

NOVOS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

ATAS DAS II JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS
DE RESPONSABILIDADE CIVIL

COORDENADORES

MAFALDA MIRANDA BARBOSA • NELSON ROSENVALD • FRANCISCO MUNIZ





I



J

O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação “Risco, Transparência e Litigiosidade”, integrada no projecto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UID/DIR/04643/2019).

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

institutojuridico@fd.uc.pt
www.ij.fd.uc.pt
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8891-56-3

DEPÓSITO LEGAL

XXX

© JUNHO 2019

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**NOVOS DESAFIOS
DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

ATAS DAS II JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS
DE RESPONSABILIDADE CIVIL

COORDENADORES

MAFALDA MIRANDA BARBOSA · NELSON ROSENVALD · FRANCISCO MUNIZ

ÍNDICE

Nota Introdutória.....	ix
RESSARCIMENTO DOS DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS NO CONFRONTO ENTRE OS SISTEMAS DE <i>COMMON LAW</i> E CONTINENTAIS	1
Adelaide Menezes Leitão	
A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO PROSPETO.....	11
Alexandre de Soveral Martins	
A ILICITUDE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS: NOTAS ESPARSAS SOBRE O PROBLEMA DA FRUSTRAÇÃO DA CONFIANÇA	27
Ana Raquel Gonçalves Moniz	
DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS.....	39
António Barreto Menezes Cordeiro	

ERRO-VÍCIO CULPOSO E A FORMAÇÃO DA VONTADE NAS PESSOAS COLETIVAS.....	55
Diogo Costa Gonçalves	
ALGUMAS QUESTÕES EM TORNO DO ILÍCITO POR OFENSA AO CRÉDITO E AO BOM NOME. O ARTIGO 484.º DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS	69
Filipe de Albuquerque Matos	
ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL. UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS ORDENAMENTOS LUSO- -BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO	103
Francisco Muniz	
DAS FUNÇÕES RECONSTITUTIVA E PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. PROPOSTA DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS	121
Henrique Sousa Antunes	
ALGUMAS NOTAS SOBRE A PROBLEMÁTICA DE DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ..	145
Hong Cheng Leong	
<i>RELIANCE</i> : EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIAIS COM BASE NA CONFIANÇA DEPOSITADA NA INFORMAÇÃO RECEBIDA (V. 2.0)	165
José Ferreira Gomes	
RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS: À DESCOBERTA DA ILICITUDE.....	201
Karenina Tito	
ENTRE A ILICITUDE E O DANO	219
Mafalda Miranda Barbosa	
A NOTAÇÃO DE RISCO E A PROTECÇÃO DOS INVESTIDORES. UM DESAFIO AO DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	269
Manuel Carneiro da Frada	

AS FRONTEIRAS ENTRE A RESTITUIÇÃO DO LUCRO ILÍCITO E O ENRIQUECIMENTO POR INTROMISSÃO	277
Nelson Rosenvald	
DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO PELO INTERESSE POSITIVO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO	317
Pablo Malheiros da Cunha Frota	
RESPONSABILIDADE CIVIL E PRESCRIÇÃO.....	357
Pedro Pais de Vasconcelos	
RESPONSABILIDADE COMERCIAL — PRIMEIRA QUESTÃO.....	379
Pedro Leitão Pais de Vasconcelos	
REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROVEDORES PELO CONTEÚDO POSTADO POR USUÁRIOS NA INTERNET	401
Rafael de Freitas Valle Dresch	
ALGUNS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES E AS REDES SOCIAIS	415
Renata Vilela Multedo	

NOTA INTRODUTÓRIA

Nos dias 8 e 9 de novembro de 2018, realizaram-se as II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil. Esta segunda edição de um evento que começa a marcar anualmente a vida académica dos dois países teve como mote a ilicitude, os danos puramente patrimoniais e os novos desafios da responsabilidade civil. Foram muitas as questões analisadas e profundo o debate que se estabeleceu entre todos os participantes. A obra que agora se dá à estampa congrega algumas das intervenções que tiveram lugar no referido congresso. O seu objetivo é, por isso, claro: registar para memória futura um momento privilegiado de partilha de experiências judicativas e doutrinárias entre Portugal e o Brasil, em matéria de responsabilidade civil.

Os coordenadores

Mafalda Miranda Barbosa | Nelson Rosenvald | Francisco Muniz

Janeiro de 2019

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS: À DESCOBERTA DA ILICITUDE

KARENINA TITO

1. Introdução

A responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais tem sido intensamente debatida na doutrina portuguesa devido à redação dada, no ano de 2008, ao disposto no n.º 1 do artigo 1792.º do Código Civil (“reparação de danos”): “O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”.

Foi precisamente através da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que o legislador português reformou o regime jurídico do divórcio e, por essa via, a disposição legal relativa à “reparação de danos” entre cônjuges. Remetendo-se para os termos gerais da responsabilidade civil, a doutrina passa a questionar que responsabilidade poderá estar em causa — contratual, extracontratual ou ambas? Este simples enunciado indagatório encerra em si inúmeros problemas: estará em causa uma hipótese de responsabilidade contratual por violação do contrato do casamento ou a natureza própria do contrato em questão afasta a possibilidade de se demandar uma indenização por esta via? Ou, ao invés, será que a responsabilidade se deve qualificar como extracontratual pela violação de direitos de personalidade? E quando o comportamento do cônjuge não envolve a lesão destas posições jurídicas subjetivas dotadas de eficácia *erga omnes*? Bastará a violação

de deveres conjugais pessoais para se falar de responsabilidade civil extracontratual?

