

RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS

Guilherme de Oliveira

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra
Centro de Direito da Família

Resumo: *O regime vigente do divórcio procura um equilíbrio entre a natureza especial do casamento e o princípio geral da indemnização por danos — ignoram-se as violações meramente endofamiliares (ausência de garantia para estas) e assume-se formalmente que se indemnizam imediatamente todos os danos resultantes da violação dos direitos fundamentais/de personalidade (reforço da garantia para estes). Entendeu-se que este novo equilíbrio harmoniza a tendência para a desregulação da intimidade e do matrimónio, por um lado, e o reforço dos direitos fundamentais/de personalidade, por outro.*

A maior parte da doutrina portuguesa não acompanhou a última fase da evolução do regime e continua a defender a possibilidade da responsabilidade contratual por violação dos deveres conjugais. A jurisprudência maioritária dos tribunais superiores, em Portugal, tem seguido a mesma linha da maioria da doutrina.

A imprecisão do texto legal — que permite sustentar a interpretação maioritária — é fácil de corrigir através dos mecanismos tradicionais de interpretação.

No presente artigo, defende-se que a responsabilidade civil entre cônjuges é apenas a que segue os termos gerais da responsabilidade civil extracontratual.

Palavras-chave: *Violação dos deveres conjugais; Direitos de personalidade; Fragilidade da garantia; Responsabilidade extracontratual*

Civil liability for breach of marital duties

Summary: *The current divorce regime strikes a balance between the special nature of marriage and the general principle of compensation for damages. Purely intrafamilial violations of marital duties are ignored by law (and thus not enforced) and it is formally assumed that all damages resulting from the violation of fundamental/personal rights are compensated immediately (enhanced enforcement). This new balance aimed to*

harmonise the trend towards deregulation of intimacy and marriage, on the one hand, and the strengthening of fundamental/personal rights, on the other hand.

Most of the Portuguese doctrine did not follow the last phase of the evolution of the regime and continues to defend the possibility of contractual liability for violation of marital duties. The leading jurisprudence of higher courts in Portugal has followed the same line as most of the doctrine.

The imprecision of the legal text — which supports the dominant trend — is easy to correct through the traditional mechanisms of interpretation.

In the present article, it is argued that civil liability between spouses is subjected to the general terms of non-contractual civil liability.

Keywords: *Breach of marital duties; Personal rights; Enforcement of marital duties; Non-contractual liability*

I. Traços da evolução social e jurídica

O tema da responsabilidade civil dentro do casamento — nomeadamente por violação dos deveres conjugais — é antigo, mas foi objeto de tratamento doutrinal escasso; e foi influenciado, em 2008, por alterações legislativas demasiado rápidas que não facilitaram o entendimento das normas.

A discussão do problema é indissociável da evolução que o casamento e a família sofreram nas sociedades ocidentais que conhecemos.

Em épocas anteriores à transição operada pela reforma de 1977 — e em épocas ainda mais recuadas nos países europeus que evoluíram mais depressa — o casamento/família instituição privilegiou

rigorosamente a defesa da *paz da família* e da *honorabilidade do homem*.

Para resumir a ideia da garantia da paz da família, basta afirmar que se pretendia evitar que os tribunais (o Estado) intervissem facilmente em assuntos do casamento; e basta lembrar como era difícil a dissolução do casamento por divórcio. Para exemplificar a ideia da defesa da honorabilidade do homem, pode lembrar-se como o presumido pai tinha de se sujeitar a regras muito restritivas para a impugnação da sua paternidade. Ou seja, o casamento/família—instituição chegava a sacrificar o *chefe da família*, apesar do estatuto privilegiado que lhe reservava, quando era necessário dar prioridade ao que se considerava ser o *“bem da família”*; em suma, a força do casamento/família—instituição primava sobre os interesses individuais dos cônjuges.

Na discussão sobre a responsabilidade pela violação dos deveres conjugais, esta ideia reitora tinha consequências. Na verdade, em muitos sistemas jurídicos, defendia-se abertamente a ideia de que os cônjuges beneficiavam de uma *imunidade matrimonial*, que excluía toda a responsabilidade civil, entre si, por atos ilícitos. Assim se fechava a porta à litigância e à intromissão dos tribunais.

F. PEREIRA COELHO, em 1965¹, não deixava de refletir a preocupação dominante, nesta matéria, embora sem chegar ao ponto de reconhecer uma verdadeira imunidade matrimonial, ao afirmar:

“[...] pode dizer-se que não existe entre nós uma sanção organizada para o não cumprimento dos deveres familiares, ao qual a lei não liga qualquer obrigação de indemnizar do infractor. É certo que o art. 2361.º [hoje 483.º] do Cód. Civ. está redigido em termos muito genéricos, mas ele deverá ser objeto de uma interpretação restritiva por forma a não se abrangerem aí os direitos familiares pessoais. É a doutrina comum [...] A favor dela

poderá argumentar-se com a [...] atitude de retraimento do legislador em face da família a qual não resultaria protegida — antes pelo contrário — se se abrissem amplamente aos tribunais as portas do santuário familiar”.

F. PEREIRA COELHO admitia o recurso à responsabilidade civil, mas *apenas depois* de iniciado o divórcio, afirmando²:

“os actos culposos que servem de fundamento ao divórcio, enquanto violam ou ofendem os direitos familiares pessoais do outro cônjuge, constituirão o seu autor em uma 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 [...] as razões que justificam, ou podem justificar, uma interpretação restrictiva do art. 2361.º [hoje 483.º] [...] já não têm peso depois de um dos cônjuges intentar contra o outro uma acção divórcio”.

Também ANTUNES VARELA afirmava ainda, em 1992, em anotação ao art. 1792.⁰³:

“... importa naturalmente salientar que esta disposição não obsta naturalmente à ressarcibilidade, quer dos danos provenientes da violação dos deveres relativos dos cônjuges, quer da violação dos direitos absolutos de que seja titular o cônjuge ofendido (ofensas à sua integridade física ou ao seu bom nome, violações da sua propriedade, etc.). Esses danos terão, evidentemente, que ser apreciados em acção autónoma e não na acção de divórcio, que tem como fundamental objetivo a dissolução da relação matrimonial”.

E, em 1999⁴, escreveu:

“As sanções contra a inobservância dos deveres conjugais, no plano das relações internas, encontram-se geralmente no direito de divórcio e no instituto da separação, sendo certo que nesse domínio se deve admitir

² *Ob. cit.*, p. 542.

³ Pires de LIMA; Antunes VARELA, *Código civil anotado*, vol. IV, 2.ª edição revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 568-9.

⁴ *Direito da Família*, 1.º volume, 5.ª edição revista, actualizada e completada, Lisboa, Livraria Petrony, 1999, p. 370.

¹ *Curso de Direito da Família, Direito matrimonial*, Coimbra, Atlântida Editora, 1965, p. 21.

a ressarcibilidade, tanto dos danos materiais, como dos danos morais sofridos pelo cônjuge inocente (cfr. art. 1792.º, n.º 1)».

Estas passagens, salvo erro, exprimiam aquela opinião de que, *durante o casamento*, deviam ser evitados os litígios e convinha preservar-se a família das intromissões do tribunal; e a norma geral que previa a responsabilidade civil era *interpretada restritivamente* para afastar o seu uso pelos cônjuges. Na *sequência do divórcio*, porém, estes interesses deixavam de pesar e todos os danos (patrimoniais e não patrimoniais) podiam ser indemnizados, em ação autónoma.

HEINRICH HÖRSTER, acompanhando esta solução de equilíbrio entre a responsabilidade e a preservação da vida conjugal, escreveu, em 1995⁵:

«deve haver lugar à responsabilidade civil dos cônjuges entre si, [...] por violação culposa dos direitos familiares pessoais [...] a doutrina da “fragilidade da garantia” não faz sentido».

E o autor exemplifica os casos em que a violação de deveres conjugais, por si só, causa danos ao outro cônjuge, ainda que não implique a violação concomitante de um direito absoluto deste:

“Basta pensar no cultivo de más companhias [...]; ou nos efeitos nefastos que a embriaguez e/ou a vadiagem podem causar na pessoa do outro; ou em alusões não decentes [...] quanto à virilidade do actual marido em comparação com os anteriores [...]; ou em apreciações depreciativas quanto ao aspecto físico ou a carreira profissional mal sucedida do outro; [...]”.

E acrescentou que aderira à posição defendida, em 1965, por F. Pereira Coelho⁶:

“Para proteger [a família das intromissões dos tribunais] basta diferir as indemnizações para depois de ter findo a

⁵ *A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges entre si (ou: a doutrina da “fragilidade da garantia” será válida?)*, *Scientia Iuridica*, t. XLIV, 1995, n.ºs 253/255, p. 113-124, p. 124.

⁶ *Art. cit.*, p. 123.

comunhão de vida entre os cônjuges [...]”.

Também ÂNGELA CERDEIRA, em 2000⁷, escreveu que:

“... nada impede que o cônjuge contra quem é proferido o divórcio reclame, em ação autónoma, a reparação dos prejuízos sofridos na constância do casamento”.

E em 2004⁸, parecia alinhar ainda com esta orientação, defendendo que, durante o casamento:

“dada a impossibilidade de impor o cumprimento dos deveres conjugais, face ao seu carácter íntimo, o cônjuge lesado não pode exigir o cumprimento dos mesmos nem pedir indemnização”.

EVA DIAS COSTA, em 2005⁹, aceitou a mesma orientação.

II. A contribuição da Reforma de 1977

Para operar a transição do modelo do casamento/família — instituição para o modelo *casamento/família — convivência*, em Portugal, a reforma de 1977 promulgou o texto do art. 1671.º, n.º 2: “A direção da família pertence a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre a orientação da vida em comum tendo em conta *a bem da família e os interesses de um e outro*” (sublinhados meus).

Nesta época, por um lado — quanto à legitimidade para decidir — estava a deixar-se para trás a ideia do vínculo matrimonial dirigido pelo marido como chefe da família; estava a valorizar-se a posição da mulher no papel de codiretora da sociedade conjugal.

⁷ *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2000, p. 119.

⁸ *Reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio*, in «Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977», vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 605-11, p. 606.

⁹ *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 116.

Por outro lado — quanto aos interesses dignos de tutela — estava a fazer-se a transição do modelo de casamento/família — instituição para o modelo casamento/família — convivência, e assim recomendava-se que os cônjuges não ignorassem o “bem da família”, mas também que eles prestassem atenção “aos interesses de um e outro” — às suas aspirações individuais, às suas carreiras profissionais ou artísticas, ao seu modo particular de ser. Nesta norma (que pode suscitar menos atenção por sugerir apenas um vago interesse prático) reside uma ideia que afinal é basilar sobre a convivência matrimonial na Reforma: uma ideia que não quer negar o valor supra individual do casamento e da família, mas que *instala com firmeza a necessidade de compatibilizar a força tradicional da instituição com o reconhecimento dos direitos fundamentais dos cidadãos casados*.

Esta ideia global justificou, nomeadamente, a consagração expressa do *dever de respeito*, com o sentido de que, “para além do dever geral de respeito pelos direitos fundamentais de outrem, cada cônjuge, pelo facto de se ter empenhado num projecto conjugal comum, tem o especial dever de respeitar os direitos individuais do outro, os direitos conjugais que a lei lhe atribui e os seus interesses legítimos”¹⁰.

Passou a exigir-se um equilíbrio entre o “bem da família” e os “interesses de um e outro”.

Suponho que a discussão acerca da responsabilidade por violação de deveres conjugais evoluiu também, em consonância com esta ideia global que presidiu à reforma de 1977.

Tornou-se menos valiosa a protecção da família que resultava da “imunidade matrimonial” ou, pelo menos, do diferimento dos pedidos de indemnização para depois do divórcio, que fora o padrão domi-

nante. Passou a tornar-se difícil negar aos cônjuges a satisfação imediata dos seus interesses legítimos, como parecia ser a reparação dos danos sofridos.

Alguns autores mitigaram muito, ou excluíram, a ideia da “fragilidade da garantia” e reconheceram uma tutela plena — tanto a tutela especificamente familiar quanto a tutela comum — aos deveres conjugais pessoais.

F. PEREIRA COELHO antecipou a leitura do movimento social e procurou um novo equilíbrio, em 1986¹¹, escrevendo:

“Pensamos hoje, até, que o art. 483.º não exclui a possibilidade de, independentemente de ter sido requerido o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens, se deduzir pedido de indemnização dos danos causados pela violação dos deveres do art. 1672.º — isto embora a situação não se verifique 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 nesta impossibilidade *prática* que radicará, de alguma maneira, a *fragilidade* da garantia que assiste aos direitos familiares pessoais”.

