o seu cumprimento nem pedir uma indemnização. Restar-lhe-ia outro tipo de sanções como o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens assentes na violação culposa dos deveres conjugais, como determinava o nosso Código Civil anterior

¹ Retomamos aqui um tema já abordado em anterior estudo. Pretendemos aqui sublinhar algumas ideias apresentadas e sobretudo analisar as alterações introduzidas pela Lei n.º 619/2008, de 31 de Outubro, no regime da responsabilidade civil entre os cônjuges.

à recente alteração do regime jurídico do divórcio pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro².

Um dos elementos essenciais da relação jurídica é a 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 opor-se à violação, pode defender-se, socorrendo-se dos meios adequados que o Estado põe à sua disposição.

A violação do direito será, assim, um acto ilícito que consistirá na lesão de um direito de outrem; a violação do direito efectiva-se pela prática de um acto ilícito que determina, face ao art. 483.º, n.º 1, do Código Civil³, uma obrigação de indemnizar o lesado, ou seja, o lesante constitui-se em responsabilidade para com o lesado pelos prejuízos que lhe causou.

Assim, quando se verifique a lesão de um direito de um cônjuge deverá haver lugar a uma indemnização a prestar pelo outro cônjuge, violador de tal direito. Os deveres do art. 1672.º são deveres recíprocos dos cônjuges aos quais correspondem direitos também recíprocos. O marido deve respeitar a mulher e, conseqüentemente, a mulher tem o direito de exigir do marido o cumprimento desse dever.

Todavia, a previsão de uma obrigação de indemnizar assente nos princípios gerais da responsabilidade civil por tais violações era tradicionalmente afastada no nosso ordenamento jurídico (e também nos ordenamentos estrangeiros).

Paralelamente, entendia-se que a violação dos deveres conjugais tinha sanções específicas dentro do Direito da Família que afastavam a obrigação de indemnizar resultantes das regras gerais da responsabilidade civil. No domínio das relações familiares existem certos institutos, como o dever de assistência e a obrigação de alimentos, ou mesmo o divórcio e a separação de pessoas e bens, que tornariam dispensável o recurso

² PIRES VERÍSSIMO, "Do problema de saber se são aplicáveis, em matéria de violação dos deveres recíprocos dos cônjuges, os princípios gerais sobre responsabilidade civil". *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 8.º, 1948, pp. 234-256.

³ Sempre que sejam citados artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, a menção reporta-se ao Código Civil.

a medidas que, “pela sua expressão material e egoísta, colidem com as exigências morais dos altos valores em jogo na sociedade conjugal”⁴5.

As regras da responsabilidade civil (arts. 483.º e segs.) não se aplicariam no caso de violação dos deveres familiares pessoais, devendo fazer-se, conseqüentemente, uma interpretação restritiva daquelas regras gerais. Proteger-se-ia, assim, a família evitando que “as portas do santuário familiar” se abram aos tribunais.

A entrada em vigor do novo regime jurídico do divórcio, com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, trouxe uma nova redacção ao art. 1792.º, consagrando no seu n.º 1 a possibilidade de o cônjuge lesado poder intentar uma acção de responsabilidade civil contra o outro cônjuge, por violação dos deveres conjugais, nos termos gerais dos arts. 483.º e segs., e nos tribunais comuns. Os resquícios da doutrina da fragilidade da garantia no domínio dos deveres conjugais pessoais deixam de existir, como analisaremos.

Quanto aos direitos familiares patrimoniais o problema não teria razão para existir, pois tratam-se, originária e estruturalmente, de relações obrigacionais ou reais, apenas influenciadas no seu regime pelo facto de se constituírem e desenvolverem na dependência de uma relação de família⁶.

⁴ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 200, nota 1. No mesmo sentido, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1966, pp. 70 e 71, e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 1998, pp. 102-104, onde refere que, não obstante os termos amplos do art. 483.º, é doutrina tradicionalmente aceite que a responsabilidade civil não se aplica, em princípio, no âmbito dos direitos familiares pessoais. Esta interpretação restritiva do referido preceito encontraria apoio no argumento *a contrario sensu* que resultava do art. 1792.º, onde se previa uma hipótese excepcional de reparação de danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento (e que a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, manteve no seu n.º 2).

⁵ Em todo o caso, sempre se entendeu que o divórcio e a separação de pessoas e bens não eram verdadeiras sanções para a violação dos direitos pessoais conjugais. De facto, nem o divórcio nem a separação de pessoas e bens pretendem ser sanções contra o não cumprimento dos deveres conjugais, mas remédios para uma situação de vida matrimonial intolerável ou, mais exactamente, constatação da ruptura do casamento – v., PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 155.

⁶ O que fará com que tais direitos tenham um tratamento jurídico específico (cfr. os arts. 1678.º e segs., e 1690.º e segs.). Repare-se que, em certos casos, a alienação ou oneração de bens, mesmo próprios, carece do consentimento do outro cônjuge (arts. 1682.º, n.º 3, 1682.º-A e 1687.º). A necessidade de tal consentimento visa a defesa da base patrimonial do agregado familiar, formada pelos bens próprios de cada um e, se o

Assim, a violação dos deveres conjugais de carácter patrimonial poderá dar lugar a responsabilidade civil entre marido e mulher. Porém, mesmo neste domínio das relações conjugais as soluções legais demonstram que a irresponsabilidade é a regra, como tentaremos demonstrar.

Portanto, partindo dos pressupostos e das regras gerais da responsabilidade civil, tentaremos aferir se a relação matrimonial implica, pela própria estrutura e natureza, alguma excepção a tais regras⁷. Verificados os pressupostos da responsabilidade civil, poderá surgir uma obrigação de indemnizar por parte de um cônjuge violador dos deveres conjugais (pessoais e patrimoniais), ou seja, haverá lugar a indemnizações e a responsabilidade no âmbito dos direitos familiares⁸?

regime de bens for de comunhão (arts. 1721.º e segs. ou arts. 1732.º e segs.), ainda pelos bens comuns (HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed., reimpressão, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 254-257).

⁷ Repare-se, porém, que, no caso de um dos cônjuges praticar contra o outro um acto que implique responsabilidade civil ou criminal, ou seja, um acto que, em si mesmo, independentemente da relação conjugal em que se situa, seja qualificável como facto ilícito (quando paralelamente à violação de dever conjugal seja violado outro direito subjectivo), já ficará sujeito a responsabilidade civil e criminal perante o lesado. Assim, se o marido agredir fisicamente a mulher não só está a violar o dever conjugal de respeito – questão a analisar na exposição subsequente – como também comete um (outro) facto ilícito e criminalmente punido, envolvendo a obrigação de indemnizar. Não há dúvidas aqui sobre a aplicabilidade dos princípios gerais da responsabilidade civil.

⁸ Questionável é também a possibilidade de a violação dos deveres conjugais fazer incorrer o cônjuge violador em responsabilidade contratual. Com efeito, definindo-se o casamento como um contrato (cfr. o art. 1577.º. V. também, GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 3.ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 1965, p. 46), que implica determinadas obrigações (nomeadamente as constantes no art. 1672.º), a sua violação culposa fará incorrer o cônjuge “devedor” em responsabilidade contratual. Nos termos do art. 798.º “o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelos prejuízos que causa ao credor”. O problema da qualificação do casamento como um contrato não tem sido muito contestado entre nós (v., PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, pp. 198-201).

Para mais, qualificando os direitos familiares pessoais entre os cônjuges como direitos relativos a sua violação por parte de um dos cônjuges acarretará responsabilidade contratual (arts. 798.º e segs.) e não extracontratual (arts. 483.º e segs.). Aliás, e no âmbito dos direitos familiares patrimoniais, é de responsabilidade contratual que se trata no caso de administração fundada em mandato, nos termos do art. 1681.º, n.ºs 2 e 3.

Esta questão é analisada por ÂNGELA CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 61 e segs. O problema do ilícito matrimonial tem sido tradicionalmente discutido no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, quer pela doutrina quer pela jurisprudência portuguesas. Considera a autora que, apesar da natureza contratual do casamento, não é correcto submetê-lo a toda a

II. Responsabilidade civil entre os cônjuges por violação dos deveres conjugais – o novo art. 1792.º, n.º 1, do Código Civil, e a eliminação da fragilidade da garantia no domínio das relações pessoais conjugais

Diz o art. 483.º, n.º 1, que “*aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação*”.

A leitura do preceito mostra que vários pressupostos condicionam, no caso geral da responsabilidade por factos ilícitos, a obrigação de indemnizar imposta ao lesante. Além da ilicitude, é preciso que se verifique a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano⁹.

O Código Civil procurou fixar o conceito de ilicitude descrevendo as duas variantes fundamentais através das quais se pode revelar o carácter

regulamentação geral dos contratos. Todavia, não será mais correcto rejeitar liminarmente a aplicabilidade das regras da responsabilidade civil contratual ao casamento. Se o regime do divórcio diverge do regime da resolução contratual, no âmbito da responsabilidade civil os pressupostos são os mesmos (o incumprimento, a culpa, o dano e o nexo de causalidade). O que está em causa não é a dissolução da relação jurídica familiar, mas apenas o ressarcimento dos danos causados pela inobservância dos deveres conjugais e, por isso, poderia aplicar-se as regras da responsabilidade contratual (nomeadamente o art. 799.º, n.º 1, presumindo-se a culpa do infractor). Todavia, e por outro lado, não deve fazer-se uma aplicação geral das regras do direito comum dos contratos, dada a especial natureza do casamento. Assim, o ilícito matrimonial é qualificado pela autora como um ilícito contratual. Depara-se, porém, com o problema da reparação dos danos não patrimoniais, já que a doutrina diverge quanto à reparabilidade dos danos não patrimoniais no domínio da responsabilidade contratual (a favor, v., VAZ SERRA, “Reparação do dano não patrimonial”, *B.M.J.*, n.º 83.º, 1959, pp. 102 e segs., e ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, pp. 523 e segs. Contra, ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 605, e nota 3). Ora, os danos sofridos pelo cônjuge lesado são muitas vezes de ordem moral e é manifestamente injusto que esses danos fiquem por ressarcir.