Em tudo isto, o que se problematiza, afinal, é a própria eficácia dos direitos familiares pessoais, por um lado, e, por outro lado, a ideia da imunidade entre os cônjuges.

É sobre estas questões que pretendemos refletir na nossa intervenção. Para tanto, iremos apresentar duas posições antagônicas na doutrina¹ e, depois de as analisar crítico-reflexivamente, estaremos em condições de apresentar a nossa própria perspectiva. Antes, haveremos de explicitar por que razão surge o problema.

2. O modelo de responsabilidade consagrado em Portugal e enquadramento do problema

É comum identificar, à luz do Código Civil português, duas modalidades de responsabilidade civil: a primeira, designada “responsabilidade por fatos ilícitos” ou extracontratual, diz respeito à violação de direitos absolutos²; ao passo que a segunda, “responsabilidade obrigacional” ou contratual, resulta do incumprimento de obrigações emergentes de uma fonte do direito, como é o caso do contrato³.

Pese embora esta perspectiva, não podemos ignorar a possibilidade de haver responsabilidade por “fatos lícitos”⁴, responsabilidade extracontratual “pelo risco”⁵ ou responsabilidade “pré-contratual”⁶, enquanto manifestações da complexidade e das particularidades do sistema jurídico-civil português. Mas o essencial é compreender que há dois campos de responsabilização — adotando a posição dualista⁷ —, extra-

¹ Cf., *inter alii*, Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 2017; e Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento — a necessidade de interpretação conforme aos princípios como instrumento de salvaguarda da coerência intrassistemática e do cumprimento da intencionalidade jurídica da solução predisposta pelo artigo 1792.º cc”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira* 4/1 (2018) 913-966.

² Cfr. artigos 483.º a 498.º do cc. Ver, também, Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais: Príncípa, 2017, 13 e s.

³ Cfr. artigos 798.º e ss. do cc.

⁴ P. ex., artigo 339.º do cc. Ver, ainda, Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. 1, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, 715-717.

⁵ Cfr. artigos 499.º a 510.º do cc.

⁶ Cfr. artigo 227.º, n.º 1, do cc; e entendimento de Sinde MONTEIRO, “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* 2 (2005) 350-351

⁷ Cfr., a propósito, Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de Responsabilidade*

contratual (direitos absolutos) e contratual (direitos relativos), sendo a diferença mais genérica o fato de existir nesta última uma relação jurídica prévia e específica entre os sujeitos⁸.

As diferenças jurídico-legais entre ambos os regimes são levantadas por vários autores e identificáveis num exercício de interpretação do Código Civil. No âmbito da responsabilidade civil extracontratual: é ao “lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa”⁹; está em causa a capacidade natural de o autor da lesão entender o mundo¹⁰; há um regime especial de solidariedade¹¹; é necessário uma relação de comissão para um sujeito poder responder por atos de outrem¹²; e o direito de indenização prescreve, normalmente, no prazo de três anos¹³. De forma diversa, no âmbito da responsabilidade contratual: há uma presunção de culpa imputável ao devedor¹⁴; está em causa a capacidade de exercício do devedor¹⁵; aplica-se o regime geral da conjunção das obrigações¹⁶; o devedor pode ser responsabilizado por atos de outrem perante o credor¹⁷; e o direito de indenização pelo incumprimento da obrigação prescreve no prazo de 20 anos¹⁸.

É ainda possível aprofundar essas diferenças em planos estruturais, funcionais e axiológicos¹⁹, mas aqui basta-nos referir o plano funcional segundo o qual a responsabilidade extracontratual está ao serviço de “direitos subjetivos” relevantes, diferentemente da responsabilidade contratual que está ao serviço do “contrato”²⁰.

Ora, nesta conjuntura, onde se enquadra a violação dos deveres dos cônjuges?

Civil, 13-14 e nota 1; e, também, sobre a “terceira via”, António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações*, VIII, Coimbra: Almedina, 2014, 400-403.

⁸ Cfr. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VIII, 390.

⁹ Cfr. artigos 487.º, 491.º, 492.º, 493.º e 503.º, n.º 3, do CC.

¹⁰ Cfr. artigo 488.º do CC.

¹¹ Cfr. artigos 497.º e 507.º do CC.

¹² Cfr. artigo 500.º do CC.

¹³ Cfr. artigo 498.º do CC.

¹⁴ Cfr. artigo 799.º do CC.

¹⁵ Cfr. artigo 123.º do CC.

¹⁶ Ver Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, 766.

¹⁷ Cfr. artigo 800.º do CC.

¹⁸ Cfr. artigo 309.º do CC.

¹⁹ Como segue fazendo Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, 15-16.

²⁰ Assim, António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VIII, 391

Na atual previsão do Código Civil português, os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência²¹. O problema está em saber se o incumprimento ou a violação de um destes deveres pode dar lugar, ou não, a algum tipo de responsabilidade civil com obrigação de indenizar pelos danos causados. A resposta parece estar na disposição legal do artigo 1792.º do Código Civil.