JORGE DUARTE PINHEIRO, em 2004, também defendeu claramente o entendimento dos deveres conjugais como deveres jurídicos que beneficiam de uma tutela especificamente familiar e de uma “tutela comum”. A sua dissertação de doutoramento dedicou-se amplamente a fundamentar a possibilidade de se pedir imediatamente uma indemnização pelos danos causados por violações culposas dos deveres conjugais, com base no princípio simples de que “a celebração do casamento não cria uma área de *excepção*” e, portanto, “nada impede a aplicação dos meios comuns à tutela dos deveres conjugais pessoais”¹².

¹⁰ F. Pereira COELHO, *Curso de Direito da Família*, policopiado, Coimbra, 1986, p. 396.

Lex Familiae, Ano 16, N.º 31-32 (2019)

¹¹ *Curso...*, policopiado, cit., p. 112-3.

¹² *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 760.

DIOGO LEITE DE CAMPOS — parecendo antecipar a evolução seguinte, afirmava¹³, em 1990:

“Este mesmo carácter de «privacidade» e de intimidade leva a que não se deva atribuir ao familiar «lesado» um direito à indemnização pelo não cumprimento dos deveres do outro [...] perante casos graves de incumprimento dos deveres familiares, a única possibilidade que assiste ao lesado é dissolver o vínculo, de modo a não continuar a suportar violações dos seus interesses [...] Isto não impede que, no caso de um dos membros da família praticar contra outro um ato que implique responsabilidade civil ou criminal — ou seja, um ato que, em si mesmo, independentemente do contexto familiar em que se situa, seja qualificável [como] facto ilícito, — o faltoso esteja sujeito a responsabilidade civil e criminal perante o lesado. Assim, se o marido agredir fisicamente a mulher, não só está a violar o dever familiar de respeito — o que não envolverá a obrigação de indemnizar ou responsabilidade criminal — como também comete um (outro) facto, ilícito, criminalmente punido, e envolvendo a obrigação de indemnizar. Agora, se a mulher cometer adultério, nenhuma obrigação de indemnizar terá para com o marido, nem incorrerá em responsabilidade criminal, dado que se trata de um facto «danoso», é certo, mas que só o é em virtude da especial situação (familiar) em que um cônjuge se encontra perante o outro.

Sintetizando, direi que cada membro da família, pelo facto de estar integrado no grupo, não aliena os seus direitos de personalidade — quando muito estes estarão ligeiramente comprimidos enquanto o estado familiar durar — podendo em qualquer momento violar os seus deveres para com o outro; o que será seguramente anti-jurídico, e eventualmente anti-ético, mas que não desencadeia por si qualquer espécie de sanção (para além da dissolução do vínculo ofendido)” [...] [Sobre o regime do art. 1792.º] “...não se trata dos danos não patrimoniais, causados ao outro cônjuge, pela violação dos deveres conjugais. Já vimos que a violação dos deveres conjugais, enquanto tal, não é suscetível de indemnização”¹⁴.

¹³ *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 137-8.

¹⁴ *Idem*, p. 307.

Veja-se, porém, que o autor mudou de opinião [adiante, ponto V, a)].

III. Evolução (continuação)

A ideia de casamento/família — convivência não parou de evoluir.

Se os traços mais nítidos foram, numa primeira fase, a valorização dos indivíduos casados e o respeito mútuo — que não podiam deixar persistir a tradicional compressão da responsabilidade civil que dificultava a reparação dos danos — foram sendo acrescentadas outras notas importantes.

Sobre isto, escrevi¹⁵:

“...tem-se tornado mais nítida a perda do valor do Estado e da Igreja como instância legitimadora da comunhão de vida e nota-se uma crescente rejeição das tabelas de valores e dos “deveres conjugais” predeterminados por qualquer entidade externa aos próprios conviventes¹⁶. A “família auto-poiética” pode receber estímulos do exterior, mas todas as informações recebidas serão reelaboradas de acordo com as modalidades internas de comunicação¹⁷. Neste sentido pode dizer-se que o casal e a família acompanham o movimento para a criação de “sistemas internamente referenciais”, característico da sociedade moderna¹⁸ e, assim, dentro do casal “a lei é a ausência de lei”, “o amor tornou-se um assunto exclusivo dos amantes”¹⁹ e o casal tornou-se o seu próprio legislador.

O resultado que se vem apurando de tudo isto — da relação entre dois indivíduos que lutam, amando-se, pela realização pessoal, desligados de qualquer quadro de valores e de respostas externas — é o de uma “relação pu-

¹⁵ *Queremos amar-nos... mas não sabemos como*, «Revista de Legislação e de Jurisprudência», ano 133, n.º 3911 e 3912, 2000.

¹⁶ THÉRY, Irène — *Couple, Filiation et Parenté Aujourd'hui* (Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice), Paris, Éd. Odile Jacob/La Documentation Française, 1998, p. 32.

¹⁷ DONATI — *Manuale di sociologia ...*, p. 287-8.

¹⁸ A. GIDDENS — *La transformación de la intimidad*, Madrid, Cate-dra, 1998, p. 158.

¹⁹ U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 339 e 346.

ra”²⁰, apenas baseada no compromisso permanente e na gratificação renovada, que contém em si o acordo prévio sobre a sua dissolução. Trata-se, afinal, de uma relação entre dois estranhos — dois “estranhos íntimos”²¹ — de construir “a menos estável de todas as relações possíveis”²², que diariamente tem de julgar e escolher todos os seus passos.

[...]

Esta ideia de igualdade dos dois parceiros da relação, aliada com a privatização do amor e com o enfraquecimento das referências externas “dadas” ao casal por outros ordenamentos tradicionais — a religião, os costumes, a vizinhança — têm produzido a diminuição do conteúdo imperativo do casamento, do conjunto dos chamados “efeitos pessoais” do casamento, tal como estávamos habituados a entendê-los. Aos olhos de hoje, seria ridículo que um código civil, como o código prussiano de 1794, definisse as razões que justificam a recusa do “débito conjugal” ou estabelecesse a idade em que os cônjuges deveriam retirar o filho pequeno da cama do casal²³. E nada melhor do que o sistema jurídico alemão para mostrar como, partindo daquele “panjurismo”²⁴ que pretendia impor a todos um certo modelo de comportamento, se chegou a um sistema que não define “deveres conjugais” e apenas impõe que os cônjuges adoptem os comportamentos próprios de quem escolheu entrar para uma “comunhão de vida”. O que já levou os tribunais a discutir se os cônjuges têm o dever de viver juntos — com resposta negativa — e se um cônjuge tem o direito de exigir do outro que este tire a amante da casa da família — com resposta positiva²⁵.

A ideia de que “o amor é assunto exclusivo dos amantes” e de que cada casal é o seu próprio legislador supõe que os sistemas jurídicos eliminem progressivamente da

pauta matrimonial os conteúdos que outrora serviam a todos indiscutivelmente, mas hoje estão, ao que parece, sujeitos a negociação, no âmbito da tal “relação pura” e do compromisso permanente.

E ainda²⁶:

“[...] a evolução do direito matrimonial na Europa, nos últimos duzentos anos, mostra uma tendência inelutável para o enfraquecimento do vínculo matrimonial do ponto de vista jurídico. O Direito — com a sua vocação fundamental para regular as esferas patrimoniais da vida social — tem revelado dificuldades crescentes na sua capacidade para garantir o cumprimento de normas jurídicas matrimoniais, à medida que o casamento foi deixando de ser um negócio entre famílias e se tornou um meio de realização emocional de dois indivíduos. Por outro lado, a vocação do Direito para estabelecer regras gerais e abstractas, aplicáveis a todos os cidadãos, de acordo com o racionalismo oitocentista, tornou-se progressivamente inadequada ao pluralismo social que se instalou duradouramente nas comunidades ocidentais.

Mas não é verdade que os códigos civis continuam a prever “deveres matrimoniais”? Isto não significa uma vinculação jurídica tradicional, e a correspondente responsabilidade pelo não cumprimento?

A verdade é que se regista um movimento no sentido quer da supressão do elenco de deveres matrimoniais, quer da desvalorização da sua força jurídica, da sua coercibilidade.

O direito do espaço germânico é um bom exemplo desta mudança: passou de uma enumeração extensa dos deveres conjugais, no Código Prussiano de 1794, para uma afirmação lacónica de que os cônjuges devem adoptar uma “vida em comum”; e também cito o direito espanhol que, apesar de manter o elenco tradicional dos deveres

²⁰ A. GIDDENS — *Modernidad...*, p. 237-8.

²¹ RUBIN, *apud* U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 113.

²² SIMMEL, *apud* U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 149.

²³ Caso do Código Prussiano de 1794 — cfr. GLENDON, Mary Ann — *The transformation of Family Law*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1996, p. 32-33.

²⁴ J. CARBONNIER — *Flexible droit*, 5ª éd., Paris, L.G.D.J., 1983, p. 24.

²⁵ GLENDON, Mary Ann — *The Transformation ...*, p. 93-4.

²⁶ *Linhas gerais da reforma do divórcio*, «Lex Familiae»

Revista Portuguesa de Direito da Família, ano V, n.º 10, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2008, p. 63-72, p. 63-4.

conjugais, adoptou, em 2005, o divórcio unilateral, que assenta na mera vontade de um dos cônjuges.

Neste sentido, o casamento é um contrato mais frágil do que os contratos vulgares, de índole patrimonial, que estão regulados minuciosamente, sobretudo nos momentos críticos do cumprimento imperfeito, ou do não-cumprimento. A falta de pagamento de um preço, ou a entrega de um bem defeituoso, desencadeiam uma série de reacções desfavoráveis ao faltoso, destinadas a compensar as perdas patrimoniais e a prevenir casos futuros. Mas o casamento não é “um contrato qualquer”, neste sentido — é um contrato diferente, se é que se pode ainda falar de um contrato! O Direito não é capaz de regular com esta intensidade e minúcia o acordo de casamento, simplesmente porque, hoje em dia, as sociedades não querem regular a intimidade e os afectos desta maneira imperativa e estandardizada”.

Também Carlos Pamplona Corte-Real escreveu²⁷:

[...] a comunhão plena de vida conjugal é um espaço de gestão livre e bicéfala, não sendo legítimo impor-se num campo tão marcadamente intimista a referência a vinculações imperativas.

IV. Informação sobre o direito estrangeiro

No direito de países próximos do nosso, tem sido reconhecida a evolução apresentada sumariamente atrás. Apresentarei exemplos, com tradução livre.

No **direito espanhol**, onde se definem claramente os deveres dos cônjuges²⁸, em termos parecidos com os que o legislador português usou,

²⁷ *Relance crítico sobre o direito de família português*, in «Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho», Coimbra, Imprensa da Universidade, 2016, p. 107-130, p. 117.

²⁸ Arts. 67-9 CCiv esp.

MARÍN LÓPEZ²⁹ afirma que:

“estes deveres (...) não são diretamente coercíveis. Por isso, e apesar de serem deveres mútuos, se um cônjuge não os cumpre o outro não pode socorrer-se dos remédios previstos para o caso de incumprimento no art. 1124.º (exigir o cumprimento ou resolver o matrimónio, e pedir uma indemnização)”.

Também MARÍA LINACERO DE LA FUENTE³⁰ afirma que:

“Os deveres recíprocos dos cônjuges na esfera pessoal estão regulados nos artigos 67.º e 68.º. Em todo o caso trata-se de deveres de conteúdo ético dificilmente coercíveis [...] O dever de respeito deve entender-se em conexão com o respeito pela dignidade e com os direitos de personalidade do outro cônjuge (p. ex., honra, intimidade, integridade física ou moral, liberdade).

E ainda MANUEL ALBALADEJO/DÍAZ ALABART³¹:

“Antes de entrar no exame particular de cada dever há que assinalar que [...] se qualquer dos cônjuges os violar seja no que for, não há geralmente possibilidade de impor o seu cumprimento específico e assim, no máximo, em certos casos o ofendido apenas pode pedir determinados substitutos do cumprimento [como a fixação de alimentos para obviar à falta de socorro e ajuda, ou o recurso aos meios previstos na Lei da “violência de género” para remediar as violações graves do dever de respeito], ou apenas recorrer a meios de facto que levem o outro a decidir-se por cumprir, ou ainda optar por outros caminhos diferentes da pretensão de cumprimento como o de solicitar a separação ou o divórcio”.