Na verdade, os pressupostos das duas modalidades de responsabilidade civil são idênticos, apenas divergindo quanto ao tipo de ilícito e no tratamento do ónus da prova da culpa. Na responsabilidade extracontratual, o acto ilícito consiste na violação de um dever diverso de uma obrigação *lato sensu*. Na responsabilidade extracontratual, a culpa do agente tem de ser provada pelo lesado (art. 487.º, n.º 1), enquanto na responsabilidade contratual presume-se a culpa do devedor na falta de cumprimento (art. 799.º, n.º 1). V., JORGE DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 692 e segs., que atribui ao ilícito conjugal carácter obrigacional.

⁹ Sobre a adequação técnica do ilícito conjugal aos pressupostos da responsabilidade civil v., JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, pp. 672 e segs.

ilícito do facto. A primeira forma de comportamento ilícito referida no art. 483.º, n.º 1, é a violação do direito de outrem.

Os direitos subjectivos aqui compreendidos são fundamentalmente os direitos absolutos¹⁰, entre os quais podem incluir-se alguns direitos familiares patrimoniais¹¹. Os direitos familiares de carácter pessoal, dada a sua estrutura complexa e o seu conteúdo *sui generis*, são objecto de alguma problemática. De facto, os direitos familiares pessoais não cabem no modelo tradicional de direito subjectivo, devendo ser qualificados como poderes-deveres¹².

Parte da doutrina considera que os direitos familiares pessoais são direitos relativos. Todavia, em alguns casos, os estados familiares podem gozar de protecção absoluta, como nos casos dos arts. 495.º, n.º 3, e 496.º, n.º 2, ou seja, no caso de “*lesão de que proveio a morte*”, os familiares do lesado que lhe podiam exigir alimentos (art. 2009º) têm direito de pedir ao lesante indemnizações dos danos patrimoniais sofridos ou indemnizações dos danos não patrimoniais que a morte do familiar lhes causou¹³. Parece excluir, assim, o carácter absoluto dos direitos familiares: vinculam pessoas certas e determinadas, não projectando os seus efeitos em relação a terceiros. Assim, se um dos cônjuges mantiver relações adulterinas com terceiro, este não será responsável para com o cônjuge lesado.

Outros autores defendem uma posição diferente¹⁴. Qualificando os direitos familiares pessoais como direitos absolutos, têm, assim,

¹⁰ Ainda que, segundo alguns autores, os direitos relativos também possam ser abrangidos pela previsão legal do art. 483.º.

¹¹ Poderá falar-se de responsabilidade extracontratual no caso do art. 1681.º, n.º 1, quando for caso disso.

¹² ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, pp. 199 e 200, e ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, pp. 102-104.

¹³ V., PEREIRA COELHO /GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 158, e DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, p. 144.

¹⁴ V., ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999, pp. 369-371, CASTRO MENDES, *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1997, pp. 24-26, HEINRICH EWALD HÖRSTER, *ob. cit.*, pp. 254-257, e JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, pp. 412-434.

O problema relaciona-se obviamente com a questão da eficácia externa das obrigações. Por isso, os ordenamentos jurídicos que apresentam uma tendência contrária ao princípio da eficácia externa das obrigações, como o português, mas também o alemão ou o italiano, afastam tradicionalmente a responsabilidade do “terceiro cúmplice de adultério”. Por isso, são várias as soluções procuradas pelo direito alemão para a questão da oponibilidade *erga omnes* dos deveres conjugais (v., JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, pp. 419-421).

cabimento as acções cíveis de indemnização, próprias dos direitos absolutos, contra o cônjuge prevaricador e contra o terceiro perturbador da relação matrimonial. O terceiro que falsamente se intitula marido da mulher de outrem, que contribui para que a mulher casada pratique adultério expõe-se, conseqüentemente, às sanções correspondentes ao facto ilícito praticado, desde que o cônjuge lesado as requeira. A constituição da obrigação de indemnizar depende do preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil, mas se estes estiverem preenchidos o terceiro deverá ser responsável perante o cônjuge lesado¹⁵. Como consequência do carácter absoluto dos direitos familiares pessoais não é de excluir que a violação de um desses direitos por um terceiro possa constituir este sujeito na obrigação de indemnizar nos termos previstos no art. 483.º, n.º 1.

Uma coisa é a relação dos cônjuges entre si, onde os direitos familiares parecem assumir características de direitos relativos, e outra a relação dos cônjuges com terceiros. Parece ser de defender que os direitos familiares pessoais são eficazes *erga omnes* (direitos absolutos) em relação a terceiros, ou seja, têm de ser respeitados por todos, mesmo que, como acontece com a generalidade desses direitos, a correspondente conduta só possa ser exigida a um determinado membro familiar¹⁶.

Mas não é esta responsabilidade do terceiro que visamos analisar, mas sim a responsabilidade entre cônjuges por violação dos deveres conjugais. E era neste campo que predominava a doutrina da fragilidade da garantia.

Os deveres familiares pessoais (arts. 1672.º e segs.) não estariam sujeitos à tutela mais consistente dos deveres jurídicos, que é a possibilidade de o credor exigir do devedor o seu cumprimento e/ou obter deste uma indemnização. O cônjuge a quem o outro falte ao respeito ou viole qualquer outro dever conjugal não poderá dirigir-se ao tribunal para que se obrigue o faltoso a cumprir ou a indemnizar pelos danos causados

¹⁵ Sobre a responsabilidade do terceiro por interferência na relação conjugal, o "terceiro cúmplice de adultério", v. JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, pp. 714 e segs.

¹⁶ Como referem LÜDERITZ/DETILOFF, *Familienrecht*, 28.ª ed., München, C.H. Beck, 2007, p. 53, é discutido se podem ser feitos pedidos de indemnização por causa da violação dos deveres conjugais. Segundo a opinião mais correcta, deverá entender-se que tal é admitido. As indemnizações contra o outro cônjuge são possíveis em virtude das suas relações recíprocas, bem como em relação a terceiros, devido à posição jurídica absoluta do estado de casado. Referem ainda os autores não haver razões justificativas para afirmar que o BGB exclua as indemnizações entre os cônjuges e, muito menos, que queira poupar terceiros.

pelo incumprimento¹⁷. Tratar-se-ia de deveres, de relações de carácter tão íntimo, tão privado que seria impossível forçar, externamente, a sua observância.

Este carácter de privacidade e de intimidade obstará à atribuição ao cônjuge lesado de um direito à indemnização pelo não cumprimento dos deveres do outro. O direito à liberdade e à prossecução da sua felicidade que assiste a cada um dos cônjuges não permitiria impor a nenhum deles a observância de comportamentos não desejados, contrários aos seus interesses. Assim, perante casos de incumprimento dos deveres conjugais, a única possibilidade que assistia ao lesado era dissolver o vínculo, de modo a não continuar a suportar violações dos seus interesses, sendo inaceitável um pedido de indemnização na hipótese de violação de qualquer dos deveres recíprocos dos cônjuges¹⁸. Tratar-se-ia de uma tutela jurídica exclusivamente familiar.

¹⁷ É evidente que em relação aos deveres conjugais puramente pessoais (como os deveres de respeito, fidelidade e coabitação) não há dúvidas sobre a inadmissibilidade da execução específica, *in natura*, defenda-se ou não a teoria da fragilidade da garantia. O cônjuge que violou o dever de fidelidade ou que se recusa a cumprir o débito conjugal não pode ser coagido ao comportamento devido ou substituído por outrem na realização da prestação a que estava vinculado. Os deveres em causa caracterizam-se pela infungibilidade do comportamento devido (um cônjuge não pode fazer-se substituir por outrem no cumprimento dessas suas obrigações). Assim, a proibição da execução específica resulta do princípio *nemo praecise ad factum cogi potest*, aplicável aos direitos de prestação infungível, que exclui toda a espécie de cumprimento coercivo. Por isso, também não são admitidas no que respeita aos deveres referidos as formas de autotutela admitidas pela lei geral. P. ex., não será considerado justificado pela legítima defesa o acto de um marido que impede, pela força, a mulher de sair de casa para se encontrar com o seu amante, nem pela figura da acção directa a violação de um cônjuge que se recusou injustificadamente a ter relações sexuais. V., JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, pp. 576-579. O autor pronuncia-se também quanto à proibição das sanções compulsórias, onde a fragilidade da garantia também se faz sentir, por não serem sanções adequadas para forçar ao cumprimento dos deveres conjugais, dada a necessidade de garantir algum grau de liberdade a qualquer um dos cônjuges. Mas, a rejeição da sanção pecuniária compulsória e a manutenção da fragilidade da garantia compulsória dos deveres conjugais pessoais não implica a rejeição de toda e qualquer sanção, designadamente da sanção indemnizatória (pp. 581-586).

¹⁸ Defendendo a doutrina tradicional, v., DIOGO LEITE DE CAMPOS, *ob. cit.*, pp. 141 e 142. No mesmo sentido, PIRES VERÍSSIMO, *loc. cit.*, pp. 255 e 256, refere que ninguém deixará de reconhecer que os prejuízos que da violação dos deveres recíprocos dos cônjuges podem resultar são, na sua essência, prejuízos de ordem moral. Tal violação implica o desaparecimento do fundo moral em que assenta o grupo familiar e, como tal, o legislador não deixou de estabelecer para ela certas sanções que actuam pela influência

A doutrina da fragilidade da garantia era inicialmente justificada pela regra da “imunidade interconjugal”. Os ordenamentos jurídicos do sistema anglo-americano, onde o problema da responsabilidade do cônjuge que viola direitos não conjugais do outro tem sido mais estudado, seguiam, até há pouco tempo, a regra da *interspousal immunity*. O termo “imunidade interconjugal” traduzia a impossibilidade de um cônjuge poder agir para obter o ressarcimento de um prejuízo causado em consequência de um acto ilícito cometido pelo outro cônjuge (fora dos deveres conjugais). Num primeiro momento, a regra da imunidade teve como fundamento teórico o princípio da *unity of spouses*, de acordo com o qual o marido e a mulher constituíam juridicamente uma só pessoa. Daí resultavam duas proposições: nenhum facto ilícito, doloso ou meramente culposo, cometido por um dos cônjuges contra o outro, durante o casamento, podia criar uma situação de responsabilidade; nenhum dos cônjuges podia intentar uma acção contra o outro na constância do casamento. A primeira proposição baseava-se na ideia de que a concentração do direito e da obrigação correspectiva numa mesma entidade jurídica levava à exoneração do dever. A segunda proposição resultava de questões de ordem processual, ou seja, como não era reconhecida capacidade judiciária à mulher casada (salvo nas acções criminais e de divórcio), qualquer acção proposta por um cônjuge contra o outro implicaria que o marido intervesse simultaneamente como autor e réu¹⁹.