É verdade que para haver deveres conjugais terá de existir, previamente, um contrato que formalize o casamento, o que nos levaria a pensar, desde logo, num tipo de responsabilidade *contratual* pela violação dos deveres conjugais, isto é, pela violação de “deveres contratuais”²². Mas há outras formas de ver o problema: se entendermos que os deveres conjugais são uma “categoria dogmática diversa do dever jurídico”²³, então, não há sequer responsabilidade civil contratual.

Por outro lado, através da noção de “direitos pessoais familiares” e do conceito de ilicitude extracontratual, é possível remeter o problema para a responsabilidade civil extracontratual. Ou seja, se entendermos que do casamento surgem “direitos pessoais familiares” — poderes-deveres com eficácia absoluta, enquanto dimensões do direito de personalidade, mas específicos da comunidade familiar²⁴ —, a sua lesão poderá desencadear as regras da responsabilidade civil extracontratual²⁵. Será uma posição que terá de ser justificada, dogmaticamente, à luz de uma das modalidades da ilicitude extracontratual: violação dos direitos de outrem ou violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios²⁶?

A relação conjugal é, de fato, um “mundo à parte”²⁷.

²¹ Cfr. artigo 1672.º do CC.

²² Ver Ângela Cristina da Silva CERDEIRA, *Da Responsabilidade dos Cônjuges entre si*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 68-79.

²³ Assim, Francisco Pereira COELHO, “Deveres conjugais e responsabilidade civil — estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 147/4006 (Set - Out., 2017) 64.

²⁴ Veja-se, assim, Mafalda Miranda BARBOSA, “Família e responsabilidade civil: uma relação possível? Brevíssimo apontamento”, *Lex Familiae* 10/10 (2013) 65 e 72-74.

²⁵ Defendendo esta posição, Ainda Filipa Ferreira da SILVA, *Responsabilidade Civil entre Cônjuges no divórcio*, Dissertação de Mestrado Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 34.

²⁶ Cfr. artigo 483.º do CC. Ver sobre o assunto, aprofundadamente, Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 956 e s. Cfr., ainda, sobre outras cláusulas de ilicitude, António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VIII, 454 e s.

²⁷ Parafraseando Jorge Alberto PINHEIRO, *O Núcleo intangível da Comunhão*

A partir da posição negatória de autores como Guilherme de Oliveira e Francisco Pereira Coelho, seremos capazes de defender que não há qualquer tipo de responsabilidade civil pela violação de deveres conjugais, partindo da interpretação do artigo 1792.º do Código Civil²⁸.

Por outro lado, a partir da posição responsabilizatória, particularmente a defendida por Mafalda Miranda Barbosa, chega-se à conclusão de que há responsabilidade civil extracontratual pela violação dos deveres conjugais.

Vejamos os fundamentos de ambas as posições.

3. Posição negatória (Guilherme de Oliveira e Francisco Pereira Coelho)²⁹

Parte da doutrina entende que não há responsabilidade civil pela violação dos deveres pessoais familiares. Guilherme de Oliveira marca, neste quadro, um papel relevantíssimo. Num estudo de 2017, o insigne civilista sustenta uma posição negatória depois de relembrar a evolução do problema à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência. Acompanhemos o seu percurso dialógico.

a) legislação

Ao nível legislativo, o autor estabelece os principais marcos para a compreensão social e jurídica da questão³⁰: (1) o período anterior à reforma de 1977, (2) a contribuição dessa mesma reforma de 1977 e (3) a contribuição da reforma de 2008.

O período anterior à reforma de 1977 é assinalado pela ideia de que o casamento é dirigido pelo marido enquanto chefe de família e pelo *princípio da imunidade interconjugal*, de forma a proteger a paz e harmonia dos cônjuges e o patrimônio da família³¹. São assim

Conjugual: os deveres conjugais sexuais, Coimbra: Almedina, 2004.

²⁸ Segundo a mesma posição, há apenas responsabilidade civil extracontratual pela violação de direitos de personalidade que existem “antes e independentemente do casamento Cfr. Francisco Pereira COELHO, “Deveres conjugais e responsabilidade civil”, 60.

²⁹ A posição defendida por Guilherme de Oliveira é também defendida por autores como Francisco Pereira COELHO, “Deveres conjugais e responsabilidade civil”, 54 -67.

³⁰ Cfr. Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 2-16.

³¹ Assim, no sistema jurídico americano, William P. Casey, “The trend of interspousal and Parental Immunity”, *Insurance Counsel Journal*, July, 1978, p. 324

privilegiados os institutos do casamento e da família em relação aos interesses dos cônjuges individualmente considerados³². Em virtude do pensamento da época, durante o casamento, não era possível ao cônjuge lesado instaurar ação contra o outro cônjuge pela violação dos deveres conjugais — o que resultava de uma interpretação restritiva da norma geral que previa a responsabilidade civil³³. Era a chamada “tese da fragilidade da garantia” dos deveres conjugais.

Não ficava excluída, porém, uma ação dessa natureza em momento posterior ao divórcio, pela própria compreensão que se tinha da natureza do divórcio: uma penalidade (sanção) pela violação dos deveres conjugais e não um remédio para uma situação matrimonial insuportável³⁴.