Por fim, LAURA LÓPEZ DE LA CRUZ³²:

²⁹ In Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coordenador), *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, 4.ª ed., Madrid, Bercal AS, 2015, p. 70.

³⁰ María Linacero de la Fuente, (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, Valência, Tirant lo Blanch, 2016, p. 131-2.

³¹ *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 12.ª ed. atualizada por S. Díaz Alabart, Madrid, Edisofer SL, 2013, p. 115.

³² *El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales*, in «*Indret*», 4/2010, Universidad Pablo de Olavide, Barcelona, p. 16, 32, 33, acessível em http://www.indret.com/pdf/783_es.pdf

“...admitir o possível recurso à ação indemnizatória para tratar de limitar por esta via determinado tipo de condutas podia supor um grave atentado ao princípio da liberdade pessoal que a nossa Constituição consagra e que constitui um eixo sobre o qual assentou a recente reforma do divórcio. Outra coisa é, sem dúvida, que a hipotética lesão dos direitos de uma pessoa não deva ficar impune pelo mero facto de que o causador do dano seja o seu cônjuge. Por aqui pode deduzir-se que a chave do problema está em determinar que comportamentos originam danos indemnizáveis e quais outros que, embora constituam violações dos deveres matrimoniais, não deveriam dar direito a uma indemnização. [...] E neste sentido, não parece que se deva conceder ao lesado uma proteção menor do que aquela que se dá a todo o cidadão, pelo facto de estar casado. [...] poderia afirmar-se que toda a atuação do cônjuge que signifique um atentado aos direitos fundamentais do outro origina um direito de indemnização do dano. Trata-se de casos em que produz uma lesão dos valores da personalidade garantidos pela Constituição, que o sistema especial de separação e de divórcio não consegue proteger. [...] A chave está em que o incumprimento de um dever matrimonial provoque a lesão de um direito fundamental, causando um determinado dano”.

A autora refere os alguns casos³³:

— Em 30.07.1999, “o Tribunal Supremo [...] disse a este respeito: «sem dúvida que a violação dos deveres conjugais especificados nos artigos 67 e 68 do Código Civil é merecedora de uma inegável censura ético-social, censura que talvez se acentue mais naqueles casos que afetem o dever de mútua fidelidade, em que, apesar de tudo, é indubitável que a única consequência jurídica que a nossa legislação substantiva contempla é a de dar à violação o valor de causa de separação matrimonial no art. 82, mas sem tirar efeitos económicos contra o infrator [...] não se pode fundamentar a sua exigibilidade no preceito genérico do art. 1101, por mais que se considerem esses deveres como contratuais por causa da própria natureza do casamento, pois o contrário levaria a considerar que qualquer causa de alteração da convivência matrimonial obrigaria a indemnizar [...] O dano moral gerado em um dos cônjuges pela infidelidade do outro

não é suscetível de qualquer reparação económica».

— A Audiência Provincial de Valencia, em 2 de novembro de 2004 “estabeleceu, acerca do facto da infidelidade, que esta não é indemnizável”;

— A Audiência Provincial de Valencia, em 5 de setembro de 2007 declarou que “a infidelidade conjugal não é indemnizável”;

— A Audiência Provincial de Barcelona, em 16 de janeiro de 2007, afirmou que “o incumprimento do dever de fidelidade como tal não se indemniza”;

— A Audiência Provincial de Segovia, em 30 de setembro de 2003, [disse que] “No caso, a mulher pediu uma indemnização pelo sofrimento que o seu marido lhe causou ao abandonar o domicílio conjugal, dada a situação de enfermidade grave de que ela padecia, e apesar de o marido vir a pagar metade da pensão desde que cessou a convivência entre ambos. A Audiência negou o direito a pedir aquela indemnização alegando que «não se pode esquecer que, apesar da proliferação de situações em que se considera indemnizável o dano moral pela jurisprudência atual, [...] entre estas situações não se encontram os danos causados pelas infidelidades, abandonos ou ausência de lealdade nas relações pessoais, de amizade ou amorosas, pois tais casos entram no terreno do extrajurídico, não devendo proliferar categorias de danos indemnizáveis que tutelem interesses que não sejam juridicamente protegidos, e em que o Direito não deve desempenhar qualquer papel, nem tomar partido. Se é certo que os deveres de ajuda e auxílio mútuos entre os cônjuges estão consagrados nos artigos 67 e 68 e compreendem não só o que se entende por alimentos mas também outros cuidados de ordem ética e afetiva, trata-se de deveres incoercíveis que não desencadeiam qualquer sanção económica — com exceção do dever de alimentos, que neste caso foi cumprido — e são contemplados exclusivamente como causa de separação, divórcio...».

— A Audiência Provincial de Madrid, em sentença de 13 de janeiro de 1995, “confirmou a da primeira instância em que atribuía a guarda e custódia do filho ao pai. Baseado na tentativa baldada de executar a sentença no país americano, o pai propôs uma ação de responsabilidade extracontratual contra a que fora o seu cônjuge [...] o Tribunal condenou a mãe a reparar o dano moral

³³ *Ob. cit.*, p. 24-34.

causado, estabelecendo a quantia de indemnização em 60.000 euros”

— O Tribunal Superior apreciou um caso, em 23 de fevereiro de 2006, “cujos factos foram os seguintes: durante a propositura da ação de separação, o então marido trouxe ao processo dois diários íntimos da mulher com o objetivo de mostrar os alegados transtornos psíquicos desta relacionados com o exercício do direito de visita da filha comum. Segundo o Tribunal Supremo, a atuação do marido supõe uma grave infração do direito à intimidade da mulher...”

— A Audiência Provincial de Girona, em 18 de março de 2004, “condenou o réu a indemnizar o dano moral ocasionado pela lesão do direito à honra e à intimidade pessoal e familiar da autora [...] como consequência da publicação de um livro e que se narram pormenores relativos à vida conjugal do autor e que afetam a que era então a sua mulher”.

O **direito italiano** também enuncia os deveres conjugais recíprocos³⁴. Porém, FRANCESCO RUSCELLO³⁵ afirma que:

“Se não se está em presença de um crime ou de comportamentos que incidam sobre o património do cônjuge, parece excluída [...] a ressarcibilidade dos danos causados pela violação de um dever conjugal”.

E MICHELE SESTA³⁶, defende:

“... não há motivos para entender que o *status* do cônjuge possa sofrer uma redução e uma limitação da tutela da pessoa; porém, isto pressupõe [...] que a conduta do cônjuge tenha causado um dano injusto, segundo o art. 2043 c.c., no âmbito da esfera dos interesses do outro, sem que se possa concluir, por outro lado, que a simples violação dos deveres matrimoniais possa por si legitimar uma condenação ao ressarcimento do dano, já que à assunção de um dever matrimonial contrapõe-se um direito inviolável de liberdade [...] A constatação de que o respeito dos deveres conjugais seja confiado ao

cumprimento espontâneo, mais do que à força do direito [...] testemunha uma modificação do ordenamento, que parece ter renunciado a sancionar o respeito das regras confiadas essencialmente à consciência íntima da pessoa [...] Atualmente, doutrina e jurisprudência reconhecem a ressarcibilidade do dano endofamiliar, sempre que a conduta do cônjuge que é contrária aos deveres emergentes do casamento causou um dano injusto suscetível de ser ressarcido no sentido do art. 2043.º ss. c.c. [...] A simples violação dos deveres conjugais não pode todavia legitimar uma condenação ao ressarcimento do dano [...] A fim de se aplicarem as regras da responsabilidade aquiliana, portanto, é necessário qualquer coisa mais: que se verifique um dano injusto, que não se produz necessariamente pela violação dos deveres matrimoniais. [...] O ressarcimento do dano, portanto, pode ser concedido no caso em que a conduta, particularmente grave, do cônjuge tenha violado não só um dos direitos emergentes do casamento, mas tenha provocado também a lesão de um interesse ulterior tutelado pelo ordenamento [...] a relação entre a violação dos deveres conjugais e a responsabilidade aquiliana deve ser enquadrada no contexto mais amplo do ressarcimento de um dano por lesão de um interesse constitucionalmente relevante”

O autor refere alguns casos³⁷:

— “Um dos casos mais significativos da oportunidade da abertura do direito da família às normas da responsabilidade civil teve por objeto o comportamento do marido relativamente à mulher afetada por uma patologia psíquica, que se isolou progressivamente [...] sem que o marido se preocupasse de algum modo [...] A mulher vivera assim durante quatro anos na mais completa incúria [...] o tribunal apurou que a patologia psíquica da mulher não era resultante do relacionamento conjugal desgastado, mas que o seu agravamento fora causado pelo retardamento da prestação da terapêutica adequada; retardamento que, por um lado, atrasara a recuperação da doente e, por outro lado, causara a perda definitiva das potencialidades psíquicas da mulher”.

— “... foi determinada a ressarcibilidade do dano num caso em que o casal tentava ter um filho, sujeitando-se a tratamentos médicos; assim que a mulher engravidou,

³⁴ Art. 143.º CCiv it.

³⁵ *Famiglia e Matrimonio*, tomo I, «Paolo Zatti, *Trattato di Diritto di Famiglia*», Milano, Giuffrè, 2002, p. 800.

³⁶ *Manuale di Diritto di Famiglia*, 7.ª ed., Padova, Wolters Kuwer/CEDAM, 2016, p. 464-472.

³⁷ *Ob. cit.*, p. 469-472.

todavia, o marido declarou que não queria ser pai e que não tinha interesse no vínculo conjugal, iniciando um afastamento da própria casa [...] Nesta situação, a mulher desenvolveu um síndrome depressivo e o feto sofreu um atraso no seu desenvolvimento. O tribunal reconheceu no comportamento do marido, não só uma violação da obrigação de assistência moral e material [...] mas também um ilícito civil, no caso uma conduta lesiva dos direitos invioláveis da pessoa, tutelados plenamente pelo art. 2.º da Constituição...”.

— “Também relativamente à violação do dever de fidelidade os juízes admitiram que a tutela aquiliana possa ter aplicação; em particular quando a relação extraconjugal se desenvolveu, no contexto em que os cônjuges viviam, de um modo a ofender a dignidade e a honra do outro cônjuge. Em casos destes, a injustiça do dano não resulta *tout court* da violação do dever de fidelidade, mas sim na violação da honra do cônjuge...”.

O **direito alemão** acompanha estas tendências.

Segundo DIETER SCHWAB³⁸:

“...o não cumprimento dos deveres pessoais dos cônjuges não dá lugar a uma indemnização por danos [...] Pode haver lugar a pretensões indemnizatórias entre cônjuges ao abrigo das normas gerais da tutela civil [...] Estas pretensões podem ter fundamento, se os comportamentos ilícitos implicarem simultaneamente uma violação de um direito absoluto do outro cônjuge [...] Apesar da comunhão pessoal, os cônjuges permanecem titulares dos direitos absolutos de natureza pessoal (inviolabilidade do corpo, nome, direito geral de personalidade, honra, autodeterminação informacional). Quando um dos parceiros ofende ilicitamente um destes direitos, são reconhecidas ao outro pretensões segundo o § 1004 (por analogia) e indemnizações segundo o § 823 I. Isto também vale para a proteção da esfera da vida privada. Gravações secretas ou violações de correspondência também são ilícitas, entre cônjuges. Assim, o cônjuge ofendido sofre um dano e constitui-se uma obrigação de indemnizar segundo o § 823 I, como entre quaisquer pessoas. Naturalmente que a jurisprudência estabelece um limite. Um comportamento que é

exclusiva ou principalmente considerado violador [...] *por causa da sua ilicitude conjugal*, não cabe nos §§ 1004 e 823 I, porque isso contraria os fins do § 120 III da *Lei sobre os processos de família e a jurisdição voluntária*”.

E apresenta exemplos³⁹:

— Um marido que pediu uma indemnização pelo dano que sofreu na sua honra pelo facto de a sua mulher ter mantido uma relação extraconjugal. A pretensão foi rejeitada por contrariar os fins do § 120 III FamGZ, segundo o qual o dever de contrair casamento ou de restabelecer a vida conjugal não está sujeito a execução e, portanto, também não dá lugar a indemnizações segundo as regras gerais.

— A introdução de uma mulher na residência do casal ou na empresa com que o cônjuge tem uma relação estreita (porque trabalha lá e contribui para o desenvolvimento do negócio) viola a proteção da *cidadela do casal*, digamos assim, (*räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe*). Há uma ofensa ao direito à privacidade.

