

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CÔNJUGES ENTRE SI POR VIOLAÇÃO DE DEVERES CONJUGAIS NO DIREITO MOÇAMBICANO

Adelino Muchanga

Professor, Faculdade de Direito, Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique

Resumo: O presente artigo versa sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si por violação de deveres conjugais, sobretudo no tocante à ressarcibilidade dos danos morais, no quadro jurídico moçambicano. Sendo um tema que divide a doutrina, a análise do mesmo é feita analisando as diferentes posições (argumentos a favor e contra). Sendo certo que o tema é abordado na perspectiva do quadro legal vigente em Moçambique e numa visão do direito a constituir.

Palavras-chave: Casamento; deveres conjugais; cônjuges; responsabilidade civil; dever de Indemnizar.

Introdução

O casamento é definido no artigo 7.º da Lei n.º 10/2004, de 25 de Abril (Lei da Família), como “*a união voluntária e singular entre homem e mulher, com o propósito de constituir família, mediante comunhão plena de vida*”¹.

Do casamento decorrem efeitos de natureza pessoal e não pessoal, avultando neste último caso os deveres recíprocos dos cônjuges enumerados no artigo 93.º da Lei da Família, que, sendo impostos por lei, não podem ser alterados pelos nubentes ou pelos cônjuges (artigo 119.º da Lei da Família).

A violação dos deveres conjugais, verificados determinados pressupostos previstos por lei, nomeadamente, de gravidade e impossibilidade (não exigibilidade) de vida em comum, pode constituir fundamento da separação

1 Artigo 7.º da Lei n. 24/2004, de 25 de Agosto.

judicial de pessoas e bens ou divórcio.

Tão importante é o casamento que merece tutela constitutucional, tal como sucede com a família, de que aquele constitui fonte privilegiada.

Coloca a doutrina a questão de saber se o regime da responsabilidade civil² é ou não aplicável ao instituto do casamento; se a violação dos deveres conjugais tem como “sanções” únicas a possibilidade de separação ou divórcio e a aplicação de medidas de natureza penal ou, também, o cônjuge ofendido pode lançar mão do instituto da responsabilidade civil e exigir o pagamento de indemnização por violação de deveres conjugais.

E a questão ganha relevo porque o foro familiar, para além de ser íntimo, exige paz e harmonia entre os cônjuges. E facilmente, pelo senso comum, percebe-se o constrangimento que seria, na vigência do casamento (que tem por finalidade a comunhão plena de vida), um dos cônjuges exigir judicialmente o pagamento de indemnização ao outro por violação dos deveres conjugais.

Sabe-se que a violação dos deveres conjugais, designadamente o adultério dum dos cônjuges, pode causar no outro profunda dor, sofrimento (que pode até levar à perda de vontade de viver ou patologia depressiva que carece de acompanhamento clínico e terapêutico), vexame, desconsideração social, prejuízo na afirmação profissional, familiar ou afectiva, atingindo os valores e interesses da personalidade física e moral do ofendido, como a sua honra, reputação ou saúde.

O próprio divórcio, e deixando de parte as causas que o fundamentam, significa destruição de um projecto comum de vida em que os cônjuges legitimamente acreditavam.

Problematiza-se, pois, se a consideração da essência ética do casamento e a necessidade de preservação da harmonia e paz dos cônjuges (ditando limitações de intervenção do Estado no foro íntimo da família) deve justificar uma interpretação restritiva do artigo 483.º do Código Civil, afastando a sua aplicação aos casos de violação dos deveres conjugais ou de divórcio, ou, pelo contrário, tal como noutros ramos do Direito, o regime geral da responsabilidade civil tem aplicação no Direito Matrimonial. Esta é a principal questão a analisar no presente relatório.

Constitui objectivo do presente artigo percorrer, de forma crítica, as várias correntes de opinião e posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria, enquadrando os argumentos apresentados, contra e a favor, no contexto do quadro legal vigente em Moçambique e também numa perspectiva de direito a constituir.