No entanto, com a reforma de 1977, passou a haver um diferente equilíbrio entre o “bem da família” e os “interesses de um e outro” cônjuge — consequência do promulgado artigo 1671.º, n.º 2, do Código Civil —, valorizando o papel da mulher no casamento e reconhecendo os direitos fundamentais e individuais dos cônjuges³⁵.

É a partir desta evolução que, em 2008, o legislador vem reformar o regime jurídico do divórcio, passando o divórcio litigioso a designar-se “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”, isto é, deixando de haver divórcio por violação de deveres conjugais e “declaração de culpa”. O divórcio passou a ser, apenas, a ruptura do vínculo contratual³⁶.

Assim, hoje, independentemente do divórcio, o cônjuge lesado passa a ter o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge — tal como prescreve o atual artigo 1792.º do Código Civil. O problema está em saber a natureza da ilicitude e da própria responsabilidade civil em causa, uma vez que a lei refere, indeterminadamente, um pedido “nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”.

³² Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 2.

³³ Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 3.

³⁴ Ver Ângela Cristina da Silva CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Dissertação de Mestrado em ciências Jurídico-civilísticas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, 83.

³⁵ Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 5.

³⁶ Cfr. 1781.º, al. d), do cc.

b) doutrina

Tal como decorre do estudo de Guilherme de Oliveira, a maioria da doutrina portuguesa defende a possibilidade de haver responsabilidade civil *contratual* pela violação dos deveres conjugais³⁷. Esse ponto de vista parte do princípio de que são indenizáveis, ao abrigo da disposição legal em causa, todos os danos resultantes da violação dos deveres conjugais, pondo então fim à doutrina da “fragilidade da garantia”.

Por outro lado, uma das correntes minoritárias afirma que o disposto no artigo 1792.º está restringido à responsabilidade civil *extracontratual* quando estão em causa direitos absolutos. Nesse caso, apenas os comportamentos que violam direitos de personalidade são indenizáveis, sendo essa a causa da ilicitude.

c) jurisprudência

A jurisprudência maioritária defende que todos os danos resultantes da violação ilícita e culposa dos deveres conjugais são indenizáveis ao abrigo do disposto no artigo 1792.º do Código Civil, violem ou não direitos de personalidade³⁸.

d) posição adotada por Guilherme de Oliveira

Contrariamente às posições maioritárias da doutrina e da jurisprudência, Guilherme de Oliveira entende que a obrigação de indenizar não resulta da mera violação de deveres conjugais, mas da ofensa a direitos absolutos³⁹. E isto porque o casamento é uma “área de exceção” e os deveres conjugais são “endofamiliares”, pelo que os danos se traduzem em danos “especificamente matrimoniais”.

É dado um exemplo com base no dever de fidelidade: a fidelidade só pode ter sentido dentro do casamento e só existe por causa do casamento, logo, o adultério só causa um dano “endofamiliar”, dentro

³⁷ Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 14 e s.

³⁸ Vários acórdãos citados em Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 17-20.

³⁹ Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 21 e s.

do contexto do casamento⁴⁰. O que se traduz numa responsabilidade civil *contratual* e, assim, em danos *não indenizáveis* ao abrigo do artigo 1792.º. Por outras palavras: como estão em causa valores matrimoniais, como a fidelidade, a ilicitude nasce do casamento, em vez de nascer dos direitos prévios e absolutos de que todas as pessoas são titulares⁴¹.

Portanto, a violação de deveres conjugais será sempre uma responsabilidade civil *contratual*, enquanto a violação de direitos absolutos será *extracontratual*.

Desta forma, segundo o doutrinador, o artigo 1792.º do Código Civil apenas abarca uma responsabilidade civil *extracontratual*, quando os comportamentos violem direitos absolutos da titularidade de todos os cidadãos. Por exemplo, a honra, a liberdade ou a integridade física. A mera violação de deveres conjugais não é indenizável.

O fundamento desta posição está bem expresso nas suas seguintes palavras:

“... 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 intimidade, 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”⁴².

Ou seja, o autor privilegia o casamento como um espaço de afirmação individual, em que predomina a liberdade de cada cônjuge. Concluiu, depois, defendendo uma interpretação restritiva do preceito, de forma a reduzir a “responsabilidade civil” à responsabilidade civil *extracontratual* pela violação de direitos absolutos⁴³.

Esta é uma posição acompanhada por autores como Francisco Pereira Coelho: na anotação ao Acórdão de 12 de maio de 2016, conclui precisamente pela ausência de consequências indenizatórias em caso de violação dos deveres conjugais devido ao “estatuto (especificamente) matrimonial”, bem expresso nas suas seguintes palavras:

⁴⁰ Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 22.

⁴¹ Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 22 e s.

⁴² Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 30.

⁴³ Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 31.

“...Com este sentido se diria que o casamento deixou de ser um compromisso gerador de deveres que tenham de ser cumpridos, passando a ser apenas um acordo que marca o início de uma comunhão de vida, no quadro da qual se espera que os cônjuges adotem um certo comportamento, que eles apenas adoptarão, evidentemente, enquanto durar essa comunhão — tendo nós pois aqui, de alguma forma, uma categoria dogmática diversa do dever jurídico”⁴⁴.

Com esta posição, parece que o incumprimento dos deveres conjugais não gera consequência alguma, pelo que fica uma pergunta: quer isto dizer que os deveres derivados do casamento são meras declarações morais, sem conteúdo jurídico⁴⁵?