Também NINA DETHLOFF⁴⁰ esclarece:

“Pretensões contra a perda do direito a alimentos, da colaboração do outro cônjuge, da partilha dos bens e dos ganhos, ou de outras perspectivas de lucros [...] não podem fazer-se valer. Danos de outra ordem são, no entanto, reparáveis se estiverem preenchidos os pressupostos dos §§ 823 e seguintes, pois o direito matrimonial não suspende a responsabilidade delitual. Se o ilícito conjugal produziu verdadeiros danos no corpo ou na saúde, podem fazer-se valer pretensões de indemnização. Mas não há lugar a um dever de indemnizar quando a violação da esfera da personalidade do cônjuge se esgota no ilícito conjugal [...] É indemnizável um dano, que resulta de um comportamento, mas que não se fundamenta na violação de um dever matrimonial enquanto tal”.

E apresenta um exemplo⁴¹:

— Depois de a mulher casada ter encontrado um namorado de infância e de ter resolvido ir morar com o

³⁸ *Familienrecht*, 25.ª auf., München, C.H.Beck, 2017, p. 61-64.

³⁹ *Ob. cit.*, p. 63.

⁴⁰ *Familienrecht*, 31.ª auf., München, C.H.Beck, 2015, p. 59.

⁴¹ *Ob. cit.*, p. 57 e 60-1.

homem para o sótão da casa onde habitava, e depois de ter pedido o divórcio, o marido teve um esgotamento nervoso e foi internado.

Para além da interdição de entrada do namorado na casa de morada do casal (por violação da *cidadela do casal* (*räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe*), com ofensa do direito ao desenvolvimento da personalidade (p. 60), o marido pretendeu o reembolso das despesas com a clínica, da parte da mulher e do namorado (p. 58)

O lesado pode obter a indemnização porque sofreu danos na sua saúde como resultado do comportamento quer da mulher quer do namorado (p. 61-2).

E ainda GERNHUBER/COSTER-WALTJEN⁴²:

“Indemnizações segundo o § 823 [a norma geral da responsabilidade civil] são geralmente rejeitadas pelo Supremo Tribunal [...] as consequências de uma violação da fé conjugal devem ser solucionadas no âmbito da relação...”.

Para o **direito inglês**, pode ler-se Jonathan Herring⁴³:

“Hoje, em relação a indemnizações, as pessoas casadas e as não casadas são tratadas da mesma maneira”.

E também NIGEL LOWE and GILLIAN DOUGLAS⁴⁴:

“Outra tendência crucial tem sido a extensão com que a lei tem evitado procurar julgar as más condutas de um membro da família contra o outro [...] Pode ver-se, em face do declínio das taxas de casamento, uma tendência em direção de normas uniformes para regular as relações entre as pessoas, independentes da sua forma legal [...] Já não há um dever jurídico coercível sobre marido e mulher para que vivam juntos [...] [Em 1962] foi dado a cada cônjuge um direito de pedir indemnizações contra o outro como se não fossem casados”.

Por fim, o **direito francês** é exceção. É certo que F. TERRÉ e D. FENOUILLET⁴⁵ regis-

tam muito da evolução apresentada atrás, quanto ao valor do casamento e do divórcio. Na verdade, reconhecem que “o casamento se tem tornado progressivamente menos vinculativo do que o acordo contratual”; que a consideração das “áreas da conjugalidade (...) aproximam o casamento da categoria dos contratos aleatórios” e fazem surgir a possibilidade (e a prática) de “seguros-divórcio”; que a lei de 2004 seguiu “o caminho de tratar por igual os violadores e os inocentes”; e verificam o “inexorável declínio do divórcio com culpa” — tudo sinais que acompanham a evolução geral traçada acima.

Porém, mostram que o direito francês continua a admitir a via do divórcio com base na violação culposa de um dever conjugal, que seja grave ou reiterada e comprometa a vida em comum (art. 242.ºCCivfr).

É certo, também, que “as consequências em termos de sanção [que impendiam sobre o cônjuge culpado] foram quase todas eliminadas, deixando ao cônjuge que obtém o divórcio, em geral, uma satisfação simbólica”, mas não deixam de dizer claramente que pode haver lugar a indemnização para reparação das violações culposas dos deveres conjugais^{46 47}, por força da aplicação do art. 1382.º (que é a norma geral da responsabilidade civil).

⁴² *Familienrecht*, 6 auf., München C.H. Beck, 2010, p. 133.

⁴³ *Family Law*, 4th ed., Harlow, Pearson, 2009, p. 84.

⁴⁴ *Bromley's Family Law*, 11th ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 5, 89, 94, 99.

⁴⁵ *Droit civil. La famille*, 8. éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 176-8.

⁴⁶ *Ob. cit.*, p. 258 e 267 e segs.

⁴⁷ É interessante notar que os autores afirmam que preveem desenvolvimentos na jurisprudência que já considerou a prática de um adultério como uma ofensa menos grave do que “o caráter ofensivo de um cônjuge relativamente ao outro”, no âmbito da interpretação do “dever de respeito” — *ob. cit.*, p. 271.

V. O estado da questão, em Portugal, depois da lei n.º 61/2008

a) A doutrina

A maior parte da doutrina não acompanhou a última fase da evolução referida e continua a defender a possibilidade da responsabilidade contratual por violação dos deveres conjugais.

RITA XAVIER, em 2009, afirma que é possível formular pedidos de indemnização por “ilícito conjugal culposo”, suponho que independentemente de se ter chegado a uma violação de um direito absoluto⁴⁸:

«No seu conjunto, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, seguiu aquela tendência ideológica, apesar das reservas que vinham progressivamente a ser feitas à alegada “fragilidade da garantia” dos direitos familiares, no contexto da responsabilidade civil dos cônjuges entre si, nomeadamente, com a recente admissão da Jurisprudência portuguesa da cumulação dos pedidos de divórcio e de indemnização por danos não patrimoniais decorrentes dos factos constitutivos do direito ao divórcio. Com efeito, enjeitando tal evolução, a nova lei remete os pedidos de reparação dos danos sofridos com o divórcio e os decorrentes da verificação de um “ilícito conjugal culposo” para os Tribunais comuns e para outro tipo de processos (artigo 1792.º, n.º 1, do CC)».

CRISTINA DIAS, em 2009, escreveu⁴⁹:

“... 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 [...] 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.) [...] 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...”.

Mais tarde, em 2012⁵⁰, acrescentou:

“... o legislador prevê expressamente a possibilidade de uma indemnização ao cônjuge lesado pela violação dos deveres conjugais uma vez decretado o divórcio”.

AIDA FILIPA FERREIRA DA SILVA, em 2013 ou posteriormente⁵¹:

“Embora não tenha sido suficientemente explícito na sua exposição de motivos, o que é evidente na nova redacção do artigo 1792.º é que o caminho a seguir é o da ressarcibilidade dos danos da violação dos deveres conjugais e o da negação da fragilidade da garantia destes [...] Dando com uma mão (a indemnização dos danos ocorridos entre cônjuges) o que retira com a outra (eliminação da declaração de culpa no processo de divórcio), o legislador vem demonstrar que a eliminação da apreciação da culpa não retira qualquer importância às obrigações conjugais e não torna irrelevante o comportamento dos cônjuges entre si, antes reforça o sentido de responsabilidade de que o casamento, naturalmente, se reveste”.

ANDREIA CRUZ, em 2013, escreveu⁵²:

“... evidencia-se uma orientação doutrinária que continua a atribuir relevância à culpa pela violação dos deveres conjugais ao abrigo da previsão da alínea d) do artigo 1781.º (pelo menos como forma de constatar a ruptura definitiva do casamento) e de atribuir ao cônjuge lesado uma indemnização pela violação destes deveres ao abrigo do artigo 1792.º, n.º1.”

⁴⁸ *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 24.

⁴⁹ *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 23 e p. 24, nota 12.

Lex Familiae, Ano 16, N.º 31-32 (2019)

⁵⁰ *Responsabilidade e indemnização por perda do direito ao débito conjugal — considerações em torno do art. 496.º do código civil*, «Scientia Jurídica», tomo LXI, 2012, n.º 329, p. 404.

⁵¹ *Responsabilidade Civil entre Cônjuges no Divórcio. As alterações ao artigo 1792.º do Código Civil com a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro*, FDUP, s.d., p. 26 e 28, acessível em <https://repositorio-aberto.up.pt/browse?type=author&value=Aida+Filipa+Ferreira+da+Silva>

⁵² *Deveres conjugais — indole jurídica à luz do novo regime jurídico do divórcio (lei n.º 61/2008)*, in Aafdl, «Revista Jurídica», n.º 26, ano XXXV, Abril/Maio/Junho, 2013, p. 44.

J. DUARTE PINHEIRO continua a defender⁵³:

“Independentemente de um divórcio ou separação de pessoas e bens, a violação de deveres conjugais, incluindo deveres distintos do de respeito e de feição mais íntima, como os de fidelidade e coabitação, pode acarretar responsabilidade civil, ao abrigo das regras gerais (cfr. art. 483 e s.), como decorre claramente do art. 1792.º, n.º 1, na redacção da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. [...] O casamento não cria uma área de *excepção*”.

DIOGO LEITE DE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS⁵⁴, afirmam, em 2017:

“São indemnizáveis todos os danos sofridos, sem excepção [...] Alguns desses danos não estão conexiados com o estado de casado. Será, por ex., o caso do bom nome e reputação [...] Outros derivarão da violação de deveres decorrentes do casamento...”

Porém, MAFALDA CASTANHEIRA NEVES, em 2013⁵⁵, excluiu a aplicação das normas da responsabilidade contratual à violação dos deveres conjugais (que não consubstancie, simultaneamente, uma violação de direitos absolutos):

“...a natureza destes deveres parece determinar a exclusão das regras negociais [...] A indemnização resultante da responsabilidade contratual inscreve-se ainda e sempre no plano da satisfação do interesse do credor [...] Percebe-se, por isso, também por esta via, que contratualmente se defina *a priori* o obrigado a indemnização — aquele que se vinculou, no puro exercício da sua autonomia privada, a satisfazer aquele interesse legítimo do credor [...] Donde se entende que não é possível assumir a natureza contratual da responsabilidade do cônjuge pela violação dos seus deveres, como regra.

⁵³ *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 395.

⁵⁴ *Lições de Direito da Família*, 3.ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.354.

⁵⁵ *Família e Responsabilidade civil: uma relação possível? Brevíssimo apontamento*, in «Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família», Coimbra, Coimbra Editora/Centro de Direito da Família, ano 10, n.º 20, 2013, p. 79-80.

Tal explica-se pela natureza pessoalíssima dos deveres em questão, que não podem, em muitos casos, (ou na maioria dos casos), ser qualificados como deveres de carácter obrigacional.”

E mais tarde, em 2017⁵⁶, escreve:

“[Os deveres conjugais recíprocos] são, portanto predispostos para a salvaguarda não apenas do interesse do cônjuge a quem são *devidos*, mas para defesa da própria sociedade conjugal [...] Quando se viola deveres conjugais, pode, de facto, incorrer-se na violação de um direito de personalidade do outro cônjuge, violação essa que determina (ou pode determinar) o surgimento de uma pretensão indemnizatória; mas também ser apenas e só lesado o matrimónio *qua tale*, porquanto — a deixar-se intocável a personalidade do outro — a violação do dever apenas contendeu com a outra dimensão para o qual é predisposto [...] sempre que se constate a violação de um direito de personalidade, o cônjuge lesado pode — mesmo durante a constância do casamento — deduzir contra o lesante um pedido indemnizatório [...] Simplesmente, porque o que é afetado com a violação deles que não consubstancie, simultaneamente, a lesão da personalidade alheia é a relação matrimonial como um todo, as regras do instituto aquiliano só se tornam operantes a partir do momento em que se constata a rutura daquela. Em causa estão, portanto, os danos resultantes da dissolução do casamento, infligida pela violação dos referidos deveres [...] se o que é lesado com a violação dos deveres conjugais é o interesse da integridade da sociedade conjugal, os danos sofridos pelos cônjuges (ou pelo cônjuge tido como lesado) serão, para dado efeito, indiretos, pelo que, na falta de previsão expressa pelo legislador, poder-se-iam colocar ulteriores problemas. Quer isto dizer que, neste segmento específico, se abre uma hipótese especial de responsabilidade civil que, podendo não envolver a lesão da personalidade (e, portanto, de um direito absoluto), pode consubstanciar um desvio à regra do artigo 483.º CC, tanto mais que a lesão só indiretamente é sofrida pelo cônjuge. Trata-se, contudo, de um caso excepcional, resultado de uma rutura de uma relação matrimonial, que escapa às preocupações de limitação da responsabilidade do sistema.”