Como a teoria da imunidade era corolário dos limites impostos à capacidade de gozo e de exercício da mulher casada, a decadência da doutrina da *unity of spouses* está estreitamente ligada aos avanços no

que exerce no espírito dos cônjuges a possibilidade da sua aplicação. Se o legislador entendesse que os prejuízos de ordem económica ou de ordem moral mereciam uma maior reparação, não teria, por certo, deixado de a regular. Assim, em geral, não será aplicável ao casamento, no caso de violação dos deveres recíprocos dos cônjuges, os princípios da responsabilidade civil.

Criticando a teoria da fragilidade da garantia, v., HEINRICH EWALD HÖRSTER, “A Respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre Si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia” será Válida?)”, *Scientia Iuridica*, tomo XLIV, n.º 253/255, 1995, pp. 113-124. ÂNGELA CERDEIRA, *ob. cit.*, pp. 82 e segs., CRISTINA M. ARAÚJO DIAS, “Responsabilidade civil e direitos familiares conjugais (pessoais e patrimoniais)”, *Scientia Iuridica*, tomo XLIX, n.º 286/288, 2000, pp. 351-374, e PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, pp. 155-157.

¹⁹ ÂNGELA CERDEIRA, *ob. cit.*, pp. 19 e 20, e JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, pp. 530 e 531. V. também, SALVATORE PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1984, pp. 56 e segs. --

sentido da emancipação da mulher e da igualdade dos cônjuges. Tanto na Inglaterra como nos E.U.A. legislou-se no sentido de modificar a condição jurídica da mulher casada, limitando as consequências do princípio da imunidade interconjugal. Em todo o caso, afastada a ideia da unidade, a justificação agora apresentada para manter alguma imunidade era a da exigência da tutela da harmonia familiar e da paz doméstica, que deviam prevalecer face às regras da responsabilidade civil. Nos E.U.A. só na última década do século XX o princípio da imunidade interconjugal em matéria de *personal torts* foi abolido em todos os estados.

Também nos ordenamentos jurídicos do sistema romano-germânico o princípio da imunidade interconjugal esteve presente durante um longo período de tempo. Porém, esta imunidade não resultava de uma corrente jurisprudencial que negava ao cônjuge lesado o direito ao ressarcimento dos danos, como no sistema da *common law*, mas pela ausência de decisões judiciais sobre a matéria²⁰. Entre nós, não pode dizer-se que a nossa jurisprudência ou doutrina tenha adoptado o princípio da imunidade por ilícitos comuns, mas o argumento da necessidade de manter a tranquilidade da vida familiar era utilizado.

Em todo o caso, o que é certo é que o princípio da imunidade acaba por ser afastado, acompanhando a evolução verificada dentro da própria família, onde as funções de cada um dos cônjuges não estão definidas e onde deixa de haver uma entidade dirigida pelo chefe de família para passar a assentar na igualdade dos cônjuges. Portanto, cada um dos cônjuges goza dentro da família de todas as prerrogativas que o ordenamento jurídico garante a cada sujeito. Nesse sentido, as normas que tutelam a pessoa, nomeadamente as da responsabilidade civil ou criminal, devem ser aplicadas no círculo familiar sem qualquer obstáculo. Não há, por isso, actualmente qualquer razão que legitime a derrogação do regime geral da responsabilidade civil.

Mas, o argumento da paz familiar que justificava a doutrina da imunidade relativamente aos ilícitos comuns, serviu para explicar a doutrina da fragilidade da garantia no domínio dos actos ilícitos específicos da relação matrimonial.

Como referimos, a doutrina tradicional excluía a aplicação das regras da responsabilidade civil no caso de violação dos direitos familiares pessoais. A principal razão incidia na atitude de retraimento do legislador

²⁰ V., ÂNGELA CERDEIRA, *ob. cit.*, pp. 32 e scgs., e JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, pp. 549 e scgs.

em face da família, a qual estaria desprotegida se os tribunais entrassem a regular os seus conflitos.

Contudo, a solução poderia ser diferente se fosse pedido o divórcio ou a separação de pessoas e bens, que faziam com que a essência ética do casamento, a defesa da paz familiar e o propósito de evitar uma excessiva intervenção do Estado na vida familiar²¹ perdessem importância²².

Mas, até à Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, que deu nova redacção ao art. 1792.º, o direito português, ao contrário de outras legislações²³,

²¹ Para uma análise das razões apresentadas para justificar a doutrina da fragilidade da garantia, v., JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, pp. 568 e segs.

²² V., PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família*, vol. I, Coimbra, Atlântida Editora, 1965, pp. 541-543, e "Divórcio e separação judicial de pessoas e bens na reforma do Código Civil", in AAVV, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, pp. 27-53, HEINRICH EWALD HÖRSTER, "A Respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges...", *loc. cit.*, pp. 113-124, e M. TEIXEIRA DE SOUSA, *O Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 123-125. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 156, não excluem mesmo a possibilidade de, independentemente de ter sido requerido o divórcio, se deduzir pedido de indemnização dos danos causados pela violação dos deveres conjugais. Neste sentido pronuncia-se também JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, pp. 708-714.

²³ É o caso do art. 151.º do Código Civil suíço: "1. O cônjuge inocente cujos interesses pecuniários, mesmo eventuais, forem comprometidos pelo divórcio tem direito a uma equitativa indemnização da parte do cônjuge culpado. 2. Se os factos que determinarem o divórcio ocasionarem um grave dano nos interesses pessoais do cônjuge inocente, o juiz pode conceder-lhe uma outra quantia a título de reparação moral". Ai se distingue, nos seus dois números, os danos causados pelo divórcio (n.º 1) e os danos resultantes dos factos que determinaram o divórcio (n.º 2).

Em Espanha, em Itália ou na Alemanha a lei não refere concretamente a possibilidade de responsabilidade civil por ilícito conjugal, mas têm-na admitido, ainda que, no caso alemão, a jurisprudência continue a defender que as regras da responsabilidade civil não devem aplicar-se aos cônjuges entre si (v., ÂNGELA CERDEIRA, *ob. cit.*, pp. 98-107, e JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, pp. 620 e segs.). O Código Civil francês, no seu art. 266.º, estabelece uma solução idêntica à anteriormente prevista no nosso art. 1792.º, mas abrange também os danos patrimoniais ("Quando o divórcio é decretado com base na culpa exclusiva de um dos cônjuges, pode este ser condenado em perdas e danos para reparação do prejuízo material ou moral que a dissolução do casamento causa ao outro cônjuge"). Em todo o caso, a interpretação restritiva que prevalece quanto a tais danos patrimoniais limita-os "à perda de uma oportunidade precisa de lucro na empresa do cônjuge" e às despesas excepcionais motivadas pela necessidade e mudança de residência" (JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 686). A nossa lei apenas admitia, no art. 1792.º, uma indemnização pelos danos não patrimoniais causados pelo próprio processo de divórcio, afastando qualquer indemnização, nesse campo, por danos patrimoniais. Em todo o caso, o regime da responsabilidade civil tem sido utilizado em França para sancionar a violação

não previa uma acção de responsabilidade civil especificamente pela violação dos deveres conjugais, mesmo depois de requerido o divórcio, limitando-se ao princípio geral disposto no art. 483.º, n.º 1, e à ainda defendida doutrina da fragilidade da garantia. A tutela jurídica exclusivamente familiar dos deveres conjugais pessoais resultava da regulamentação dos pressupostos e dos efeitos da dissolução do casamento por divórcio.

O art. 1779.º conferia a qualquer um dos cônjuges a faculdade de requerer o divórcio se o outro violasse culposamente os deveres conjugais. Esta espécie de divórcio litigioso, assente em causas subjectivas, era a forma de reagir ao incumprimento dos deveres conjugais.

No plano dos efeitos do divórcio (e da separação de pessoas e bens), a violação culposa dos deveres conjugais podia provocar efeitos desfavoráveis ao cônjuge culpado em matéria da partilha (art. 1790.º), de eficácia de liberalidades (art. 1791.º), de responsabilidade civil (art. 1792.º), etc. O nosso ordenamento jurídico, ao contrário do alemão, cujo regime jurídico do divórcio assenta no princípio da ruptura pura, dava posição relevante à culpa. No direito alemão o ilícito conjugal só releva para evitar uma ofensa grosseira dos princípios da equidade, em matéria de alimentos, da repartição dos ganhos patrimoniais imposta pelo regime da *Zugewinnngemeinschaft* e da compensação conexa com a pensão de reforma (*Versorgungsausgleich*). Mesmo entre os ordenamentos jurídicos que consideram o ilícito conjugal através de um sistema de declaração de culpa, como acontece nos direitos francês, espanhol e italiano, o nosso ordenamento jurídico dava especial destaque à culpa pela declaração do cônjuge culpado em qualquer situação de divórcio litigioso (mesmo que assentasse em causas objectivas – v., o art. 1787.º antes da sua revogação pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro).

Progressivamente a doutrina e a jurisprudência passaram a admitir que um dos cônjuges pudesse intentar uma acção de responsabilidade civil contra o outro cônjuge por violação dos deveres conjugais. De facto, os actos culposos que servem de fundamento ao divórcio, enquanto violam ou ofendem os direitos familiares pessoais do outro cônjuge, constituirão o seu autor numa obrigação de indemnizar por todos os prejuízos causados. Nesta obrigação de indemnizar é que estará, verdadeiramente, a sanção para o não cumprimento dos deveres matrimoniais, pois essa sanção não é o divórcio²⁴.

dos deveres conjugais, não sendo incompatível com a responsabilidade resultante do divórcio referida no art. 266.º do Código Civil francês.