4. Posição responsabilizatória (Mafalda Miranda Barbosa)

Outros autores defendem a responsabilização do cônjuge que violou os deveres conjugais. É o caso de Mafalda Miranda Barbosa. Acompanhemos o seu raciocínio.

Por sua vez, Mafalda Miranda Barbosa debate três possibilidades: (1) a tese restritiva da responsabilidade civil *extracontratual* pelos danos resultantes da lesão de direitos de personalidade, defendida por autores como Guilherme de Oliveira; (2) a posição que admite haver responsabilidade civil *contratual* pela violação de deveres conjugais; (3) e a posição que admite haver uma responsabilidade civil *extracontratual* pela violação de deveres conjugais.

a) **Responsabilidade civil extracontratual pela violação de direitos de personalidade**

Mafalda Miranda Barbosa refuta a tese restritiva da responsabilidade civil *extracontratual* por violação de direitos de personalidade, defendida por autores como Guilherme de Oliveira, no âmbito da interpretação do artigo 1792.º do Código Civil.

⁴⁴ Cfr. Francisco Pereira COELHO, “Deveres conjugais e responsabilidade civil”, 64-65.

⁴⁵ Pergunta que foi também feita em Luiz Zarraluqui SÁNCHEZ-EZNARRIAGA / Elena ZARRALUQUI NAVARRO, *Las Reclamaciones de Daños entre familiares: la responsabilidad civil em el ámbito familiar*, Barcelona: Wolters Kluwer, 2015, 109.

Em primeiro lugar, sublinha que o fim da “tese da fragilidade da garantia” dos deveres conjugais, promovida pelo legislador, significa isso mesmo: a responsabilização do cônjuge pela violação dos deveres conjugais⁴⁶. Será esse o conteúdo útil do n.º 1 do artigo 1792.º, uma vez que, em todo o caso, estará sempre salvaguardada a possibilidade de se reclamar uma indenização com base na violação de direitos de personalidade enquanto direitos absolutos — os danos à honra, à reputação, ao bom nome, à liberdade e mesmo à intimidade pessoal são indenizáveis durante a vigência do casamento, e não apenas pela dissolução do casamento⁴⁷.

Em segundo lugar, defende que, para além dos direitos de personalidade, é possível haver responsabilidade civil *extracontratual* pela violação dos deveres conjugais, considerando que os mesmos podem ser qualificados com uma natureza pessoalíssima e, assim, com uma dimensão absoluta⁴⁸.

Em terceiro lugar, dá conta da metodologia jurídica de interpretação que remete para princípios fundamentais do sistema jurídico, muito resumidamente⁴⁹: o entendimento da “pessoa” como uma “categoria ético-axiológica” que reclama uma “pessoalidade responsável”; a “família alicerçada no casamento”, não apenas num “espaço de afirmação de individualidades” mas num “local de reunião de responsabilidades, por meio das quais a pessoa realiza integralmente a sua personalidade”; e o direito ao casamento, previsto na Constituição da República Portuguesa, protegido como uma instituição “em nome da função social que ele cumpre” e não “individualisticamente concebido”.

Com este método é possível refutar os fundamentos da tese restritiva que visam desvalorizar os deveres conjugais a partir do “enfraquecimento jurídico do vínculo conjugal” ou do “privilégio da liberdade dos cônjuges”. Nas próprias palavras de Mafalda Miranda Barbosa:

⁴⁶ Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 926.

⁴⁷ Capelo de Sousa também defende a indenização pela violação dos deveres conjugais, uma vez que não há alienação dos direitos de personalidade dos cônjuges no momento em que se contraem casamento e, por isso, totalmente ressarcíveis os danos causados ao cônjuge lesado (desde que significativos), já que os direitos de personalidade possuem inquestionável tutela civil. Assim, Capelo de Sousa, op cit., p. 523. O autor pronunciando em relação ao dever de fidelidade: “as práticas sexuais extrapatrimoniais constituem actos ilícitos nas relações jurídicas entre os cônjuges, por violação de um dever conjugal, e entre o cônjuge ofendido e o terceiro perturbador, por violação do direito geral de personalidade daquele, podendo haver lugar à responsabilidade civil”, obra citada, p. 231.

⁴⁸ Ver Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 952 e s.

⁴⁹ Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 929 e s.

“... a violação dos referidos deveres não pode deixar de acarretar consequências no plano jurídico. Ora, tais consequências não podem deixar de se ligar ao instituto da responsabilidade civil: na ausência de sanção especial (uma vez que o divórcio deixa de ser pensado nesses moldes), resta a responsabilidade civil como expressão da juridicidade que não pode deixar de contraminar a relação matrimonial, também do ponto de vista pessoal”⁵⁰.

b) Responsabilidade civil contratual pela violação de deveres conjugais

No que diz respeito à responsabilidade civil contratual pela violação de deveres conjugais, Mafalda Miranda Barbosa considera difícil assumi-la.

A sua posição explica-se pela “natureza pessoalíssima” dada aos deveres conjugais, isto é, deveres que na sua maioria, segundo a autora, não devem ser qualificados como deveres de carácter obrigacional⁵¹. Deste modo, a ideia de casamento não é caracterizada pela sua dimensão contratual, mas antes pelo “projeto de vida” ou pela “plena comunhão de vida”, da qual derivam os referidos *direitos pessoais familiares*.