⁵⁶ *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, Princípio Editora, 2017, p. 149-152.

C. PAMPLONA CORTE-REAL e JOSÉ SILVA PEREIRA pareciam acompanhar a ideia que tive a ocasião de expor em 2010⁵⁷, quando afirmaram, em 2011⁵⁸:

“... a responsabilidade civil a que se refere o artigo 1792.º, n.º 1, nada tem a ver no seu alcance com a ruptura e inerente violação dos deveres conjugais, Mas tão só com a violação de direitos absolutos por força do relacionamento conjugal, v.g., no que ao direito à integridade moral e física ou ao direito de propriedade, entre outros, diga respeito [...] a lei só faz relevar os deveres conjugais, nos termos do citado artigo 1792.º, n.º 1, quando a sua inobservância possa beliscar direitos absolutos (nos termos gerais de direito, que não do direito especificamente conjugal. Há assim que fazer uma leitura “debilitadora” do alcance dos chamados deveres conjugais, que só extremadamente podem predeterminar situações de responsabilidade extracontratual, naturalmente apreciadas em tribunais comuns (é o caso, por exemplo, do crime de violência doméstica)”.

b) A jurisprudência

A jurisprudência maioritária dos tribunais superiores tem seguido a mesma linha da maioria da doutrina. Isto é, tem entendido que a lei n.º 61/2008 abandonou de vez a ideia da “fragilidade da garantia” dos deveres conjugais pessoais (que já vinha sendo geralmente afastada), de um modo claro: através da nova redação do art.º 1792.º. Assim, todas as violações de deveres conjugais poderiam dar lugar a indemnização. Neste sentido, basicamente, podem ver-se os acórdãos:

STJ 02.09.2012 (Hélder Roque):

“O lugar próprio da valoração da violação culposa dos deveres conjugais, que continuam a merecer a tutela do direito, é a acção judicial de responsabilidade civil para reparação de danos, processualmente, separada da acção

de divórcio [...] E a solução do novo texto do artigo 1792º, no 1, do CC, constitui uma alteração clarificada-ra que, repudiando, abertamente, a tese da fragilidade da garantia, contribui para uma utilização mais efectiva dos meios comuns de tutela entre os cônjuges”.

STJ 09.17.2013 (Mário Mendes):

“a lei deixou de fazer qualquer distinção entre os danos directamente resultantes da dissolução do casamento e os danos resultantes de factos ilícitos ocorridos na constância do matrimónio, nomeadamente os que possam ter conduzido ao divórcio [...] [A lei n.º 6172008] eliminou definitivamente aqueles que eram os últimos elementos subsistentes da doutrina da fragilidade da garantia, por via da qual a responsabilidade civil se não aplicava, pelo menos em princípio, no âmbito dos direitos familiares pessoais...”.

Relação de Lisboa 01.15.2015 (Luís Correia de Mendonça):

“No regime da Lei n.º 61/2008 a eventual violação ilícita e culposa dos deveres conjugais só pode ser apreciada no âmbito de um processo comum, separado da acção de divórcio, para ressarcimento de danos patrimoniais ou não patrimoniais”.

Os acórdãos referidos não fazem a distinção entre atos que apenas violam deveres conjugais e atos que, simultaneamente, violam direitos absolutos (direitos de personalidade), e entendem que todos são indemnizáveis.

STJ 05.12.2016 (Tomé Gomes):

“I — Sob a vigência do art. 1792.º do CC, na redação dada pelo DL n.º 496/77, de 25-11, no que respeita à admissibilidade do direito a indemnização por danos decorrentes da violação dos deveres conjugais pessoais, desenhavam-se, na doutrina nacional, duas perspetivas:

i) — uma de cariz tradicional, no sentido de negar tal direito, ancorada na tese da denominada fragilidade da garantia daqueles deveres;

ii) — outra, a sustentar a possibilidade de indemnização do cônjuge lesado, em acção autónoma à do divórcio, mesmo na constância do casamento, nos termos gerais

⁵⁷ *A nova lei do divórcio*, «Lex Familiae» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010, p. 5-32, p. 25.

⁵⁸ *Direito da Família, Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.ª ed. actualizada, Lisboa, aafld, 2011, p. 19-20.

da responsabilidade civil, considerando que os direitos conjugais revestiam a natureza jurídica de direitos subjetivos, não se justificando que a sua função institucional pudesse desmerecer aquela tutela.

II — Por sua vez, a jurisprudência foi abrindo caminho e sedimentando a orientação desta segunda perspectiva.

II — Com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31-10, e face à nova redação dada ao art. 1792.º do CC, reforçou-se a tese da 2.º perspectiva, embora existam ainda alguns autores a sustentar, face à abolição do divórcio-sanção, que a violação dos deveres conjugais pessoais deixou de merecer a tutela direta por via do instituto geral da responsabilidade civil”.

Este acórdão apresenta a distinção entre atos que apenas violam deveres conjugais e atos que, simultaneamente, violam direitos absolutos (direitos de personalidade), acompanha a doutrina que mantém a tutela civil para os atos que violam apenas os deveres conjugais, mas concluiu que o comportamento do réu “se mostra lesivo da integridade psíquica da A., inscrevendo-se, portanto, na esfera da tutela dos seus direitos de personalidade”. Pode discutir-se, creio eu, se esta lesão assume gravidade que vá para além das perturbações importantes do quotidiano e do desgosto sentido pela autora.

Relação de Lisboa, 07.13. 2017 (Maria José Mouro):

“A lei 61/2008, de 31-10, terminou com a declaração de culpa no divórcio e com as consequências patrimoniais negativas associadas a essa declaração [...] Afastou, porém, a denominada tese da «fragilidade da garantia»”.

Este acórdão parece apoiar-se no acórdão do STJ referido imediatamente acima, e cita em seu apoio AIDA FILIPA FERREIRA DA SILVA: «No quadro do nosso direito [...] a sanção para a violação dos deveres conjugais é a reparação dos danos resultantes de tal incumprimento e já não o divórcio, como era anteriormente entendido por grande parte da doutrina e da jurisprudência».

Pode discutir-se, creio eu, que todos os atos provados signifiquem mais do que violações desagradáveis dos deveres conjugais para significarem ofensas aos direitos de personalidade. Por exemplo: “a ridicularização reiterada (ainda que sem exposição pública) da crença religiosa, formação profissional (ou falta dela) ou posição política de um dos cônjuges; a embriaguez e toxicodependência crónica (sobretudo, com a recusa de tratamento); a desonra pela condenação por crime (ou tentativa) contra terceiro.

Divergindo desta orientação, no fundamental, afirmando que os danos resultantes da violação de deveres conjugais só são indemnizáveis se os atos significarem simultaneamente lesões dos direitos de personalidade, podem ver-se os acórdãos:

Relação de Coimbra 11.10.2015 (Jorge Arcanjo):

“A teoria da fragilidade da garantia foi, por isso, postergada, pelo que a violação dos deveres conjugais pode implicar uma situação de responsabilidade civil extrac contratual e daí que o art.1792 n.º1 CC reforce que o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro, nos termos gerais da responsabilidade civil, ou seja, na cláusula geral do art. 483 do CC.

Uma acção com estes contornos pressupõe a comprovação dos pressupostos típicos da responsabilidade civil, importando, desde logo indagar da violação ilícita dos direitos de outrem, máxime dos direitos de personalidade, e dos danos.

Não está em causa, por conseguinte, as implicações da violação dos factos que consubstanciam os deveres conjugais na perspectiva da cessação do casamento, ou como fundamento do divórcio, mas como elementos da responsabilidade civil delitual”.

Pode discutir-se, creio eu, que os factos alegados pela autora possam significar violações dos direitos de personalidade: “tendo-se divorciado por

mútuo consentimento em 13/8/2013, só mais tarde, no início de 2014, tomou conhecimento de que o Réu manteve secretamente um relacionamento extraconjugal, tendo uma filha de nome M..., nascida em 18/6/2005, situação que configura violação dos deveres de respeito e fidelidade, por se sentir humilhada e de que a sua vida matrimonial foi uma “farsa”. Isto é, talvez o tribunal esteja a admitir a indemnização de um dano proveniente de um facto que não tenha ultrapassado, afinal, a violação de deveres conjugais.

Relação do Porto 09.26.2016 (Carlos Gil):

“Quanto aos restantes danos, não patrimoniais e patrimoniais, causados por um cônjuge ao outro são ressarcíveis, nos termos gerais da responsabilidade civil e mediante ação a intentar nos tribunais comuns. A remissão da ressarcibilidade destes danos para o regime geral da responsabilidade civil significa a sua sujeição às regras da responsabilidade aquiliana.”

Relação de Évora 01.26.2017 (Silva Rato):

“I — É legítimo ao cônjuge cuja *lesão* decorra da prática, pelo outro cônjuge, na constância do matrimónio, de factos ilícitos violadores dos deveres conjugais, que consubstanciem também a violação dos seus direitos de personalidade, demandar o cônjuge lesante, peticionando indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais da responsabilidade civil aquiliana [...] “...pode o cônjuge lesado demandar o outro cônjuge para o pagamento dos danos patrimoniais decorrentes da prática de factos ilícitos violadores dos deveres conjugais, concomitantes aos direitos de personalidade, ocorridos na constância do matrimónio, por exemplo pela prática da violação da integridade física do cônjuge agredido...”

Apesar das afirmações citadas, também se lê:

“...é admissível a indemnização do cônjuge lesado, por danos não patrimoniais resultantes da violação dos deveres conjugais na constância do matrimónio, *em particular* se essa violação constituir simultaneamente violação dos direitos de personalidade” (itálico meu);

E transcreve-se abundantemente o acórdão do STJ de 05.12.2016, pelo que não parece seguro que o presente acórdão só admita a reparação dos danos no caso de o ato lesivo ofender direitos de personalidade, e não apenas deveres conjugais.

Como resulta do que ficou escrito, a jurisprudência maioritária não tem acompanhado a ideia que se pretendeu instalar no direito português, com a lei n.º 61/2008. Nesta intervenção legislativa, o objetivo foi o de abandonar uma garantia dos deveres conjugais que fosse especificamente talhada pelo direito matrimonial e, num sentido oposto, acentuar formalmente a aplicação da tutela geral contra as violações de direitos de personalidade que se cumulassem com as violações dos deveres conjugais. Assim, muitas violações de deveres conjugais deixariam de ser tuteladas, para serem deixadas à autoregulação dos cônjuges e à saída (fácil) do divórcio; outras violações, que se traduzissem simultaneamente em lesões dos direitos de personalidade, seriam processadas à margem do casamento e do divórcio, como se ocorressem entre dois cidadãos quaisquer. Por outras palavras, só seriam indemnizáveis os danos na personalidade, provocados pela violação de direitos absolutos, em tribunal competente para a responsabilidade civil aquiliana.

VI. A minha posição

a) Violações endofamiliares — violações de direitos de personalidade

Julgo que a maioria da doutrina e da jurisprudência desprezam toda a evolução que se tem verificado no quadro europeu acerca da culpa dentro casamento, acerca da liberdade dos cônjuges e acerca da tutela dos direitos fundamentais. E desprezam o quadro geral de valores que a reforma

de 2008 introduziu no sistema português. Não se pode dizer que não se baseiem na letra da lei (art. 1792.º), tal como ela foi efetivamente publicada; mas apenas se baseiam na letra da lei.

Para a caracterização do regime vigente em Portugal, já escrevi⁵⁹:

“Ainda e sempre com o fundamento da irrelevância da culpa, e da ausência de uma declaração e graduação das culpas, a Lei n.º 61/2008 modificou muito o regime que vigorava sobre reparação de danos.

A dissolução do casamento assenta num princípio de ruptura objectiva, baseada em factos que mostram a cessação definitiva do projecto matrimonial. Sendo assim, não se procura um culpado nem um principal culpado; nem um inocente, que possa ser considerado o lesado e, portanto, o titular de um direito de indemnização pela violação dos deveres conjugais. Seguindo esta lógica até ao fim, poderia nem se encontrar, de todo, uma previsão de “reparação de danos”.