Delimitando, fica fora do âmbito de análise deste artigo a responsabilidade civil pela dissolução do casamento, que é diferente da responsabilidade civil pela violação dos deveres conjugais. Na verdade, uma coisa é saber se o sofrimento

2 É designada responsabilidade civil aquela em que incorre uma pessoa (agente) que, por ter provocado danos, é obrigada a indemnizar o lesado.

ocasionado pelo divórcio com culpa de um dos cônjuges gera responsabilidade civil e outra (que nos interessa neste relatório) é saber se a violação do dever conjugal, independentemente de ser seguida de divórcio, ocasiona responsabilidade civil.

A metodologia usada foi essencialmente “*library based*”, com recurso à doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras sobre a matéria.

E fazendo uma revisão bibliográfica, notamos que dos autores moçambicanos, não se pode apontar uma obra de referência e de análise profunda sobre a questão específica da responsabilidade civil dos cônjuges entre si. Embora não seja um tema comumente discutido entre nós, ainda prevalece a ideia de que não pode haver responsabilidade civil dos cônjuges entre si por violação de deveres conjugais, o que fica a dever-se, não apenas à influência da doutrina tradicional portuguesa sobre a matéria (que era contrária à responsabilidade dos cônjuges entre si), como ainda ao facto da organização familiar ainda prevalente favorecer certa ascendência marital sobre a mulher, sendo esta normalmente a vítima da violação de deveres conjugais e educada tradicionalmente para “tolerar e suportar”, em nome da estabilidade do lar. Isso pode, aliás, explicar o facto de nenhum processo sobre responsabilidade civil dos cônjuges entre si ter subido ou apreciado pelo Tribunal Supremo de Moçambique desde a sua criação, e passam já 25 anos.

De qualquer modo, já abundam nos tribunais de distrito sentenças de condenação no pagamento de indemnização nos processos de violência doméstica, mas quase sempre por iniciativa dos próprios tribunais (e não dos cônjuges ou companheiros da união de facto) e porque a Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro (Lei da Violência Doméstica) prevê expressamente tal possibilidade. As sentenças em questão não chegam a discutir as várias posições doutrinárias que avultam sobre a matéria, sendo ditadas mais pela simples possibilidade que a Lei da Violência prevê, quase sempre numa perspectiva de medida compulsória.

A doutrina estrangeira sobre a matéria também é escassa, mas já se pode falar de obras de referência de autores como Ângela Cerdeira (*Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000); Francisco Pereira Coelho e Oliveira Guilherme (*Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2008); HOSTER, Heinrich Ewald Hoster, (“A Respeitos da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia sera Válida?”)”, *Scientia Iuridica*, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Janeiro-Junho de 1995 – Tomo XLIV – Números 253/255); Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald, (*Direito das Famílias*, 2ª Edição, 2ª Tiragem, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010); Rolf Madaleno, (*Curso de Direito da Família*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008); Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro, (*O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal – os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004) e Fernando Pires Veríssimo, (“Do Problema de Saber se são Aplicáveis, em Matéria de Violação dos Deveres Recíprocos dos

Cônjuges, os Princípios Gerais sobre Responsabilidade Civil”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 8.º, n.ºs 1 e 2, 1.º e 2.º Semestres, Lisboa, 1948).

Podem, os autores em questão, serem agrupados em aqueles que simplesmente negam a possibilidade de indemnização, como são os casos de Cristiano Chaves Farias, Nelson Rosenvald e Pires Veríssimo, quer com fundamento na unidade dos cônjuges (de que deriva a imunidade – interspousal immunity), quer com fundamentos como a necessidade de preservar a paz familiar, a natureza ética dos direitos e deveres conjugais ou, até, a não verificação dos requisitos de responsabilidade civil.

Outros aceitam a responsabilidade civil dos cônjuges entre si, mas admitem o adiamento do momento para o pedido de indemnização, também em nome da paz familiar, como é o caso de Francisco Pereira Coelho e Oliveira Guilherme, ou só aceitam em certos casos em que o ilícito conjugal é associado a outros ilícitos, como é o caso de Rolf Madaleno. Note-se que o Professor Pereira Coelho era inicialmente contrário à admissão da responsabilidade civil entre os cônjuges por violação de deveres conjugais, tendo mais tarde mudado de posição.

As posições mais permissivas são defendidas Ângela Cerdeira e Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro.