²⁴ PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 155.

A consideração da essência ética do casamento, a defesa da paz familiar, a ideia de evitar uma excessiva intervenção do tribunal na vida familiar²⁵ não podem excluir a obrigação de indemnizar no caso de violação dos direitos familiares pessoais, sobretudo se o casamento já se dissolveu. Saliente-se que o cônjuge inocente deve poder pedir ao culpado uma indemnização quer pelos danos patrimoniais quer pelos não patrimoniais (art. 496.º); e quer pelos danos resultantes directamente dos factos que servem de fundamento ao divórcio quer pelos danos resultantes do próprio divórcio, e que são consequência indirecta daqueles factos.

Mesmo antes da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, o art. 1792.º já admitia que o cônjuge declarado único ou principal culpado no divórcio devia reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento (sofrimentos ocasionados pelo divórcio, desconsideração social...) ²⁶. Não previa era a possível indemnização resultante da violação dos deveres conjugais que eram causa do divórcio²⁷. Com efeito, a indemnização devida pela violação culposa dos deveres conjugais não pode ser confundida com a indemnização pelos danos morais causados pelo próprio divórcio (e actualmente ainda prevista no art. 1792.º, n.º 2).

Sempre se aceitou, como vimos, que a violação dos deveres conjugais pudesse implicar, ao mesmo tempo, uma violação de outro bem jurídico, como a violação de um direito de personalidade. Esta violação de um direito autónomo faria incorrer o lesante, o cônjuge faltoso, em responsabilidade civil e, se fosse caso disso, em responsabilidade penal, como acontece com lesões corporais, não obstante o carácter íntimo da vida familiar. Nestes casos, a fragilidade da garantia era contornada por força da sanção provocada pela violação simultânea de um outro direito subjectivo privado em relação ao qual a garantia funcionava.

²⁵ Razões que justificavam, ou podiam justificar, uma interpretação restritiva do art. 483.º, em termos de aí não se abrangerem os direitos familiares pessoais.

²⁶ Obrigação a indemnizar era e é também o cônjuge que pediu o divórcio com fundamento na al. c) do art. 1781.º, o que consubstancia um caso de responsabilidade civil por facto lícito.

Sobre a indemnização pelos danos não patrimoniais causados pelo divórcio à luz do regime jurídico anterior à Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, v., ÂNGELA CERDEIRA, "Reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio", in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 605 e segs.

²⁷ Nem estabelecia, como refere JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 659, qualquer forma de tutela compensatória oponível a um terceiro que tenha contribuído para o incumprimento ou para a impossibilidade de cumprimento dos deveres conjugais.

Todavia, na maioria dos casos, tal simultaneidade poderia não existir. Era aqui que se colocava a questão de saber se ao cônjuge lesado restava apenas como sanção o divórcio (ou separação de pessoas e bens). A garantia jurídica tipicamente familiar (pela dissolução do casamento) afastaria, assim, as regras gerais da responsabilidade civil²⁸.

Como se sabe, o divórcio não é concebido como sanção, mesmo antes da recente alteração legislativa ao regime jurídico do divórcio. A concepção do divórcio é, no essencial, a de um divórcio-remédio ou a de constatação da ruptura do casamento²⁹ [o que não excluía que pudesse haver efeitos menos favoráveis para o cônjuge culpado, a nível patrimonial (cfr. as anteriores redacções dos arts. 1790.º e 1791.º)].

Por outro lado, pese embora a sua natureza *sui generis*, os direitos familiares pessoais são direitos privados, o que significa que lhes subjaz o binómio liberdade/responsabilidade. Quem lesar o direito subjectivo de outrem responde pelos danos causados. Esta consequência da responsabilidade não pode ficar afastada pelo facto de o sujeito do direito e o sujeito do dever se encontrarem casados. Não é admissível que qualquer

²⁸ ÂNGELA CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges...*, cit., pp. 71-80, analisa também a possibilidade de aplicação das regras da responsabilidade pré-contratual (art. 227.º) quando da declaração de nulidade do casamento católico ou da anulação do casamento civil resultem prejuízos para o cônjuge de boa fé. Considera a autora que “a falta de correcção, honestidade e lealdade do comportamento de um dos nubentes na formação do contrato casamento, quando origine danos no outro contraente, deve constituir aquele em responsabilidade pré-contratual, independentemente da respectiva declaração judicial de invalidade”. A doutrina e jurisprudência estrangeiras, como a francesa, têm defendido a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil à invalidade do casamento. O art. 129.º do Código Civil italiano prevê mesmo que o cônjuge de boa fé, em consequência da nulidade do casamento, tenha direito a uma indemnização adequada.

Por outro lado, o facto de tradicionalmente se afastar a aplicação das regras da responsabilidade civil por violação dos deveres comuns, e apesar de a maioria dos deveres conjugais não poderem ser coercivamente impostos, a sua violação sempre foi objecto de outras sanções (civis ou penais). V., mesma autora e obra, pp. 86 e segs. A vertente sancionatória dos efeitos do divórcio é analisada pormenorizadamente por JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, pp. 620 e segs.

²⁹ No divórcio-remédio o divórcio é considerado um mal, mas necessário, como um remédio para uma situação matrimonial insustentável. Não pretende ser uma sanção para o cônjuge culpado mas um remédio para a crise conjugal. Na concepção do divórcio como simples constatação de ruptura do casamento este resulta da existência de uma situação de ruptura do casamento objectivamente considerada, independentemente da imputabilidade da situação a um ou outro dos cônjuges e independentemente de qualquer indagação de culpas.

dos cônjuges possa violar os seus deveres para com o outro sem vir a ser responsabilizado por isso.

Já em 1935, Adolfo Bravo³⁰ referia que se o cônjuge inocente sofreu, por culpa do outro, prejuízo diverso do que já lhe causara a ruptura do casamento e que a pensão alimentar teve por fim reparar, então pode também exigir a reparação civil de tal prejuízo, tendo o cônjuge vítima de um acto culposo o direito de exigir a respectiva indemnização. Lamentava-se, contudo, por nos nossos tribunais não ter soado ainda “a hora europeia da responsabilidade civil”.

Nada impede a aplicação dos meios comuns à tutela dos deveres conjugais pessoais, não podendo a celebração do casamento abrir um regime de excepção ao regime geral da responsabilidade civil. Assim, a tutela jus-familiar dos deveres conjugais é compatível com a responsabilidade civil comum³¹.

O art. 483.º não exclui até a possibilidade de, independentemente de ter sido requerido o divórcio ou a separação de pessoas e bens, se deduzir pedido de indemnização dos danos causados pela violação dos deveres do art. 1672.º. Contudo, a previsão legal da acção de responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais no art. 1792.º, na redacção dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, no domínio dos efeitos do divórcio, demonstra que o legislador prevê agora expressamente a possibilidade de uma indemnização ao cônjuge inocente pela violação dos deveres conjugais uma vez decretado o divórcio³².

³⁰ ADOLFO BRAVO, “Carácter da pensão alimentar, e perdas e danos, em caso de divórcio”, *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 48.º, n.º 20, 1935, pp. 305-309.

³¹ V., JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, pp. 677-692.

³² A possibilidade de deduzir um pedido de indemnização independentemente do processo de divórcio era defendida, como já referimos, por PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 156, que, todavia, afirmavam que a situação não se verificará na prática, pois mal se imagina que um dos cônjuges não queira divorciar-se nem separar-se do outro e pretenda obter dele uma indemnização desses danos. Será, eventualmente, nesta impossibilidade prática que radicará, de alguma forma, a fragilidade da garantia dos direitos familiares pessoais.

Aquela era também a posição da nossa jurisprudência.

De referir o acórdão do S.T.J., de 13.03.1985 (*B.M.J.*, n.º 345.º, 1985, p. 414), onde se afirma que o art. 1792.º compreende unicamente os danos não patrimoniais causados pelo próprio divórcio, devendo o respectivo pedido de indemnização ser obrigatoriamente formulado na acção de divórcio. Os danos ocasionados directamente pelos factos em que se fundamenta o divórcio, sejam de natureza patrimonial ou não, podem dar lugar à obrigação de indemnizar, nos termos do art. 483.º, devendo a indemnização ser solicitada em processo comum de declaração. Aqui se refere ainda que, mesmo antes

do art. 1792.º, a doutrina nacional defendeu que, para além dos alimentos, e a coberto do princípio geral correspondente ao actual art. 483.º, o cônjuge culpado do divórcio podia ser compelido a indemnizar o outro dos danos morais e patrimoniais causados, visto os actos culposos que servem de fundamento ao divórcio ofenderem os direitos familiares pessoais do cônjuge inocente. Seria nesta obrigação de indemnizar que estaria, verdadeiramente, a sanção para o não cumprimento dos deveres matrimoniais. Assim, a reparação dos danos directos ocasionados pelos factos que determinaram o divórcio não se enquadra na previsão legal do art. 1792.º, mas tão-só na do art. 483.º.