O artigo 1792.º vigente, porém, prevê que possa haver lugar a responsabilidade civil, nos termos gerais. Ou seja: é verosímil que certos factos praticados por um cônjuge constituam ilícitos civis, violações dos direitos de personalidade do outro cônjuge, dignos de tutela do Direito. As pretensões de indemnização devem ser apresentadas nos tribunais próprios, apreciadas e decididas com os critérios próprios da responsabilidade civil entre cidadãos⁶⁰ [...] Os ilícitos que podem fundamentar uma obrigação de indemnizar, portanto, não resultam da mera violação de deveres especificamente conjugais; os ilícitos resultam da violação de deveres gerais de respeito, de ofensas a direitos de personalidade e a direitos fundamentais. Por exemplo: um adultério não tem de ser fundamento para uma indemnização; mas sê-lo-á, provavelmente, se for acompanhado de publicidade ou de qualquer forma de crueldade moral. Esta foi a ideia

que presidiu às alterações; mas, afinal, serão os tribunais a dar corpo ao regime”.

Mantenho hoje que a lei de 2008 exprimiu a tendência de *retraimento do legislador na regulação da intimidade*, que vinha fazendo o seu curso nos países que nos inspiram. Este retraimento é um modo de dizer que os sistemas jurídicos — em face do pluralismo moral e da criatividade social que se vem registando⁶¹ — desvalorizam a proteção do casamento como uma instituição moldada nos cânones tradicionais, ao mesmo tempo que fazem sobressair os direitos de personalidade dos indivíduos casados; designadamente, entregam progressivamente nas mãos destes a *liberdade de ação para o desenvolvimento da sua personalidade*, sobretudo nas matérias pessoalíssimas que implicam o conteúdo habitual do matrimónio e a própria subsistência deste. Daí a progressiva desvalorização do carácter impositivo dos deveres conjugais — que nunca poderiam ter (nem nunca tiveram) uma garantia jurídica normal; e também a facilidade para sair do casamento (em vez das restrições antigas) que permite corrigir todo o percurso em vez de admitir ressarcimentos (aliás impraticáveis, como disse F. Pereira Coelho em 1986) de danos endofamiliares.

Mantenho também que o regime de 2008 quis afastar qualquer juízo de culpa *no âmbito especificamente matrimonial*, tanto como pressuposto do decretamento do divórcio, quanto para os efeitos tradicionais, que distinguem a contribuição dos cônjuges para o fracasso do casamento e penalizavam o culpado ou o principal culpado. Não só desapareceu o divórcio fundado na violação culposa dos deveres conjugais (art. 1781.º) mas também se apa-

⁵⁹ *A nova lei do divórcio*, «Lex Familiae» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010, p. 5-32, p. 25; e *Curso de Direito da Família*, tomo I, vol. I: Introdução. Direito Matrimonial, em co-autoria com Prof. Doutor Francisco Manuel Pereira Coelho, 5.ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 789-790.

⁶⁰ Para ser inteiramente explícito, o novo texto deveria dizer “... responsabilidade civil extracontratual ...”.

⁶¹ Basta notar que, em pouco tempo, generalizaram-se ideias e aspirações pouco menos do que surpreendentes, como a maternidade baseada no afeto ou na vontade, o divórcio livre apenas fundado na falta de afeto, a equiparação da união de facto ao casamento, e a multiparentalidade.

garam as penalizações nos regimes da concessão de alimentos (art. 2016.º), da perda de benefícios (art. 1791.º) e do regime da partilha (art. 1790.º), que se fundavam no teor da declaração de culpa — declaração de culpa que, aliás, desapareceu (art. 1787.º).

O art. 1792.º pretendeu evitar toda a discussão sobre a culpa entre os cônjuges, quer esta discussão se fizesse na ação de divórcio ou em ação autónoma; por esta razão, apenas admitiu, na ação de divórcio, o pedido de indemnização fundado na al. b) do art. 1781, pois esta indemnização não depende de uma apreciação de culpa. O sentido do art. 1792.º é o de afirmar que apenas são indemnizáveis as violações de direitos absolutos, nos tribunais comuns da responsabilidade civil extracontratual; os atos dos cônjuges ou ex-cônjuges serão irrelevantes pela qualidade dos sujeitos, e apenas relevantes enquanto atos de cidadãos que violam direitos de personalidade e direitos fundamentais de outros cidadãos. Dito por outras palavras, os comportamentos cuja ilicitude nasça do casamento, ou que só relevem a partir dele por ofenderem valores especificamente matrimoniais⁶² em vez de violarem direitos prévios de que toda a pessoa nasce titular, não suscitam responsabilidade civil, que seria a responsabilidade extracontratual.

Assim, o *dever de fidelidade* — e a ilicitude do adultério — só podem ter sentido dentro do matrimónio e por causa do matrimónio; a sua existência e avaliação não radicam em qualquer direito de personalidade que qualquer indivíduo traz consigo pelo facto de nascer. O ato violador pode causar um dano endofamiliar; só pode ser avaliado dentro do perímetro do casamento.

O *dever de coabitação* também não tem existência própria antes ou fora de um matrimónio. Esta-

⁶² Neste sentido SCHWAB, *ob. cit.*, p. 63, n.º 145 e também NINA DETHLOF, *ob. cit.*, p. 59, n.º 16.

belece-se dentro da relação bilateral do casamento, e as suas violações também não ofendem qualquer direito de personalidade, com efeitos absolutos, que seja inerente à personalidade humana; só podem configurar um dano endofamiliar.

O *dever de cooperação* importa para os cônjuges “a obrigação de socorro e auxílio mútuos e a de assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram”, isto é, obriga os cônjuges a ampararem-se mutuamente, e obriga-os a participarem nas decisões sobre os assuntos de interesse comum. Também este dever de cooperação conjugal, nas várias formas que assume, é um dever que apenas tem sentido no quadro de um matrimónio — nasce com este e extingue-se com este. Ninguém nasce com um direito de personalidade, absoluto, com tal conteúdo; de facto, ninguém tem um direito à cooperação conjugal, salvo se estiver dentro de um quadro matrimonial. As infrações típicas destes deveres conjugais podem ser apenas violações endofamiliares⁶³.

O valor do *dever de respeito* é mais complexo. Por um lado, sendo um dever residual ao lado dos outros que estão especificados, está sempre presente, mas sem relevo autónomo; isto é, se um cônjuge viola o dever de fidelidade, o dever de coabitação ou o dever de cooperação, — sem atingir direitos de personalidade — está a desrespeitar o estatuto matrimonial do outro, está a praticar infrações endofamiliares, que apenas violam o estatuto conjugal do outro. Simultaneamente, o *dever de respeito* tem o sentido de que cada membro do projeto conju-

⁶³ É claro que não está em causa o dever de garante, baseado em especiais “relações fácticas de solidariedade”, que justifica a equiparação da ação à omissão, em direito penal (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 941). Nestes casos são ofendidos, obviamente, direitos absolutos do lesado, direitos de personalidade; pelo contrário, no texto fala-se apenas em direitos relativos, de conteúdo meramente conjugal.

gal tem um dever especial de se abster de lesões dos direitos absolutos do seu cônjuge — um dever *maior* do que qualquer outra pessoa. Assim, no caso de um cônjuge violar direitos de personalidade do outro, o dever conjugal de respeito parece impor a *qualificação das infrações* contra os direitos de personalidade deste.

Neste quadro, é difícil imaginar que os interesses globais da lei de 2008 fossem satisfeitos com a transferência da apreciação dos factos reveladores da tradicional culpa matrimonial e da sua graduação para outra ação e outro tribunal... como parece ter sido singelamente dado por adquirido pela maioria da doutrina e da jurisprudência. Também é difícil imaginar que o novo regime tivesse considerado como razoável eliminar a sanção do divórcio e das suas consequências patrimoniais desfavoráveis, mas deixar a porta aberta à aplicação de sanções pecuniárias a título de indemnização por danos especificamente matrimoniais; é que, desta maneira, continuaria a limitar a liberdade de pedir o divórcio, ao repor tudo o que se quis efetivamente eliminar: a prova das violações, a prova da culpa e a graduação das culpas de cada cônjuge, ainda que não tivessem sido violados direitos fundamentais/de personalidade.

Tudo se compreende melhor se se tiver presente que a lei pretendeu introduzir *um novo equilíbrio*. Depois de séculos de imunidade conjugal total (*ausência de garantia*), chegou a encontrar-se um equilíbrio entre a indemnização de *todos* os danos sofridos pelo cônjuge inocente e a proteção da família contra as intromissões dos tribunais, passando a indemnização para depois da dissolução do casamento (*fragilidade da garantia*); em 1986, F. Pereira Coelho⁶⁴ veio a admitir a possibilidade de

indemnização imediata dos danos, reconhecendo porém que seria difícil e raro harmonizar, em termos práticos, o exercício da responsabilidade civil com a permanência do estado de casado (outra forma de *fragilidade da garantia*); agora, continua a procurar-se um equilíbrio entre a natureza especial do casamento e o princípio geral da indemnização por danos — ignoram-se as violações meramente endofamiliares (*ausência de garantia* para estas) e assume-se formalmente que se indemnizam imediatamente todos os danos resultantes da violação dos direitos fundamentais/de personalidade (*reforço da garantia* para estes). Entendeu-se que este novo equilíbrio harmonizava a tendência para a desregulação da intimidade e do matrimónio, por um lado, e o reforço dos direitos fundamentais/de personalidade, por outro.

Neste sentido, o casamento é, de facto, uma *área de exceção*. Vendo bem, o regime do casamento — quer nos aspetos pessoais quer nos aspetos patrimoniais — é um grande conjunto de exceções ao regime geral dos contratos, da propriedade, da administração de bens, e da responsabilidade civil⁶⁵. E neste ponto que agora interessa, já não é novidade que a regra geral da responsabilidade civil expressa nos arts. 2361.º CSeabra e 483.º CCiv não se aplicou na área do casamento, ainda que não se encontrasse na lei qualquer norma que suportas-

⁶⁵ Como exemplos, o casamento é um contrato que quase não permite liberdade contratual, tirando a liberdade de casar ou de não casar, de escolher o outro contraente e, hoje em dia, de fazer cessar o vínculo; o regime das invalidades do ato mostra causas taxativas e muito diferentes das que valem para os contratos (art. 1627.º e segs.); nunca se admitiu a presunção de culpa contra os violadores do contrato de casamento; sempre se consideraram formas de dissolução privativas (art. 1773.º e segs.); um cônjuge pode administrar bens alheios (art. 1678.º, n.º 2, *g*); os rendimentos dos bens próprios são comuns (art. 1728.º, n.º 1); há regras especiais para a responsabilidade por má administração de bens (art. 1681.º); há bens comuns que respondem por dívidas exclusivas de um cônjuge (art. 1696.º, n.º 2); as convenções antenuciais são imutáveis (art. 1714.º, n.º 1); os cônjuges estão proibidos de fazer contratos de compra e venda e de sociedade (art. 1714.º, n.º 2), etc.

⁶⁴ *Curso...*, policopiado, cit., p. 3, nota 1.

se tal restrição. Naquela época, pretendia-se proteger a estabilidade do casamento-instituição; hoje, o predomínio vai para a proteção da liberdade de cada cônjuge de não permanecer casado. Ora, quer a tutela plena dos deveres conjugais (quando não esteja em causa a violação de direitos de personalidade) quer a responsabilidade civil pela dissolução do casamento poderiam constituir obstáculos ao exercício do direito ao divórcio⁶⁶ — hoje facilitado, pelas mesmas razões de defesa do desenvolvimento da personalidade. Por estas razões se procurou, na lei de 2008, *um novo equilíbrio*, como se disse acima, que deixa por indemnizar as meras violações endomatrmoniais e que deixa a porta da saída do casamento disfuncional mais aberta; por isto é que, também neste ponto concreto, o casamento é, de facto, uma área de exceção.

b) Duas maneiras de evitar o regime pretendido pela lei de 2008

Dito isto, julgo que há duas formas de rejeitar o espírito da lei de 2008, nesta matéria.

Uma destas é continuar a recorrer à responsabilidade civil contratual para indemnizar os danos emergentes das violações endofamiliares, resultantes das infrações exclusivas aos deveres conjugais pessoais; a doutrina dominante tem-no feito, acompanhada pela jurisprudência maioritária⁶⁷.

⁶⁶ Todos conhecem o caso paralelo e tradicional, que recorre a uma justificação do mesmo tipo: é o caso da limitação da reparação dos danos provocados pela rutura da promessa de casamento. Na verdade, em vez de uma responsabilidade total segundo as regras gerais da quebra dos contratos-promessa, a lei limita o âmbito do ressarcimento, (art. 1591.º); e a razão está na vontade de garantir a plena liberdade de casar, que poderia ficar comprometida pela ameaça de uma obrigação de indemnizar pesada. Também a ameaça de reparação de todos os danos resultantes das violações endomatrmoniais poderia limitar o exercício do direito ao divórcio.