Capítulo I - Posições e argumentos contra e a favor da responsabilidade civil dos cônjuges entre si

I.1. A doutrina do “*interspousal immunity*”

A “*interspousal immunity*” é uma doutrina com raízes nos sistemas da common law nos termos da qual nenhum dos cônjuges responde pelos ilícitos cometidos contra o outro e, por isso, está excluída a possibilidade de intentarem acções entre si, com excepção das acções de responsabilidade criminal.

É uma doutrina baseada na ficção jurídica da unidade dos cônjuges, isto é, na ficção de que os cônjuges partilham a mesma identidade jurídica, considerando-se inaceitável, quer do ponto de vista moral quer conceitual, que um cônjuge possa demandar o outro ou que os dois possam celebrar contratos entre si. A propósito das implicações da doutrina da imunidade entre os cônjuges, Ângela Cerdeira explica que “...na common law, até há bem pouco tempo...após o casamento a mulher perdia a sua capacidade de exercício, embora pudesse agir por conta de outrem, incluindo o marido. Em resultado, os cônjuges não podiam celebrar contratos entre si. Se o fizessem, esses contratos eram considerados nulos, porque

*se tratavam de negócios que o marido celebrava consigo mesmo*³”.

As origens da doutrina não são claras; alguns acreditam que tenha origem no direito romano e outros associam-na à Bíblia⁴, porquanto, em Gênesis 2:21 a 24, relata-se que o Senhor Deus tomou uma das costelas de Adão e dela formou uma mulher; ao ver a mulher, Adão terá dito que *“esta agora é osso dos meus ossos e carne da minha carne: esta será chamada varoa, porquanto do varão foi tomada.”* No mesmo relato bíblico acrescenta-se o seguinte: *“Portanto, deixará o varão o seu pai e a sua mãe e juntar-se-á à sua mulher, e serão ambos uma só carne”*.

A doutrina da imunidade interconjugal com fundamento no princípio da unidade dos cônjuges (*unity of spouses*), que teve consagração legal em vários países que adotam o sistema da common law, foi, com o tempo, sendo abolida ou modificada. Na generalidade dos casos em que se nega responsabilidade civil dos cônjuges entre si, são usados outros fundamentos, como o da paz familiar, da inaplicabilidade dos pressupostos de responsabilidade civil, do *ne bis in idem*.

No caso de Moçambique, a doutrina da *“interspousal immunity”* não tem consagração legal e nem faz sentido num quadro que reconhecendo a dignidade da pessoa humana, tutela os direitos de personalidade de cada cônjuge, que não ficam prejudicados pelo simples facto de ter contraído casamento.

I.2. A necessidade de preservar a paz familiar

Em favor da exclusão da responsabilidade civil entre os cônjuges tem-se usado o argumento da necessidade da preservação da paz familiar. Acções de indemnização por ilícitos civis de um cônjuge contra o outro, na constância do casamento, dizem os que defendem tal posição, *“podem perturbar seriamente, quando não irremediavelmente, as relações entre os cônjuges... facilmente se podem converter numa devassa à vida conjugal, cuja intimidade a lei procurou acautelar”*⁵. *“A responsabilidade civil entre os cônjuges por ilícito conjugal pessoal aumentaria a conflitualidade, agravaria a desunião do casal, impossibilitando a reconciliação.”*⁶

3 CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva, *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 21.

4 Ver COMBIS, J. Michael, “Comment: Interspousal Tort Immunity: An Analysis of a Dying Doctrine and Its Status in Tennessee”, 47 Tennessee Law Review 123, 1979 Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com>>, acesso em 5 de Março de 2014.

5 LIMA, Pires e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2.ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 296 (anotações ao artigo 1681.º do Código Civil português).

6 PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, *O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal – os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 670.

O argumento de que as acções de responsabilidade civil podem perturbar a paz familiar não pode ser usado, no quadro legal vigente em Moçambique, para afastar a responsabilidade civil dos cônjuges entre si.

É verdade que, como política legislativa, nota-se o cuidado em preservar a estabilidade e, conseqüentemente, a paz familiar.

Desde logo, a lei impõe à família o dever de assegurar a unidade e estabilidade próprias [artigo 4.º, al. b) da Lei da Família].