No mesmo sentido, devem referir-se os acórdãos do S.T.J., de 18.02.1986 (*B.M.J.*, n.º 354.º, 1986, p. 567), de 23.03.1988 (*B.M.J.*, n.º 375.º, 1988, p. 390 – *I. O art. 1792.º do Código Civil apenas prevê a reparação dos danos não patrimoniais causados pelo próprio divórcio, excluindo todos aqueles que hajam sido causados por factos anteriores ao divórcio, designadamente pelos factos que lhe serviram de fundamento. II. A reparação dos danos causados por factos anteriores ao divórcio, ou pelos factos que lhe serviram de fundamento, apenas pode ser exigida em processo comum de declaração e com base nas regras da responsabilidade civil – art. 483.º*). Daqui se conclui que o art. 1792.º apenas compreende os danos não patrimoniais causados pelo próprio divórcio, sem prejuízo de os demais poderem ser reparados em processo comum de declaração e com fundamento na responsabilidade civil a que se reporta o art. 483.º), de 15.06.1993 (*Col. Jurisp.*, tomo 2, 1993, p. 154 – *I. O cônjuge declarado único ou principal culpado deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento, devendo o pedido indemnizatório ser deduzido na própria acção de divórcio. II. Os danos patrimoniais ou não patrimoniais emergentes dos factos causais do divórcio são indemnizáveis nos termos gerais (arts. 483.º e segs.), mas através de processo comum e nunca na própria acção de divórcio*), e de 28.05.1998 (*B.M.J.*, n.º 477.º, 1998, p. 518 – *I. O art. 1792.º do Cód. Civil contempla apenas os danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento, dele ficando, portanto, excluídos os danos desse tipo resultantes dos factos que alicerçam tal dissolução (...)*).

Todos estes acórdãos abordam a questão da eventual responsabilidade civil de um dos cônjuges para com o outro, por violação dos direitos familiares pessoais, no contexto de uma acção de divórcio e conexcionada com o campo de aplicação do art. 1792.º.

O acórdão do S.T.J., de 26.06.1991 (*B.M.J.*, n.º 408.º, 1991, p. 538), debruça-se sobre a reparação dos danos causados pelos factos fundamento do divórcio, por si só, ainda que no âmbito da ressarcibilidade dos danos morais. A reparação dos danos não patrimoniais foi posta em dúvida quanto aos direitos familiares pessoais, por se considerar que a violação desses direitos acarreta sanções de outra ordem. Todavia, neste acórdão determina-se que a violação dos deveres conjugais por parte de um dos cônjuges (no caso em análise o cônjuge culpado era o marido, pela violação dos deveres de respeito e coabitação) provoca sofrimento, dor e, muitas vezes, traumatismos prolongados. Esta dor e sofrimento, dos mais sensíveis porque ligados à dignidade intrínseca do ser humano, constituem danos não patrimoniais e são indemnizáveis, nos termos dos arts. 483.º e 496.º. Foi, assim, em acção autónoma, concedida uma indemnização pelos danos resultantes da violação dos deveres conjugais (neste caso, danos não patrimoniais). Em anotação a este acórdão pode mesmo ler-se que “pode considerar-se pacífica a jurisprudência do STJ que distingue os danos não patrimoniais causados pelo próprio divórcio, a que

A Lei n.º 61/008, de 31 de Outubro, trouxe importantes alterações no regime jurídico do divórcio³³.

O divórcio com fundamento na violação culposa dos deveres conjugais, nos termos do art. 1779.º vigente até à Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, deixa de existir. A clássica forma de divórcio-sanção tem sido sistematicamente abandonada nos países europeus por ser, em si mesma, fonte de agravamento de conflitos anteriores, com prejuízo para os ex-cônjuges e para os filhos. Entende-se que o divórcio não deve ser uma sanção. O cônjuge que quiser divorciar-se e não conseguir atingir um acordo para a dissolução, terá de seguir o caminho do chamado “divórcio

alude o art. 1792.º do Código Civil, pedidos obrigatoriamente na acção de divórcio, e os danos patrimoniais e não patrimoniais, ocasionados directamente pelos factos em que se fundamenta o divórcio”, os quais dão lugar à obrigação de indemnizar nos termos gerais dos arts. 483.º e segs.

De igual modo, como referimos, pronunciavam-se as Relações sobre a matéria em análise. Cfr., entre outros, os acórdãos da RP, de 07.02.1980 (*Col. Jurisp.*, tomo 1, 1980, p. 29); de 31.07.1980 (*B.M.J.*, n.º 303.º, 1981, p. 271), de 20.10.1988 (*Col. Jurisp.*, tomo 4, 1988, p. 201 – que, tal como o acórdão do STJ, de 26.06.1991 (*loc. cit.*), também atribuiu, em acção autónoma à de divórcio, uma indemnização pela violação dos deveres conjugais. Com efeito, aí se estipula que a indemnização pelo dano moral resultante do divórcio deve pedir-se na acção de divórcio (art. 1792.º). Mas a indemnização pelos danos patrimoniais resultantes da conduta ilícita do ex-cônjuge, mesmo que tal conduta tenha sido o fundamento do divórcio, deve ser pedida em acção comum. Uma coisa é a indemnização pela dissolução do casamento e outra, bem diferente, é a indemnização devida, nos termos gerais, pelos fundamentos dessa dissolução), e de 08.03.1999 (*Col. Jurisp.*, tomo 2, 1999, p.176), da RC, de 04.04.1995 (*B.M.J.*, n.º 446.º, 1995, p. 361), etc.

Podemos, da análise da jurisprudência abordada, concluir que, tal como certa doutrina, também os nossos tribunais admitiam acções de responsabilidade civil, nos termos dos arts. 483.º e segs., por violação dos direitos familiares pessoais, afastando-se da doutrina tradicional da fragilidade da garantia. Não obstante, não deixa de ser curioso que, muito embora esta conclusão decorra das decisões dos nossos tribunais, pouca jurisprudência [de referir os acórdãos do STJ, de 26.06.1991 (*loc. cit.*) e da RP, de 20.10.1988 (*loc. cit.*)] se encontrava que, em acção autónoma à acção de divórcio, concedesse uma indemnização por violação dos deveres conjugais que fundamentasse o pedido de divórcio, eventualmente, porque, uma vez obtido o divórcio, o cônjuge inocente ou menos culpado, sentindo-se desvinculado da ligação matrimonial, não tinha disposição e vontade (e até interesse) em propor, em acção autónoma, um pedido de indemnização, perdendo tempo, despendendo meios financeiros e energias pessoais numa nova acção judicial... É isto que a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, vem expressamente consagrar.

³³ Para uma análise desta lei v., CRISTINA M. ARAÚJO DIAS, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro)*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, e RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais – Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2009.

ruptura”, por causas objectivas. O divórcio assume-se, e bem, claramente como constatação da ruptura do casamento.

Por outro lado, não é só quanto às causas do divórcio que desaparece a culpa. Ao contrário do que acontecia anteriormente, o juiz nunca procurará determinar e graduar a culpa para aplicar sanções patrimoniais; afastam-se agora também estas sanções patrimoniais acessórias. As discussões sobre a culpa, e também sobre danos provocados por actos ilícitos, ficam alheias ao processo de divórcio. O que não quer dizer que as mesmas não sejam discutidas em processo autónomo. Aliás, e continuando a lei a prever os deveres conjugais nos arts. 1672.º e segs., e para evitar situações de injustiça, está prevista nas consequências do divórcio a reparação de danos, bem como a existência de créditos de compensação quando houver manifesta desigualdade de contributos dos cônjuges para os encargos da vida familiar.

Com efeito, o cônjuge que se sinta lesado e que pretenda requerer uma indemnização terá de provar o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil (arts. 483.º e segs.) em acção autónoma. Pode agora o cônjuge lesado (e aqui há uma referência a uma existência de danos com culpa do outro cônjuge) requerer, nos termos gerais da responsabilidade civil e não na acção de divórcio, a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge (art. 1792.º, n.º 1). Na acção de divórcio são apenas requeridos os danos não patrimoniais causados ao cônjuge pela dissolução do casamento requerida pelo outro cônjuge por alteração das faculdades mentais daquele (arts. 1792.º, n.º 2, e 1781.º, al. b)). Ao admitir a possibilidade de um cônjuge intentar uma acção de responsabilidade civil contra o outro afastam-se, por designação expressa da lei, os resquícios ainda existentes da teoria da fragilidade da garantia, admitindo o funcionamento das regras da responsabilidade civil por incumprimento dos deveres conjugais.

III. Responsabilidade civil entre os cônjuges no domínio das relações patrimoniais – manutenção da irresponsabilidade

O problema da responsabilidade civil entre os cônjuges coloca-se também ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento.

No âmbito da administração dos bens do casal e da sua disposição podem surgir danos. O cônjuge que causou o dano será responsável perante o outro?

1. *A administração dos bens e a responsabilidade civil*

O art. 1681.º, n.º 1, consagra o princípio da irresponsabilidade do cônjuge administrador.

O cônjuge que administra bens comuns ou próprios do outro beneficia de um estatuto especial, não sendo equiparado aos restantes administradores de bens alheios. Em princípio, o cônjuge administrador não é obrigado a prestar contas, como sucede com a generalidade dos administradores de bens alheios (cfr. os arts. 465.º, al. c), 1161.º, al. d)...), nem será formalmente obrigado a prestar informações ou a comunicar a execução dos seus actos, à semelhança do que ocorre com o mandatário (art. 1161.º, als. b) e c)), conquanto não possa, por força do dever recíproco de cooperação, deixar de prestar ao seu consorte as informações que este justificadamente pretenda obter sobre a gestão dos bens.

Só poderá ser exigida prestação de contas da administração dos bens do casal depois de dissolvido o casamento ou da separação de pessoas e bens, e só em relação ao tempo posterior ao divórcio ou separação³⁴, ou seja, tendo-se por terminada a sociedade conjugal na data da propositura da acção de divórcio (art. 1789.º, n.º 1), o cônjuge não administrador pode exigir do outro, administrador de facto ou de direito, a prestação de contas desde a propositura da acção³⁵.

No decurso do casamento, o cônjuge administrador só responde pelos prejuízos resultantes de actos intencionalmente praticados em prejuízo do casal ou do outro cônjuge³⁶.

Já no Código Civil de 1867 o cônjuge administrador só era responsável pelos actos de administração que fossem praticados intencionalmente em prejuízo do outro cônjuge.

Duas ordens de razões justificam o estatuto especial do cônjuge administrador, no que respeita à sua responsabilidade. Por um lado, tomam-se em conta as graves perturbações que as acções de indemnização de um dos cônjuges contra o outro, facilitadas pela obrigação periódica da prestação de contas, podem causar nas suas relações pessoais, em prejuízo da estabilidade familiar. De facto, as acções de indemnização

³⁴ V., o ac. da RL, de 22.05.1968 (*Jurisp. Rel.*, ano 14.º, 1968, p. 565).