De fato, basta pensar no exemplo do dever conjugal de fidelidade para admitir a sua natureza pessoalíssima. Porém, o dever de assistência, especialmente a obrigação de alimentos, é uma exceção que pode ser encontrada para o que fica dito⁵².

c) Responsabilidade civil extracontratual pela violação de deveres conjugais

Finalmente, a autora debate a possibilidade de haver responsabilidade civil *extracontratual* pela violação de deveres conjugais.

Mafalda Miranda Barbosa observa que os deveres conjugais, com a referida natureza pessoalíssima, podem remeter para uma *dimensão absoluta (erga omnes)*⁵³. É mencionada a tutela da personalidade pre-

⁵⁰ Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 944.

⁵¹ Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 948; igualmente em *Lex Familia: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, 10/20 (2013) 77.

⁵² Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 949.

⁵³ Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 952 e s.

vista no artigo 70.º do Código Civil, admitindo assim a coincidência entre os direitos pessoais familiares (“poderes-deveres”) e os direitos de personalidade. Nesse caso, a violação de um dever conjugal pode resultar na violação de um direito de personalidade, confirmando a responsabilidade civil extracontratual. Portanto, o fundamento da ilicitude será a violação de um direito de personalidade.

A autora debate ainda a possibilidade de a ilicitude derivar, não da lesão de um direito absoluto, mas da lesão da “componente objetiva de um valor constitucional fundamental”⁵⁴.

5. Breves notas sobre o problema

A grande diferença que resulta das posições dos autores parece estar na forma como se interpreta o instituto do casamento e a natureza dos deveres conjugais, conjuntamente com o disposto no artigo 1792.º do Código Civil.

Aliás, o problema resulta das diferentes formas de se conceber o requisito da ilicitude.

Guilherme de Oliveira entende que há um enfraquecimento do vínculo conjugal e que o Estado se retraiu na regulação da intimidade. Por essa razão, os deveres conjugais são “endofamiliares” e a sua violação resulta em danos matrimoniais não indenizáveis. Assim, segundo o autor, apenas poderá haver responsabilidade civil *extracontratual* pela violação de direitos de personalidade — por exemplo, a honra, a liberdade ou a integridade física. Ou seja, a ilicitude decorre da violação de direitos de personalidade.

De outro modo, Mafalda Miranda Barbosa entende que o vínculo conjugal não é caracterizado pela sua dimensão contratual, mas antes por ser um espaço de reunião de responsabilidades, por meio do qual os cônjuges realizam integralmente a sua personalidade, considerando também o direito constitucional ao casamento. É deste “projeto de vida” que emanam os *direitos pessoais familiares*, com uma dimensão absoluta, que podem coincidir com direitos de personalidade. Sendo assim, a violação de deveres conjugais poderá resultar, não numa responsabilidade civil contratual, mas numa responsabilidade civil extracontratual. Logo, segundo a autora, poderá haver responsabilidade civil *extracontratual* tanto pela violação de deveres conjugais, como pela violação de direitos absolutos. A natureza da ilicitude po-

⁵⁴ Aprofundadamente, Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 957-966.

derá, assim, ser concebida de uma forma mais ampla.

Portanto, *ambos os autores defendem uma responsabilidade civil extracontratual, embora com diferentes fundamentos quanto à ilicitude*. A tese de Guilherme de Oliveira é mais restritiva, pois só concebe uma ilicitude fundada na violação de direitos de personalidade, enquanto a tese de Mafalda Miranda Barbosa é mais extensiva, pois admite, também, uma ilicitude fundada na mera violação dos deveres conjugais.

Gostaríamos de deixar umas breves notas sobre o problema debatido.

No casamento há muito mais do que simples convenções sociais ou regras jurídicas estabelecidas pelo Estado. Existe um elo de confiança entre duas pessoas e uma crença de uma vida partilhada — para muitos, talvez, eterna. Desde sempre existiu a união entre duas pessoas com o objetivo principal de se constituir *uma família*. E devido à união entre pessoas surgiu o instituto do casamento como meio de formalizar essas relações⁵⁵.

Mas o casamento, além dos aspectos jurídicos, engloba exigências no cumprimento de deveres recíprocos que resguardam valores *pessoais, morais e sociais*. Basta pensar que a violação desses deveres — como, por exemplo, o dever de fidelidade — resulta em certos prejuízos pessoais que poderão trazer máculas irreversíveis e tornar insuportável a vida em comum.

⁵⁵ Maria Helena Silva e Ana Paula Relvas atribuem alguns motivos que fundamentaram a ocorrência de multiplicidade de modelos conjugais e para novas formas de família. São eles: 1. Mudanças das práticas e concepções sobre a vida familiar; aumento da autonomia e liberdade individual no plano da vida privada; 3. Mudança na forma de encarar a sexualidade e privacidade dos laços conjugais; 5. Alteração no modo de encarar o casamento, que se tornou uma etapa facultativa no percurso conjugal; 6. Proteção da liberdade individual e assunção de compromissos não duradouros e flexíveis; 7. Baixa taxa de nupcialidade; 8. Aumento de idade de casamento e de nascimento do primeiro filho. E completam: “De instituição a qualquer custo, o casamento tornou-se, tendencialmente, uma relação que dura enquanto mantiver compensadora para quem nela está envolvido. Da obediência as regras impostas do exterior, passou-se para ideia da qualidade da relação cujos valores dão maior ênfase aos laços interpessoais do que à dimensão institucional do casamento. (Maria Helena SILVA / Ana Paula RELVAS, “Casal, casamento e união de facto”, in *Novas formas de família*, Quarteto: Coimbra, 2002, 194-196).