⁶⁷ Aconteceu em outros países, como escrevia LAURA LÓPEZ DE LA CRUZ, em 2010: “... de facto, estamos a assistir a uma nova corrente punitiva que pretende castigar o cônjuge incumpridor, obrigando-o a

Outra forma será alegar que sempre que se infringe um dever conjugal pessoal há também violação de um direito de personalidade e, portanto, responsabilidade extracontratual. Este alargamento parece encontrar-se, designadamente, no acórdão do STJ de 05.12.2016 e no acórdão da Relação de Lisboa de 07.13.2017.

No acórdão do STJ, de 05.12.2016, onde se diz que a violação dos deveres conjugais implicou também a lesão do direito de personalidade à integridade psíquica, embora não “se tenha logrado caracterizar uma patologia depressiva profunda, [...] nem se divisando [...] que tal situação se tivesse vindo a agravar ao longo do tempo, admitindo-se até, à luz da experiência comum, que o abalo psíquico da A. tenha sido mais acentuado nos primeiros anos...”. Será que tinha razão o voto de vencido do acórdão recorrido, quando afirmou que se trataria apenas de “frustração e desalento decorrente do malogro das relações afectivas inerente ao “risco próprio da vivência inter-pessoal (risco *de desamor*)”?

No acórdão da Relação de Lisboa, de 07.13.2017, logo o sumário afirma: “Entre os deveres conjugais aludidos no art. 1672 do CC encontra-se o dever de respeito — cada cônjuge tem

pagar uma quantia económica. Assim, a própria sentença da Audiência Provincial de Cádiz, de 3 de abril de 2008, reconhece que, por força das modificações das normas reguladoras do divórcio pela lei 15/2005, de 8 de junho, desapareceu a possibilidade de pedir a separação ou o divórcio por violação dos deveres emergentes do casamento, pelo que é preciso impor uma outra forma de sanção que se traduz no ressarcimento do dano gerado [...] em casos como estes, corre-se o grave risco de introduzir no nosso ordenamento o sistema da culpa através da indemnização do dano moral resultante, tal como sucedeu em Itália com o conceito de “imputabilidade” da separação (*addebito*) ou em França, com a indemnização pelo divórcio. Num sistema como o nosso, em que desapareceu o divórcio causal e em que o direito a extinguir o matrimónio constitui um direito enquadrável entre aqueles que garantem a liberdade da pessoa, não parece que seja cabido admitir uma nova forma de sancionar o cônjuge, impondo-lhe penas económicas em função da sua conduta, sempre que esta se afaste das regras morais socialmente estabelecidas” (*art. cit.*, p. 30-1).

o especial dever de respeitar os direitos individuais do outro, abrangendo o dever de respeito desde logo, os direitos inerentes à personalidade”; assim tornam-se coincidentes os direitos especificamente conjugais, que nascem com o casamento, e os direitos de personalidade que nascem com o indivíduo. Depois, foram relevantes factos como: “aos fins-de-semana fumava “erva” e haxixe, tendo para tanto em cultivo caseiro algumas plantas”; “estando uma torneira da casa de banho do r/c da casa do casal a pingar já há muitos dias sem que, apesar dos pedidos da A., o R. a arranjasse ou mandasse arranjar, foi preciso a A. chamar o seu padasto, o “pai José”, como lhe chama, para substituir a sola da torneira”; “começou a “berrar” à A”; “estavam a consumir haxixe e álcool frente à TV, deixando os objetos próprios daquele consumo expostos na mesa da sala; “nem se mexeram, nem a saudaram, foi como se não existisse, como se não estivessem em sua casa; a A. sentiu-se humilhada”; “quando foi buscar as suas roupas e outros objetos de uso pessoal, o R. tinha-as encaixotado e deixando as gavetas onde estavam arrumadas todas reviradas”; “A separação e pedido de divórcio trouxe à A. algum sofrimento”; “a ridicularização reiterada (ainda que sem exposição pública) da crença religiosa, formação profissional (ou falta dela) ou posição política de um dos cônjuges” [...] “Ou seja, a perda do equilíbrio emocional, com a necessidade de recurso a auxílio psicológico, foi a consequência de “tudo” — do desmoronar do casamento, da circunstância de ter deixado a casa que era o seu lar, construída sobre terreno que fora da sua família, mas, também, dos comportamentos do R. acima assinalados, violadores do dever de respeito e ofensivos do amor-próprio, da sensibilidade e susceptibilidade da A. Os ditos comportamentos do R. foram concausais da perda de equilíbrio emocional da A., ha-

vendo contribuído para a deterioração da relação conjugal”.

Este alargamento dos direitos de personalidade — de tal modo que eles passariam a abranger sempre os direitos especificamente conjugais — acabaria por sugerir um pretensão direito à felicidade, um direito a ter um cônjuge respeitador do amor-próprio, dedicado, colaborante, afetuoso e fiel; e, no limite, toda a indelicadeza, desleixo, falta de afeto ou infidelidade, constituiriam violações culposas do dever de respeito, logo indemnizáveis extracontratualmente. Ora, não existe um tal direito à felicidade conjugal, nem se pode alargar deste modo o círculo e o conteúdo dos direitos de personalidade.

c) O dano da dissolução do casamento

Entendo que não é indemnizável o dano da dissolução do casamento.

Em primeiro lugar, o pedido de dissolução, verificados os pressupostos legais, é um ato lícito — tributário do direito ao livre desenvolvimento da personalidade — que, portanto, não gera uma obrigação de indemnizar⁶⁸; para a dissolução dar lugar a reparação do dano eventualmente sentido pelo outro cônjuge, teria de haver preceito adequado, mas tal preceito está expressamente pensado apenas para a dissolução requerida com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge [art. 1781.º, b)].

Em segundo lugar, pode notar-se que o art. 1792.º CCiv previa a indemnização do dano da dissolução, mas deixou de o prever, em 2008, salvo no caso excepcional referido atrás.

⁶⁸ Como se escreveu no ac. da Relação do Porto, de 09.16.2016 (Carlos Gil): “porque a dissolução do casamento por divórcio corresponde ao exercício de um direito potestativo, na falta de previsão legal expressa a estatuir a obrigação de compensação desses danos com base em facto lícito, afigura-se-nos que tais danos não patrimoniais derivados da dissolução do casamento não serão compensáveis”.

Por último, a reparação do dano da dissolução do matrimónio só tem sentido quando o sistema protege concretamente a estabilidade do casamento, em vez de dar prioridade ao exercício da liberdade de não permanecer casado. Ora, não é possível afirmar que a manutenção do vínculo tem sido uma preocupação dos legisladores ocidentais, e do legislador português, sobretudo em face da lei n.º 61/2008; na verdade, a ideia do casamento-instituição tem perdido a preferência social em toda a parte, em favor da liberdade individual dos cônjuges no sentido da conformação da sua vida íntima, no quadro do desenvolvimento da sua personalidade. O que tem feito o seu curso, em toda a parte, é a desregulamentação do divórcio, no sentido de tornar mais fácil a saída de um casamento falhado.

Por tudo isto, o dano da dissolução só se manteve indemnizável no caso excecional da alteração das faculdades mentais, por força de escrúpulos compreensíveis⁶⁹.

⁶⁹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA continua a pressupor a tutela autónoma da “profunda realidade institucional” do casamento e, com base neste pressuposto, sustenta o recurso à responsabilidade extracontratual para indemnizar o dano da dissolução do matrimónio e os danos indirectos sofridos pelos cônjuges, que levaram à rutura do casamento; o art. 1792.º, por sua vez, seria a norma que legitima este regime, que “abre uma hipótese especial de responsabilidade civil”, em desvio ao art. 483.º (ob. cit., p. 152).

A meu ver — e sem prejuízo de respeitar o habitual nível da argumentação técnica — os pressupostos de que parte a autora não são os pressupostos que justificaram o regime da lei de 2008. Na verdade, esta lei não pretendeu consagrar a defesa do casamento-instituição, sobretudo numa época em que seria contrário ao movimento europeu (pelo menos) fazê-lo; por outro lado, não houve qualquer sinal de que o texto do art. 1792.º pretendesse abrir uma área excecional de responsabilidade civil aquiliana, situada para além da regra geral do art. 483.º. Mantenho, portanto, que não são indemnizáveis quer a dissolução do casamento quer os danos indirectos sofridos pelos cônjuges que não resultem, simultaneamente, de ofensas aos seus direitos de personalidade.

d) Os deveres conjugais pessoais ainda são deveres jurídicos?

A circunstância de os deveres conjugais pessoais não beneficiarem de tutela jurídica, nem sequer da possibilidade do infrator ser compelido a indemnizar um dano (quando não estiver em causa simultaneamente uma violação de um direito de personalidade), tem suscitado a dúvida de saber se esses deveres pessoais ainda são *deveres jurídicos* ou se são apenas deveres morais ou sociais.

Para referir alguns exemplos das dúvidas sobre este problema:

— “Não só a duvidosa índole jurídica dos assim chamados deveres conjugais...”⁷⁰

— “estes deveres não constituem na realidade verdadeiras obrigações, pois embora tenham um alto conteúdo moral ou ético, não são diretamente coercíveis”⁷¹;

— “o direito da família procura regular, em geral, um tipo de relações tão especiais e complexas do ponto de vista humano que, na realidade, são dificilmente redutíveis a puras normas jurídicas. [...] Os deveres recíprocos dos cônjuges na esfera pessoal estão regulados nos artigos 67.º e 68.º. Em todo o caso trata-se de deveres de conteúdo ético dificilmente coercíveis”⁷²;

— “Antes de entrar no exame particular de cada dever há que assinalar que quase todos eles têm uma forte dose de conteúdo moral...”⁷³.

— “Nesta fase de transição avançada de uma disciplina das relações familiares com um forte recorte institucional para uma regulamentação centrada progressivamente sobre a proteção dos direitos individuais, a crescente

⁷⁰ C. PAMPLONA CORTE-REAL e JOSÉ SILVA PEREIRA, *Direito da Família, Tópicos para uma reflexão crítica*, ob. cit., p. 130.

⁷¹ MARÍN LOPEZ, In Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coordenador), *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, 4.ª ed., Madrid, Bercal AS, 2015, p. 70.

⁷² MARÍA LINACERO DE LA FUENTE, In María Linacero de la Fuente, (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, Valência, Tirant lo Blanch, 2016, p. 131-2.

⁷³ MANUEL ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 12.ª ed. atualizada por S. Díaz Alabart, Madrid, Edisofer SL, 2013, p. 115.

privatização do casamento que daí resulta faz duvidar da natureza das regras que o código civil contém, particularmente daquelas que preveem deveres não coercíveis como os de fidelidade, assistência moral, colaboração e coabitação. A constatação de que o respeito dos deveres conjugais é confiado mais ao cumprimento espontâneo do que à força do direito [...] testemunha uma mudança no ordenamento, que parece ter renunciado a sancionar o respeito pelas regras que são dirigidas essencialmente à consciência íntima da pessoa”⁷⁴.

— “Embora os deveres pessoais que emergem do casamento sejam verdadeiros deveres jurídicos...”⁷⁵.

— “Para o BGB o regime do casamento é de uma relação privada. Por isto, a lei não define um padrão para o desenvolvimento pessoal do casal [...] O direito matrimonial mudou muito: já não há justiça privada, nem se exerce uma coação jurídica estatal. Lá que muitas pessoas ainda reconheçam preceitos morais como conteúdo do casamento é verdade, e ainda bem. Mas esta moral não é imposta juridicamente [...] Por isso, pode questionar-se até onde vai a autonomia do casal e até onde é viável um modelo legal do casamento”⁷⁶.

É que, se ainda se pode reconhecer na consagração dos chamados “deveres recíprocos dos cônjuges” a adoção de uma “ordem de sentido” na direção da Justiça, já a falta de coercibilidade para o cumprimento — quer sob a forma de coação para o próprio facto do cumprimento, quer ao menos sob a forma de reparação por equivalente (indenização) no caso de incumprimento — justifica a pergunta. Por outro lado, segundo a classificação tradicional, as normas que definem os “deveres recíprocos dos cônjuges” seriam *leges imperfectae*; e logo J. Baptista Machado pergunta se “poderá haver normas jurídicas cuja violação não importe efeitos jurídicos?”⁷⁷.