³⁵ V., o ac. da RC, de 25.10.1994 (*Col. Jurisp.*, tomo 4, 1994, p. 45).

³⁶ V., o ac. do STJ, de 17.11.1994 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo 3, 1994, p. 148), onde expressamente se refere que o administrador de bens comuns ou próprios do outro cônjuge está isento de prestação de contas, só respondendo pelos prejuízos quando a sua actuação seja intencional.

podem perturbar seriamente as relações entre os cônjuges e há todo o interesse em salvaguardar essas relações no interesse da sociedade familiar. Facilmente podem converter-se numa devassa à vida conjugal, cuja intimidade a lei procurou acautelar. Só nos casos mais nítidos de actuação prejudicial do cônjuge administrador se deve conceder ao lesado o direito a uma indemnização.

Por outro lado, não se considera razoável aplicar a uma gestão tão complexa como a do cônjuge administrador, chamado a resolver simultaneamente assuntos pessoais e patrimoniais, os padrões normais de julgamento da administração isolada de bens alheios.

Por tudo isso, o art. 1681.º, n.º 1, consagra o princípio da irresponsabilidade do cônjuge administrador.

Mas então quais as consequências de o cônjuge praticar actos de má administração ou ruinosos, que afectam o património comum ou de qualquer um dos cônjuges em prejuízo da família?

Como já vimos, não sendo obrigado a prestar contas, o cônjuge administrador é responsável pelos actos praticados intencionalmente em prejuízo do casal ou do outro cônjuge. Procurou-se perseguir a prática de actos nocivos deliberados, estabelecendo-se protecção contra uma atitude positiva (praticar actos). O administrador pode constituir-se em responsabilidade civil para com o outro nos termos do art. 1681.º, n.º 1, 2.ª parte. Assim, é indispensável que se tenha verificado um acto prejudicial. Mas este será insuficiente se não coexistir com ele o dolo, o elemento intencional, que consistirá na intenção, por parte do cônjuge administrador, de diminuir ou de suprimir a parte que o outro cônjuge tem nos bens do casal, isto é, de despojar voluntariamente o outro cônjuge duma parte dos bens comuns ou dos seus próprios bens.

As palavras da lei não consentem explicitamente a inclusão no art. 1681.º das omissões dolosas (e a hipótese pode, até, verificar-se com mais frequência do que a prática efectiva de actos de administração ruinosos), pois fala em “actos praticados”³⁷.

³⁷ Cfr. BRAGA DA CRUZ, “Capacidade patrimonial dos cônjuges. Anteprojecto de um título do futuro Código Civil (articulado e exposição dos motivos)”, *BMJ*, n.º 69.º, 1957, pp. 367 e 368, que refere que o art. 1681.º não pode aplicar-se, sem mais, ao caso das simples abstenções. Cfr. também, no mesmo sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 296.

A possibilidade de responsabilizar o cônjuge administrador pelos actos fraudulentos, nos termos do art. 1421.º, 1.º, do Código Civil francês, inclui também as abstenções que

Todavia, o que a lei persegue é a lesão do património comum ou do cônjuge não administrador e o administrador também causa prejuízo a esses quando deliberadamente o não defende. Respeitar-se-ia, assim, o princípio geral em matéria de responsabilidade civil do art. 486.º. De qualquer forma, só poderia responsabilizar-se o cônjuge administrador pelas omissões intencionais provando-se a sua intenção dolosa (o que será muito difícil). De facto, seria muito difícil avaliar se elas teriam resultado de intenção malévola ou simples desleixo, bem como seria difícil confirmar que a prática do acto omitido teria evitado danos ou teria produzido vantagens. Como referia Braga da Cruz, a relevância das omissões intencionais seria “uma terrível fonte de dificuldades, de incertezas, e de injustiças”³⁸. Por seu lado, A. Lopes Cardoso, atendendo à intenção legal de proteger o património comum ou o património próprio do outro cônjuge, considerou um atentado ao espírito da lei ilibar o administrador de responsabilidade nos casos em que, p. ex., o administrador omite obras indispensáveis, o protesto de uma letra ou a interrupção de uma prescrição, ou deixa de administrar o estabelecimento do casal, invocando a regra geral do art. 486.³⁹

Braga da Cruz tinha proposto, numa altura em que o marido era o administrador dos bens do casal, que o dono do bem pudesse ser autorizado a praticar o acto que o administrador estava a omitir, mas o regime não foi consagrado⁴⁰. É evidente que hoje poderia o mesmo ter algum interesse quando um cônjuge administra bens do outro por força da lei (art. 1678.º, n.º 2). Defendemos, portanto, que o cônjuge administrador deverá ser responsável também pelas omissões intencionais que geraram danos, dado que o prejuízo ao património comum ou ao património próprio do outro cônjuge pode resultar não só de acções como também de omissões. Outra questão será o problema da prova, como já referimos: não será fácil provar a intenção dolosa do cônjuge administrador. Mas a dificuldade da prova não deve afastar o princípio da responsabilidade nesses casos.

implicaram um empobrecimento nos bens comuns (v., FLOUR/CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Armand Colin, 1995, p. 307).

³⁸ BRAGA DA CRUZ, *loc. cit.*, p. 368.

³⁹ A. LOPES CARDOSO, *A Administração dos Bens do Casal*, Coimbra, Almedina, 1973, pp. 300-302.

⁴⁰ BRAGA DA CRUZ, *loc. cit.*, p. 368.

O cônjuge pode recorrer ao meio de defesa do art. 1681.º, preenchidos os seus pressupostos, mesmo no decurso do casamento⁴¹. Aliás, a possibilidade de acções de um cônjuge contra o outro decorre também do art. 1684.º, n.º 3, ou do art. 1687.º. É evidente que se o cônjuge pretende propor uma acção de indemnização contra o outro não andarão longe de requerer a separação ou o divórcio. Porém, para A. Lopes Cardoso, já não será possível ao cônjuge lesado obter o pagamento da indemnização, a execução da sentença, enquanto não chegar o momento da partilha da comunhão. Isto pois o direito obtido pela sentença traduz-se num crédito sobre o outro cônjuge, cujo pagamento será feito preferentemente pela meação do infractor nos bens comuns do casal e só na sua falta ou insuficiência pelos bens próprios dele (art. 1689.º, n.º 3)⁴². Só em parte concordamos com o entendimento deste autor. De facto, só assim será se o prejuízo se deu no património comum, e considerarmos a indemnização daí resultante um bem comum, situação em que, efectivamente, teremos um restabelecimento dos bens comuns nos termos referidos, a que devemos acrescentar o art. 1689.º, n.º 1⁴³. Porém, se se trata de meros créditos entre os cônjuges (se o prejuízo se deu no património próprio do cônjuge lesado), sem interferência do património comum, nada obsta à sua exigibilidade no decurso da comunhão, a suportar pelos bens próprios

⁴¹ A. COLOMER, *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, 10.ª ed., Paris, Litec, 2000, pp. 237 e 238, e CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 9.ª ed., Paris, PUF, 1997, pp. 349 e 350.

⁴² A. LOPES CARDOSO, *ob. cit.*, pp. 299 e 300.

⁴³ Tal como defende parte da doutrina francesa que entende que, tratando-se de um crédito do património comum, a situação deverá integrar a conta de compensações ou, em todo o caso, só poderá ser exigido no fim do regime matrimonial (V., p. ex., A. COLOMER, *ob. cit.*, p. 245). Esta doutrina defende que o crédito resultante da responsabilidade por actos faltosos do cônjuge administrador é sempre comum, dado que o prejuízo ocorre na administração dos bens comuns. Analisa-se, porém, a questão ao abrigo do art. 1421.º do Código Civil francês onde efectivamente o que está em causa é a administração de bens comuns. Ora, à luz do nosso art. 1681.º pode tratar-se da administração de bens comuns ou de bens próprios do cônjuge. Por isso, entendemos ser de diferenciar as situações. Em sentido diferente, v., PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 380. No direito italiano, a indemnização a que um cônjuge está sujeito face ao outro, para efeitos do art. 184.º, 3.º, do Código Civil italiano, é entendida estar sujeita à norma das compensações (art. 192.º, 4.º, do Código Civil italiano), ou seja, só será paga no momento da dissolução, salvo se o tribunal entender que o interesse da família exige o seu pagamento antecipado (A. Galasso, *Regime patrimoniale della famiglia. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, sob a direcção de Francesco Galgano, tomo I, Bologna, Zanichelli Editore, 2003, p. 381).

do cônjuge administrador⁴⁴. A única razão seria a da não intromissão alheia na vida familiar. Mas esta existe, como vimos, noutros casos (arts. 1684.º, 1687.º, e 1767.º), pelo que, por si só, não é razão suficiente para afastar essa possibilidade no decurso do casamento.

A mais drástica medida, e praticamente a única, que o cônjuge não administrador pode tomar contra o que administra mal, no decurso da vida conjugal, é a simples separação judicial de bens⁴⁵. De facto, a limitação estabelecida no art. 1681.º às regras gerais da responsabilidade civil, em nome do interesse superior da paz conjugal e da harmonia familiar, não impede que qualquer dos cônjuges possa reagir contra a má administração do outro, quando esta seja de tal modo grave e persistente que ponha em risco a conservação do seu património (art. 1767.º). Mas esta solução só é viável se preencher os pressupostos do art. 1767.º, ou seja, estar o cônjuge não administrador em risco de perder o que é seu, e este perigo derivar somente da má administração do outro, pautada pela diligência de um homem normal, de um bom pai de família (o que nem sempre será fácil)⁴⁶.

⁴⁴ V., a propósito das compensações, a distinção entre créditos e compensações, e a razão do diferimento de apenas estas para o momento da partilha. Cristina M. A. Dias, *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal (da correcção do regime actual)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, *passim*.