Quanto aos novos modelos de descaracterização do casamento, como a união de fato, “é certo que tais uniões podem ter muito valor para os ligados por elas. Mas o interesse social é, em princípio, muito inferior ao do casamento; e, por outro lado, nas sociedades semelhantes à portuguesa, só está unido de facto a longo prazo, sem se casar, quem não quer casar-se”. Diogo Leite de CAMPOS, “Direitos à família e na família”, *BFD* 67 (1991) 203: VIII Lição.

Assim, o casamento tem que ser visto, primeiramente, como um contrato pessoal, ou seja, *como um compromisso com expectativas pessoais* que afeta o estado das pessoas que o celebram. E isto considerando que a comunhão de vida trazida pelo matrimônio não anula a personalidade de cada um dos cônjuges, mantendo, nesse sentido, os seus direitos de personalidade⁵⁶.

É a partir a natureza pessoal do casamento que aderimos à ideia dos deveres de natureza pessoalíssima — referidos por Mafalda Miranda Barbosa.

Na verdade, legalmente, os cônjuges estão vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência: são deveres recíprocos, tal como exige o princípio da igualdade dos cônjuges⁵⁷. Estes deveres refletem um instrumento normativo que possibilita a interferência do Direito nas relações familiares, formalizando, por este caminho, a plena *comunhão de vida*⁵⁸.

Mas, pergunta-se: independentemente da lei, não se exige do outro parceiro fidelidade? Cooperação? Assistência? Coabitação? Respeito? Não serão igualmente, deveres de fonte pessoal, moral ou social?

Apesar de formalmente os deveres conjugais nascerem de uma relação contratual, esses deveres têm uma relevância, primeiramente, pessoalíssima. São, aliás, deveres-expectativas pessoais que derivam do compromisso do casamento enquanto estado que afeta as pessoas que o celebram. Nas palavras de Antunes Varela, “são verdadeiros deveres morais impostos também, se não principalmente, no interesse da própria pessoa vinculada e ainda no interesse superior da sociedade conjugal ou da comunidade familiar”⁵⁹. Ou seja, protegem não somente o interesse do cônjuge, a quem são devidos, mas o interesse da sociedade conjugal ou da comunidade familiar⁶⁰. Por essa razão, é importante que cada um dos cônjuges se responsabilize, pessoalmente,

⁵⁶ Entendimento de Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 77. Sobre a questão Capelo de SOUSA, *O direito geral da personalidade*, 451: “os cônjuges não alienam nas suas relações entre si a generalidade dos seus direitos de personalidade”.

⁵⁷ Francisco Pereira COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito de Família*, vol. 1, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 346.

⁵⁸ Sobre a questão, Diogo Leite de CAMPOS, “EU-TU: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)”, Nós. *Estudos sobre o direito das pessoas*, Coimbra: Almedina, 2004, 172.

⁵⁹ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. 1, 199.

⁶⁰ Capelo de SOUSA, *O direito geral da personalidade*, Coimbra: Coimbra, 1995, 580.

pelo seu comportamento na relação “eu-tu-eles”.

Para além do mais, Diogo Leite de Campos relembra que o matrimônio é um quadro importante para exercer a *solidariedade*, refletida através da comunhão de vida e pautada nos deveres entre os cônjuges. Afirma, nesse sentido, que “a vida de uma pessoa é para com os outros: amar, para ser amado; dar, para receber; comunicar, para humanizar; transmitir. A comunicação, o ser para é a própria vida do ser pessoal [...] neste amor-solidariedade, muitas vezes só amizade-solidariedade, que anima a comunhão de vida”⁶¹.

A responsabilidade pessoal e a solidariedade, conjuntamente, tornam o instituto do casamento e os respectivos deveres conjugais num *instrumento de realização pessoal e da personalidade* — concordando novamente com Mafalda Miranda Barbosa.

Hoje, para se aceder à separação ou ao divórcio basta a livre vontade. E isso significa que as condutas que antes justificavam a separação ou o divórcio não determinam consequências jurídico-civis algumas⁶²? Os deveres conjugais são agora meramente deveres morais?

Neste sentido, o Direito de Família contemporâneo não deve admitir a tese da fragilidade de garantia: *a violação dos deveres conjugais é ilícita e deve assumir relevância no campo da responsabilidade civil*. E, de fato, assume.

Independentemente de ambas as posições doutrinárias estudadas, os tribunais portugueses não deixam de dar relevância jurídico-civil, em termos amplos, à violação dos deveres conjugais. Hoje, afastando a tese restritiva defendida por autores como Guilherme de Oliveira, os danos resultantes da violação ilícita e culposa dos deveres conjugais são indenizáveis ao abrigo do disposto no artigo 1792.º do Código Civil — violem ou não direitos de personalidade, seja por via da responsabilidade civil contratual, seja por via da extracontratual. E isso são boas notícias para os cônjuges-lesados.