⁷⁴ MICHELE SESTA, *Manuale di Diritto di Famiglia*, cit., p. 70.

⁷⁵ SCHWAB, *ob. cit.*, p. 61.

⁷⁶ NINA DETHLOFF, *ob. cit.*, p. 54-6.

⁷⁷ *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 96.

Embora eu não tenha a competência para dar a resposta que aquele eminente autor omitiu, sempre me parece útil mencionar que, se o facto do não-cumprimento do dever pessoal — a infração verificada — não dá lugar a uma indemnização do dano que eventualmente tenha sido sentido (mostrando assim a ausência de tutela que pode comprometer a natureza jurídica da norma) a verdade é que o facto não deixa de ter relevo jurídico. Na verdade, as infrações conjugais — se não relevam como factos geradores de responsabilidade civil — podem relevar como factos que mostram uma *rutura definitiva e objetiva* do casamento, nos termos do art. 1781.º, al. d); e também podem relevar para a formação do juízo de iniquidade que justifica a *negação do pedido de alimentos*, nos termos do art. 2016.º, n.º 3. Admito ainda que o dever de respeito dos cônjuges reforce o dever de abstenção de atos capazes de causar danos nos direitos de personalidade, sendo, portanto, apto a *qualificar* as infrações praticadas. Também assim, no âmbito criminal, a “exigência intensificada de respeito pela vida do outro com que se resolveu constituir família ou formar uma comunhão de vida” não só parece fundamentar o *efeito qualificador*⁷⁸ nos crimes de homicídio [art. 132.º, n.º 2, b), CPen] e de ofensa à integridade física (art. 145.º, n.º 2, CPen), mas também participa do fundamento do crime de violência doméstica (art. 152.º, CPen), (ainda que, por vezes, não tenha nascido, tecnicamente, um dever *conjugal* de respeito⁷⁹).

Será que estas consequências legais podem garantir o estatuto de normas jurídicas às regras que definem os deveres conjugais recíprocos?

⁷⁸ J. FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, *Comentário comimbricense ao Código Penal*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 58.

⁷⁹ Cfr. *IDEM*, p. 59.

VII. Uma correção que se impõe

O regime da responsabilidade civil entre os cônjuges não ficou bem organizado na lei n.º 61/2008; e como também não foi suficientemente explicado, sobrevieram dúvidas persistentes.

a) A norma central do regime ficou no lugar em que estava, isto é, no art. 1792.º. O que pode explicar-se, em primeiro lugar, porque era nesse lugar que se costumava regular a responsabilidade civil decorrente do casamento, apesar das dúvidas que o regime sempre levantou; em segundo lugar, porque se pretendia manter em vigor uma parte da norma: aquela que dizia respeito à dissolução baseada na alteração das faculdades mentais de um cônjuge; e em terceiro lugar, porque parecia ser o lugar mais visível para mostrar a formalização da abertura para a responsabilidade civil entre os cônjuges, que não ficasse vinculada ao dano da extinção do casamento, como se dizia até então.

Porém, a opção sistemática não deve ter sido boa, como se percebe pelas interrogações que suscitou [cfr., p. ex., o ac. do STJ de 05.12.2016 (Tomé Gomes) e Mafalda Miranda Barbosa, *ob. cit.*, p. 151].

b) Como venho escrevendo desde 2010⁸⁰, o texto do art. 1792.º, n.º 1, devia ter dito “responsabilidade civil extracontratual”, porque era este segmento do regime da responsabilidade civil que se queria realmente eleger.

Já apresentei acima as razões para esta escolha — que se prendem com o enfraquecimento jurídico do vínculo conjugal que a sociedade vinha reclamando e a lei de 2008 acolheu em várias passagens, com o retraimento do Estado na regulação da inti-

midade, com o privilégio da liberdade dos cônjuges em matéria pessoalíssima e, concretamente, com a exclusão de todo o juízo sobre a culpa, e a sua graduação, na área das relações mais íntimas dos cônjuges.

Assim, o texto do art. 1792.º, n.º 1, (onde quer que se tivesse localizado), devia afirmar: “O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil *extracontratual* e nos tribunais comuns”.

c) Em alternativa à mera correção literal do art. 1792.º, n.º 1, que tenho repetidamente justificado, julgo que teria sido possível produzir uma norma que afirmasse que a mera violação dos deveres conjugais pessoais, isto é, sem violação concomitante de direitos de personalidade, não justificaria a obrigação de indemnizar. Esta norma talvez ficasse bem junto da enunciação dos referidos deveres recíprocos dos cônjuges — 1672.º, n.º 2: “A violação dos deveres conjugais pessoais que constitua, simultaneamente, uma lesão de direitos de personalidade dá ao lesado o direito a ser reparado nos termos gerais da responsabilidade civil extracontratual”.

VIII. Uma interpretação restritiva tradicional

A deficiência literal que tem traído as intenções do art. 1792.º não impede que se conheça hoje, e se respeite, o espírito global das normas da lei de 2008.

Parece ocioso dizer, hoje em dia, que a valorização do elemento teleológico da lei deve prevalecer sobre o elemento literal, de tal modo que, como se diz na dogmática tradicional:

— “o intérprete não deve deixar-se arrastar pelo alcance aparente do texto, mas deve restringir este em termos de

⁸⁰ *A nova lei do divórcio*, «Lex Familiae» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010, p. 5-32, p. 25.

o tornar compatível com o pensamento legislativo...”⁸¹;

— “...o método teleológico tem-se vindo a deslocar cada vez mais para um primeiro plano em relação à «interpretação literal» [...] deve importar mais o fim e a razão de ser que o respectivo sentido literal [...] restringindo uma fórmula legal com alcance demasiado amplo. Nestes últimos casos fala-se de interpretação [...] restritiva”⁸²;

— “Quando [...] o sentido literal, o contexto significativo e a compatibilidade lógica das proposições jurídicas ainda deixam espaço aberto para diversas interpretações, surge a questão de saber qual delas corresponde à representação que o próprio legislador ligou à expressão por ele escolhida”⁸³;

— “se ocorrer uma situação inversa (espírito menos amplo do que a letra) [...] realizar-se-á uma «interpretação restritiva»”⁸⁴.

Julgo que expus as representações e as intenções da lei de 2008, no quadro dos valores globais em que ela assentou. Dito isto, creio que o art. 1792.º, n.º 1, interpretado restritivamente — *reduzindo a “responsabilidade civil” à responsabilidade delitual* — é a norma que afasta o princípio geral da responsabilidade civil por violações especificamente matrimoniais (“endofamiliares”) que não ofendessem direitos de personalidade do lesado, como era o seu propósito.

IX. Conclusões

1. Em épocas mais recuadas, em muitos sistemas jurídicos, defendia-se abertamente a ideia de que os cônjuges beneficiavam de uma *imunidade matrimonial*, que excluía a

responsabilidade civil por atos ilícitos. Assim se fechava a porta à litigância e à intromissão dos tribunais.

2. Ainda no domínio do Código de Seabra, valeu uma opinião mais mitigada de que, *durante o casamento*, deviam ser evitados os litígios e convinha preservar-se a família das intromissões do tribunal; e a norma geral que previa a responsabilidade civil era *interpretada restritivamente* para afastar o seu uso pelos cônjuges. *Na sequência do divórcio*, porém, estes interesses deixavam de pesar e todos os danos (patrimoniais e não patrimoniais) podiam ser indemnizados, em ação autónoma.
3. A reforma de 1976 *instalou com firmeza a necessidade de compatibilizar a força tradicional da instituição com o reconhecimento dos direitos fundamentais dos cidadãos casados*. Com base nesta ideia, vários autores mitigaram muito, ou excluíram, a ideia da “fragilidade da garantia” e reconheceram *uma tutela plena* aos deveres conjugais pessoais — tanto a tutela especificamente familiar quanto a tutela comum.
4. Na sequência da evolução social e jurídica que entretanto se desenvolveu, tem-se introduzido *um novo equilíbrio* entre a natureza especial do casamento e o princípio geral da indemnização por danos — ignoram-se as violações meramente endofamiliares (*ausência de garantia* para estas) e assume-se que se indemnizam imediatamente todos os danos resultantes da violação dos direitos fundamentais/de personalidade (*reforço da garantia* para estes). Entendeu-se que este novo equilíbrio harmonizava a tendência para a desregulação da intimidade e do

⁸¹ J. BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 186.

⁸² KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa, F. Calouste Gulbenkian, 1965, p. 120.

⁸³ KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do Direito*, 2.ª ed., Lisboa, F. Calouste Gulbenkian, 1969, p. 450-1.

⁸⁴ FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 918.

matrimónio, por um lado, e o reforço dos direitos fundamentais/de personalidade, por outro.

5. A maior parte da doutrina portuguesa não acompanhou a última fase da evolução referida e continua a defender a possibilidade da responsabilidade contratual por violação dos deveres conjugais.

A jurisprudência maioritária dos tribunais superiores, em Portugal, tem seguido a mesma linha da maioria da doutrina. Isto é, tem entendido que a lei n.º 61/2008 abandonou de vez a ideia da “fragilidade da garantia” dos deveres conjugais pessoais (que já vinha sendo geralmente afastada) através da nova redação do art.º 1792.º. Assim, todas as violações de deveres conjugais poderiam dar lugar a indemnização.

6. Ora, na verdade, o regime de 2008 acompanhou o movimento europeu, designadamente, entregou progressivamente nas mãos dos cônjuges a *liberdade de ação para o desenvolvimento da sua personalidade*, desvalorizando o carácter impositivo dos deveres conjugais — que nunca poderiam ter (nem nunca tiveram) uma garantia jurídica normal; e também promovendo a facilidade para sair do casamento (em vez das restrições antigas) — que permite corrigir todo o percurso, em vez de admitir ressarcimentos (aliás impraticáveis, como admitiu F. Pereira Coelho em 1986) de danos endofamiliares.
7. O regime de 2008 quis afastar qualquer juízo de culpa *no âmbito especificamente matrimonial*, tanto como pressuposto do decretamento do divórcio, quanto para os efeitos tradicionais, que distinguem a con-

tribuição dos cônjuges para o fracasso do casamento e penalizavam o culpado ou o principal culpado.

Neste quadro, é difícil imaginar que os interesses globais da lei de 2008 ficassem satisfeitos com a singela transferência da apreciação dos factos reveladores da tradicional culpa matrimonial e da sua graduação para outra ação e outro tribunal... como parece ter sido dado por adquirido pela maioria da doutrina e da jurisprudência.

Também é difícil imaginar que o novo regime tivesse considerado como razoável eliminar a sanção do divórcio e das suas consequências patrimoniais desfavoráveis, mas deixar a porta aberta à aplicação de sanções pecuniárias a título de indemnização por danos especificamente matrimoniais; é que, desta maneira, continuaria a limitar a liberdade de pedir o divórcio, ao repor tudo o que se quis efetivamente eliminar: a prova das violações, a prova da culpa e a graduação das culpas de cada cônjuge, ainda que não tivessem sido violados direitos fundamentais/de personalidade.

8. Como venho escrevendo desde 2010⁸⁵, o texto do art. 1792.º, n.º 1, devia ter dito “responsabilidade civil extracontratual”, porque era este segmento do regime da responsabilidade civil que se queria realmente eleger.

Em alternativa à mera correção literal do art. 1792.º, n.º 1, que tenho repetidamente justificado, julgo que teria sido possível produzir uma norma que afirmasse

⁸⁵ *A nova lei do divórcio*, «Lex Familiae» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010, p. 5-32, p. 25.

que a mera violação dos deveres conjugais pessoais, isto é, sem violação concomitante de direitos de personalidade, não justificaria a obrigação de indenizar. Esta norma talvez ficasse bem junto da enunciação dos referidos deveres recíprocos dos cônjuges — 1672, n.º 2: “A violação dos deveres conjugais pessoais que constitua, simultaneamente, uma lesão de direitos de personalidade dá ao lesado o direito a ser reparado nos termos gerais da responsabilidade civil extracontratual”.

9. Enquanto a correção proposta — ou outra equivalente — não for feita, a dogmática tradicional da interpretação da lei seria suficiente para produzir uma *interpretação restritiva* do art. 1792.º, n.º 1, reduzindo a “responsabilidade civil” à *responsabilidade delitual*, de tal modo que esta norma afastasse o princípio geral da responsabilidade civil por violações especificamente matrimoniais (“endofamiliares”) que não ofendessem direitos de personalidade do lesado, como era o seu propósito.

15 de novembro de 2017