⁴⁵ Cfr., a este propósito, o ac. do STJ, de 22.07.1975 (*BMJ*, n.º 249.º, 1975, p. 451), que refere que o art. 1681.º, n.º 1, 2.ª parte, estabeleceu uma limitação à irresponsabilidade do cônjuge administrador, determinada com base no interesse superior da paz conjugal e da harmonia familiar, mas qualquer um dos cônjuges pode reagir contra a má administração do outro, quando esta seja de tal modo grave que ponha em risco a conservação do seu património. Neste caso, haverá recurso à simples separação judicial de bens, com fundamento na má administração do outro cônjuge e no perigo de, por virtude dela, o requerente perder o que é seu (art. 1767.º). Também o ac. da RL, de 22.05.1968 (*loc. cit.*), ainda que à luz da redacção do art. 1681.º anterior à Reforma de 1977, estabeleceu que dentro da sociedade conjugal a má administração de bens, ou perigo da sua perda, só encontra defesa numa separação de pessoas e bens ou numa dissolução do vínculo conjugal, se for caso disso.

No caso do regime de participação nos adquiridos, a disposição do art. 1580.º do Código Civil francês prevê a liquidação antecipada do crédito de participação (seguindo as regras da separação judicial de bens e passando a vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens), no caso de má administração de um cônjuge (v., A. COLOMER, *ob. cit.*, p. 576).

⁴⁶ Sobre estes pressupostos, v., PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, pp. 555 e 556.

Os efeitos da sentença de simples separação judicial de bens consistem, como se sabe, na alteração do regime de bens que vigorava no casamento, passando a ser o da separação, procedendo-se à partilha como se o casamento tivesse sido dissolvido (cfr. os arts. 1715.º, n.º 1, al. b), e 1770.º). Quer isto dizer que o processo de simples separação judicial de bens não é possível quando já vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens. Nesta hipótese, o que poderá ocorrer é um cônjuge ter passado a administrar de facto o património do outro. Aqui haverá a possibilidade de defesa prevista no n.º 3 do art. 1681.º.

Tudo visto, parece-nos que esta solução (simples separação judicial de bens), em termos de sanção, é quase nada⁴⁷. Aliás, não se compreende a razão pela qual, ainda hoje, se mantém o princípio da irresponsabilidade do cônjuge administrador, dadas as razões apresentadas não terem muito fundamento. De facto, a existência de acções de um cônjuge contra o outro é admitida, como referimos, nos arts. 1684.º e 1687.º e o legislador não deixou de considerar, no decurso do casamento, e pelas razões invocadas, o suprimento judicial do consentimento ou a possibilidade de anulação de certos actos. Além disso, mesmo que o que se pretendesse fosse evitar os litígios entre os cônjuges com prejuízo da harmonia familiar, bastaria diferir o pagamento das indemnizações para o momento da partilha, e não excluir à partida a responsabilidade do cônjuge administrador. Como refere Heinrich E. Hörster, “seria extremamente desejável fortalecer o princípio da responsabilidade por meio de um preceito legal que, à semelhança do art. 1897.º, dissesse: “Os cônjuges devem administrar os bens comuns ou os bens próprios do outro com o mesmo cuidado com que administram os seus bens próprios””⁴⁸.

⁴⁷ Neste sentido, A. LOPES CARDOSO, *ob. cit.*, pp. 313-315, e HEINRICH EWALD HÖRSTER, “A Respeito da Responsabilidade Civil...”, *loc. cit.*, p. 118. Como escrevem PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, pp. 380 e 381, o regime da simples separação judicial de bens já teve importância maior do que tem hoje. De facto, até à Reforma de 1977, o marido era o único administrador dos bens do casal, incluindo os da mulher. Com um regime de administração menos severo que o actual e onde o marido tinha legitimidade para alienar livremente os bens móveis da mulher que administrava, os maridos estavam em condições de causar danos no património das mulheres que, assim, tinham interesse em recorrer à simples separação de bens. Hoje, com uma distribuição igualitária dos poderes de administração e com uma responsabilização um pouco mais severa pela má administração, o regime do art. 1767.º perdeu alguma utilidade.

⁴⁸ HEINRICH EWALD HÖRSTER, “A Respeito da Responsabilidade Civil...”, *loc. cit.*, p. 123.

Os n.ºs 2 e 3 do art. 1681.º apresentam duas excepções à regra da irresponsabilidade consagrada no n.º 1, introduzidas pela reforma do Código Civil de 1977⁴⁹.

Abriu-se, com a al. g) do n.º 2 do art. 1678.º e com os n.ºs 2 e 3 do art. 1681.º, uma brecha importante na tradicional irresponsabilidade do cônjuge administrador, determinando a aplicação das regras do mandato, o que implicará uma obrigação de prestação de contas e responsabilização nos termos gerais do cônjuge mandatário. A ideia é de responsabilizar quem administra bens alheios.

A regra da irresponsabilidade não é aplicável quando a administração se funde em mandato, pois aí aplicar-se-ão as regras próprias deste contrato, nomeadamente a regra da al. d) do art. 1161.º, a qual implica a obrigação de prestar contas. No entanto, e nos termos do n.º 2 do art. 1681.º, salvo se outra coisa tiver sido estipulada, só há que prestar contas relativamente aos últimos cinco anos, em relação ao momento em que elas forem exigidas. É que, se se pretendeu reconduzir o mandatário à posição de um administrador vulgar, sem as prerrogativas de um administrador de bens do casal, já se entendeu que, em todo o caso, o ambiente normal de confiança entre os cônjuges permite estabelecer algumas restrições à obrigação normal de prestar contas, sem as quais a posição do administrador se poderia tornar excessivamente onerosa. O cônjuge administrador não terá, em princípio, uma contabilidade organizada de tal modo que a qualquer momento possa mostrá-la. Uma exigência de prestação de contas de muitos anos anteriores poderia colocá-lo na impossibilidade de cumprir. Por outro lado, tal regime não prejudica o outro cônjuge, já que este pode pedir a prestação de contas, se o entender, de cinco em cinco anos, vendo o seu interesse satisfeito⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. o ac. da RL, de 31.10.1996 (*BMJ*, n.º 460.º, 1996, p. 790), no sentido de que a lei não contempla a dispensa de prestação de contas por parte do cônjuge administrador fora do n.º 1 do art. 1681.º, designadamente nos seus n.ºs 2 e 3.

A Reforma de 1965 do Código Civil francês conduziu também à aplicação das regras do mandato, e à prestação de contas do mandatário, no caso de um cônjuge conferir mandato ao outro para administração ou disposição (v., os arts. 1431.º, 1432.º, 1539.º, e 1540.º do Código Civil francês).

⁵⁰ Estas limitações no caso de concessão de mandato tácito a um cônjuge para a administração de bens próprios do outro resultam também dos arts. 1432.º, 2.º, e 1540.º, 2.º, do Código Civil francês, e 1467.º do Cód. Civil belga. O direito italiano, no art. 217.º do Código Civil italiano, estabelece também limitações no caso de mandato conferido ao cônjuge. De facto, pode estabelecer-se a exclusão da obrigação de prestar contas. Também o art. 1439.º do Código Civil espanhol prevê a concessão de mandato ao

Pode acontecer que um dos cônjuges pratique actos de administração, mais ou menos continuamente, sem poderes. A situação está prevista no n.º 3 do art. 1681.º. A lei manda aplicar as regras do mandato se a administração se processa com conhecimento e sem oposição expressa do outro cônjuge. Tudo se passa como se houvesse um mandato tácito ou, até, aparente (ainda que seja difícil determinar-lhe os contornos)⁵¹. Mas se o outro cônjuge se vier opor, nesse caso são aplicáveis as disposições sobre a posse de má fé. Ou seja, o administrador responde pela perda da coisa mesmo que tenha agido sem culpa (art. 1269.º), deve restituir os frutos que não colheu mas que um proprietário diligente poderia ter obtido (art. 1271.º) e perde, em qualquer caso, as benfeitorias voluptuárias que tenha feito (art. 1275.º, n.º 2)⁵². Exige-se, contudo, uma oposição expressa, não bastando, portanto, uma mera oposição tácita, por factos de onde ela se deduza.

Face ao regime do art. 1681.º há várias situações de lesão ou de perigo para o património do outro cônjuge e para o património comum que carecem de tutela legal e intervenção judicial⁵³, como, p. ex., o de um cônjuge se desinteressar da administração do estabelecimento, próprio ou comum, deixando de pagar os salários, os fornecimentos, e de cobrar os créditos, privando o património comum dos rendimentos da exploração e, eventualmente, colocando-se na impossibilidade de contribuir para os encargos da vida familiar. Nesta situação, o outro cônjuge teria um legítimo interesse em assumir a administração do estabelecimento ou em pretender nomear um terceiro como administrador, mas os arts. 1678.º,

cônjuge para administrar os bens próprios do outro, ficando aquele sujeito às obrigações do mandatário, nomeadamente, a de prestação de contas. Porém, a lei ressalva a prestação de contas relativas aos frutos percebidos e já consumidos, salvo se se demonstrar que foram utilizados com fim diferente ao da satisfação dos encargos familiares. Baseando-se a exclusão na presunção de que os frutos são consumidos com essa finalidade, se ela falha então manter-se-á a obrigação de prestação de contas dos mesmos (L. DIEZ-PICAZO/A. GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, vol. IV, 9.ª ed., Madrid, Tecnos, 2004, p. 218).

⁵¹ É a também designada administração de facto.

Sobre a distinção entre mandato expresso, tácito e aparente v., CRISTINA M. A. DIAS, "Do Mandato na Administração dos Bens do Casal (uma análise dos artigos 1678.º, n.º 2, al. g), e 1681.º, n.ºs 2 e 3, do Código Civil)", *Scientia Juridica*, tomo L, 2001, pp. 200-202.

⁵² Idêntica solução decorre dos arts. 1432.º e 1540.º do Código Civil francês, nos regimes de comunhão e de separação, respectivamente, quando um dos cônjuges administra bens próprios do outro com oposição deste.