6. Conclusões

Ficam, por fim, algumas das conclusões que podemos retirar do nosso breve estudo relacionado com a responsabilidade civil entre cônjuges pela violação dos deveres conjugais:

⁶¹ Diogo Leite de CAMPOS, *Lições de direito de família e das sucessões*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, 251-252.

⁶² Neste sentido, Luiz Zarraluqui SÁNCHEZ-EZNARRIAGA / Elena ZARRALUQUI NAVARRO, *Las Reclamaciones de Daños entre familiares*, 109.

1 — Ao nível legislativo, os principais marcos para a compreensão social e jurídica do problema são (1) o período anterior à reforma de 1977, (2) a contribuição dessa mesma reforma de 1977 e (3) a contribuição da reforma de 2008.

1.1 — Com a reforma de 2008, o legislador vem alterar o regime jurídico do divórcio, passando o divórcio litigioso a designar-se “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”, deixando de haver divórcio por violação de deveres conjugais e “declaração de culpa”.

1.2 — De acordo com o atual artigo 1792.º do Código Civil, e independentemente do divórcio, o cônjuge lesado passa a ter o direito de reclamar a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge

1.3 — O problema está em saber qual a *natureza da responsabilidade civil em causa, o que irá depender da posição adotada acerca do requisito “ilicitude”*.

2 — Há dois campos de responsabilização em Portugal — adotando a posição dualista —, extracontratual (direitos absolutos) e contratual (direitos relativos), sendo a diferença mais genérica o fato de existir nesta última uma relação jurídica prévia e específica entre os sujeitos.

2.1. — A maioria da doutrina portuguesa defende a possibilidade de haver responsabilidade civil *contratual* pela violação dos deveres conjugais — sendo essa a ilicitude —, entendimento esse que parte do princípio de que são indenizáveis, ao abrigo da disposição legal em causa, todos os danos resultantes da violação dos deveres conjugais.

3 — A jurisprudência maioritária defende que todos os danos resultantes da violação ilícita e culposa dos deveres conjugais são indenizáveis ao abrigo do disposto no artigo 1792.º do Código Civil, violem ou não direitos de personalidade.

4 — Guilherme de Oliveira entende que o casamento é uma “área de exceção” e que os deveres conjugais são “endofamiliares”, pelo que os danos se traduzem em danos “especificamente matrimoniais” não indenizáveis.

4.1 — Segundo o mesmo autor, à luz do artigo 1792.º do Código Civil, apenas poderá haver responsabilidade civil extracontratual pela violação de direitos de personalidade — por exemplo, a honra, a liberdade ou a integridade física.

4.2 — O fundamento para essa forma de ver as coisas parte do princípio de que há um enfraquecimento do vínculo conjugal e, por outro lado, o Estado se retraiu na regulação da intimidade.

5 — Por seu turno, Mafalda Miranda Barbosa entende que o vínculo conjugal não é caracterizado pela sua dimensão contratual, mas antes por ser um espaço de reunião de responsabilidades, por meio do qual os cônjuges realizam integralmente a sua personalidade, considerando também o direito constitucional ao casamento.

5.1 — Segundo a mesma autora, os deveres conjugais podem ser qualificados com uma natureza pessoalíssima e, assim, com uma dimensão absoluta: à luz do disposto no artigo 1792.º do Código Civil, poderá haver uma responsabilidade civil extracontratual pela violação de deveres conjugais.

6 — O casamento, além dos aspectos jurídicos, engloba exigências no cumprimento de deveres recíprocos que resguardam valores *pessoais, morais e sociais*.

6.1 — O casamento tem que ser visto, primeiramente, como um contrato pessoal, isto é, *como um compromisso com expectativas pessoais* que afeta o estado das pessoas que o celebram, considerando que a comunhão de vida trazida pelo matrimônio não anula a personalidade de cada um dos cônjuges, mantendo, nesse sentido, os seus direitos de personalidade.

7 — Apesar de formalmente os deveres conjugais nascerem de uma relação contratual, esses deveres têm uma relevância, primeiramente, pessoalíssima: são, aliás, deveres-expectativas pessoais que derivam do compromisso do casamento enquanto estado que afeta as pessoas que o celebram.

8 — É importante que cada um dos cônjuges se responsabilize, *pessoalmente*, pelo seu comportamento na relação “eu-tu-eles”.

9 — O matrimônio é também um quadro importante para exercer a *solidariedade*, refletida através da comunhão de vida e pautada nos deveres entre os cônjuges.

10 — A responsabilidade pessoal e a solidariedade, conjuntamente, tornam o instituto do casamento e os respectivos deveres conjugais num *instrumento de realização pessoal e da personalidade*.

11 — O Direito de Família contemporâneo não deve admitir a tese da fragilidade de garantia: *a violação dos deveres conjugais é ilícita e deve assumir relevância no campo da responsabilidade civil.*

12 — Independentemente de ambas as posições doutrinárias estudadas, os tribunais portugueses não deixam de dar relevância jurídico-civil à violação dos deveres conjugais: hoje, afastando a tese restritiva defendida por autores como Guilherme de Oliveira, os danos resultantes da violação ilícita e culposa dos deveres conjugais são indenizáveis ao abrigo do disposto no artigo 1792.º do Código Civil — violem ou não direitos de personalidade, seja por via da responsabilidade civil contratual, seja por via da extracontratual.