⁵³ Seguimos aqui o entendimento de PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 381.

n.º 2, al. f), e 1679.º não o permitem. O mesmo poderá dizer-se quanto a movimentos injustificados e prejudiciais feitos por um dos cônjuges, titular de uma conta solidária. O direito vigente não permite obter uma ordem judicial que bloqueie a conta e imponha até a restituição dos livros de cheques detidos pelo infractor⁵⁴. Por isso, seria de toda a utilidade uma disposição semelhante à proposta por Braga da Cruz quanto à introdução legislativa da possibilidade de, na falta de actuação do cônjuge administrador, poder o outro cônjuge praticar o acto em causa.

O nosso legislador regulou a situação normal da vida familiar, mas não previu eventuais medidas de regulação das situações de crise, fazendo prevalecer a teoria da fragilidade da garantia e a não intromissão do tribunal na vida familiar.

2. *A disposição de bens (móveis e imóveis) e a responsabilidade civil*

A fragilidade da garantia faz-se também sentir no âmbito dos negócios de disposição.

Tratando-se de bens móveis rege o art. 1682.º, valendo a regra de que quem administra pode dispor. Só nos casos contemplados no n.º 3 do mesmo artigo se exige o consentimento de ambos os cônjuges. Se não houver consentimento o negócio é anulável (art. 1687.º, n.º 1).

Poderia pensar-se que esta solução da anulabilidade defende os interesses do cônjuge preterido de forma satisfatória. Todavia, deparamo-nos aqui com o n.º 3 do art. 1687.º, nos termos do qual, tratando-se de alienação ou oneração de móvel não sujeito a registo feita por um dos cônjuges sem o consentimento do outro, quando é preciso o consentimento de ambos, a anulabilidade não poderá ser oposta ao adquirente de boa fé⁵⁵.

⁵⁴ Possibilidade que pode obter-se, no direito francês, se estiver em causa o interesse da família (art. 220.º-1 do Código Civil francês).

Fixando o art. 1385.º do Código Civil espanhol a livre disponibilidade de contas bancárias pelo cônjuge titular independentemente da qualidade dos fundos aí depositados, Lacruz Berdejo, "El régimen económico del matrimonio", in AAVV, *La reforma del derecho de familia. Matrimonio, separación, divorcio, régimen económico matrimonial, filiación y patria potestad*, Jornadas hispalenses sobre la reforma del derecho de familia, Sevilla, Imprenta Sevillana, 1982, p. 126, admite que o cônjuge do depositante possa requerer judicialmente um bloqueio da conta em causa quando justificadamente reclame esses fundos para a comunhão.

⁵⁵ A boa fé do terceiro pode consistir na ignorância da necessidade do consentimento, no desconhecimento de que o disponente era casado, na convicção desculpável de que o outro cônjuge dera o seu consentimento, etc.

Quer isto dizer que o cônjuge cujo consentimento faltou não só não possui legitimidade para anular o acto praticado pelo outro, de modo que a posição do adquirente de boa fé fique protegida, como também não dispõe de meio algum, salvo a simples separação judicial de bens, para responsabilizar o outro pelos prejuízos que lhe causou. Parece-nos que é aqui possível, a par da acção de anulação do negócio, a existência de uma acção ressarcitória destinada a reparar a desvalorização provocada no património em causa, em resultado do contrato inválido.

Este resultado é de estranhar quando comparado com o n.º 4, onde a lei reage contra a diminuição dos bens do outro cônjuge ao dizer que “à alienação ou oneração de bens próprios do outro cônjuge, feita sem legitimidade, são aplicáveis as regras relativas à alienação de coisa alheia”. Aqui, apesar do vínculo conjugal existente entre o cônjuge alienante e o cônjuge ofendido, a lei não hesitou em mandar explicitamente aplicar as regras correspondentes à alienação de coisa alheia (arts. 892.º e segs.). Por isso, quanto a estes bens, não resta dúvida de que a sua alienação é nula (art. 892.º) e, como tal, pode a nulidade ser invocada a todo o tempo e por qualquer interessado, nomeadamente pelo cônjuge administrador (e ofendido) ou pelo próprio comprador, ou declarada officiosamente pelo tribunal (art. 286.º)⁵⁶. Mas, o cônjuge não administrador alienante não pode opor tal nulidade ao comprador de boa fé, como não lha pode opor o comprador doloso se ele, cônjuge, estiver de boa fé (art. 892.º)⁵⁷.

Quanto aos bens imóveis, o art. 1682.º-A, n.º 1, exige o consentimento de ambos os cônjuges, salvo se vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens. Havendo injusta recusa do consentimento ou impossibilidade de o prestar pode ser judicialmente suprido (art. 1684.º, n.º 3). Pode, contudo, acontecer que, recusando um dos cônjuges injustificadamente o seu consentimento, quando o outro cônjuge obtém o suprimento judicial o negócio já perdeu interesse para a outra parte e o prejuízo sofrido é significativo. O cônjuge que recusou o consentimento não responde perante o outro.

Repare-se que, em virtude do regime de bens, o titular do direito poderá não conseguir dispor daquilo que lhe pertence, nem pode pedir responsabilidades a quem o impediu de dispor e, com isso, lhe causou danos.

⁵⁶ Sendo certo que a posição do adquirente de boa fé pode ser sempre protegida, se for caso disso, pela regra geral do art. 291.º.

⁵⁷ Cfr. os arts. 894.º, 895.º, e 897.º a 900.º.

Podemos então concluir que também no âmbito dos direitos familiares patrimoniais (quer quanto à administração quer quanto à disposição dos bens) a fragilidade da garantia faz-se sentir, no sentido de afastar a possibilidade de responsabilizar um dos cônjuges por actos praticados e violadores dos direitos do outro cônjuge e a consequente indemnização ao cônjuge lesado.

IV. Notas finais

A existência do casamento implica um regime especial regulador das relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges. Porém, e sobretudo na realidade actual, onde os cônjuges são cada vez mais autónomos e independentes entre si, visando a sua realização pessoal no projecto de família a dois, não deve admitir-se qualquer espécie de imunidade interconjugal ou fragilidade da garantia no caso de violação dos deveres conjugais pessoais.

Assim, e apesar da controvérsia doutrinal a propósito da teoria da fragilidade da garantia e da defesa da tutela exclusivamente familiar dos deveres conjugais (nomeadamente com o divórcio e a solução do art. 1792.º anterior à Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro), deve permitir-se ao cônjuge lesado o recurso às regras gerais da responsabilidade civil. Foi isso que a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, dando nova redacção ao art. 1792.º, veio expressamente admitir.

O problema da responsabilidade civil entre os cônjuges não deixa, porém, de manifestar-se no domínio dos efeitos patrimoniais do casamento, onde o ressarcimento dos danos entre os cônjuges não está previsto no domínio da administração e disposição dos bens do casal, como analisámos. É necessária, por isso, uma intervenção legislativa neste campo num futuro próximo.

Bibliografia:

- ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral das Obrigações*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1966.
- BRAVO, Adolfo, "Carácter da pensão alimentar, e perdas e danos, em caso de divórcio", *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 48.º, n.º 20, 1935, pp. 305-309.
- CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997.
- CARDOSO, A. Lopes, *A Administração dos Bens do Casal*, Coimbra, Almedina, 1973.
- CERDEIRA, Ângela, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

- , “Reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 605-611.
- COELHO, Pereira, *Curso de Direito da Família*, vol. I, Coimbra, Atlântida Editora, 1965.
- , “Divórcio e separação judicial de pessoas e bens na reforma do Código Civil”, in AAVV, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, pp. 27-53.
- COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- COLOMER, A., *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, 10.ª ed., Paris, Litec, 2000.
- CORNU, G., *Les régimes matrimoniaux*, 9.ª ed., Paris, PUF, 1997.
- COSTA, Almeida, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 1998.
- CRUZ, Braga da, “Capacidade patrimonial dos cônjuges. Anteprojecto de um título do futuro Código Civil (articulado e exposição dos motivos)”, *BMJ*, n.º 69.º, 1957, pp. 353-429.
- DIAS, Cristina M. A., “Responsabilidade civil e direitos familiares conjugais (pessoais e patrimoniais)”, *Scientia Iuridica*, tomo XLIX, n.ºs 286/288, 2000, pp. 351-374.
- , “Do Mandato na Administração dos Bens do Casal (uma análise dos artigos 1678.º, n.º 2, al. g), e 1681.º, n.ºs 2 e 3, do Código Civil)”, *Scientia Iuridica*, tomo L, 2001, pp. 181-208.
- , *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal (da correcção do regime actual)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- , *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro)*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, vol. IV, 9.ª ed., Madrid, Tecnos, 2004.
- FLOUR/CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Armand Colin, 1995.
- GALASSO, A., *Regime patrimoniale della famiglia. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, sob a direcção de Francesco Galgano, tomo I, Bologna, Zanichelli Editore, 2003.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald, “A Respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre Si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia” será Válida?)”, *Scientia Iuridica*, tomo XLIV, n.º 253/255, 1995, pp. 113-124.
- , *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed., reimpressão, Coimbra, Almedina, 2000.
- LACRUZ BERDEJO, “El régimen económico del matrimonio”, in AAVV, *La reforma del derecho de familia. Matrimonio, separación, divorcio, régimen económico matrimonial, filiación y patria potestad*, Jornadas hispalenses sobre la reforma del derecho de familia, Sevilla, Imprenta Sevillana, 1982, pp. 97-135.
- LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992.
- LÜDERITZ/DETHLOFF, *Familienrecht*, 28.ª ed., München, C.H. Beck, 2007.
- MENDES, J. Castro, *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1997.
- PATTI, Salvatore, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1984.

- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004.
- SERRA, Vaz, "Reparação do dano não patrimonial", *B.M.J.*, n.º 83, 1959.
- SOUSA, M. Teixeira de, *O Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991.
- TELLES, Galvão, Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 3.ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 1965.
- VARELA, J. Antunes, *Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999.
- , *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2000.
- VERÍSSIMO, Pires, "Do problema de saber se são aplicáveis, em matéria de violação dos deveres recíprocos dos cônjuges, os princípios gerais sobre responsabilidade civil", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 8.º, 1948, pp. 234-256.
- XAVIER, Rita Lobo, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais – Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2009.