Os prazos para anulação do casamento foram reduzidos consideravelmente, face à necessidade de preservação da estabilidade da família (artigos 67.º, 68.º, 69.º e 70.º, todos da Lei da Família); quando por dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges tenha que responder a sua meação nos bens comuns, a lei prevê uma moratória legal, só sendo exigível o cumprimento depois de dissolvido ou anulado o casamento, ou depois de decretada a separação judicial de pessoas e bens ou a simples separação judicial de bens (artigo 116.º, n.º 1, da Lei da Família); no âmbito do direito de regresso, o cônjuge só pode exigir judicialmente ao outro a compensação devida pelo pagamento das dívidas do casal no momento da partilha, excepto se vigorar o regime da separação (artigo 117.º, n.º 1, da Lei da Família).

As situações acima mencionadas denotam, claramente, a preocupação do legislador em rodear o ambiente familiar de estabilidade, paz e harmonia. Mas não se pode, pelas mesmas razões, negar a possibilidade de serem intentadas acções de responsabilidade civil dos cônjuges entre si.

Há, com efeito, muitas circunstâncias em que, na constância do casamento, os cônjuges são legalmente autorizados a intentar acções entre si, podendo serem citados como exemplos os seguintes: o suprimento judicial do consentimento conjugal para alienação dos bens do casal (artigo 105.º, n.º 3, da Lei da Família); a anulação dos actos de disposição dos bens do casal (artigo 107.º da Lei da Família); a simples separação judicial de bens por má administração imputável ao outro cônjuge (artigos 170.º e ss da Lei da Família).

Mais ainda, por situações que consubstanciam violação de deveres conjugais, como os de respeito, coabitação e assistência, a Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro (Lei sobre a Violência Doméstica), prevê a aplicação, por via judicial e na vigência do casamento, de penas pelos crimes nele previstos, incluindo penas privativas de liberdade que vão até 12 anos de prisão.

A mesma Lei prevê a aplicação de medidas cautelares (artigo 6), que incluem a proibição do agressor celebrar contratos sobre bens comuns, prestação de caução económica e pensão alimentar a ser paga pelo agressor.

Ora, se é possível, no quadro legal vigente, a aplicação de medidas tão pesadas na vigência do casamento, medidas essas com um elevado potencial de agravar a tensão no seio familiar, não se compreenderia que o mesmo sistema

negasse a possibilidade de responsabilidade civil entre os cônjuges.

I.3. Da natureza dos direitos e deveres conjugais e responsabilidade civil

Para afastar a responsabilidade civil dos cônjuges entre si, é igualmente usado o argumento da natureza dos deveres familiares⁷, alegando-se a sua

- 7 Os deveres recíprocos dos cônjuges vêm previstos no artigo 93.º da Lei da Família, sendo os de respeito, confiança, solidariedade, assistência, coabitação e fidelidade.
- Nos termos do n.º 1 do artigo 94.º, o dever de respeito *“importa para os cônjuges a obrigação recíproca de valorizarem e dignificarem a personalidade de cada um, através do diálogo e da tolerância”*. Sendo certo que, apesar do casamento, cada cônjuge mantém os seus direitos de personalidade, impõe-se que cada um se abstenha de praticar violência física, psicológica ou moral contra o outro; também constituirá violação do dever de respeito a adopção de conduta socialmente reprovável, designadamente, aquela que é incompatível com a condição de casado e homem de família ou que, de alguma forma, possa afectar a honra, a dignidade e consideração social do outro cônjuge. Por exemplo, o marido que, por consumo excessivo de bebidas alcoólicas envolve-se sistematicamente em acidentes de viação, passa as noites nos bares, é visto sistematicamente deitado e inconsciente no meio da via pública, viola o dever de respeito, pois a mulher dele passará a ser vista como *“a esposa do bêbado”*. A violação do dever de respeito pode, assim, resultar de acções praticadas directamente contra o outro cônjuge ou que, não o sendo, afectam a sua integridade psicológica, moral e social.
- O dever de confiança, tal como determina o n.º 2 do artigo 94.º, traduz-se na imposição dos cônjuges acreditarem um no outro. Baseia-se, como todos os outros deveres, no respeito que cada um deve ao outro. Viola o dever de confiança, por exemplo, aquele que, desconfiando existir infidelidade, coloca escutas no telefone do outro cônjuge para gravar todas as conversas ou aquele que, segue sistematicamente o outro às escondidas, vigiando-o à distância, para ver com quem se encontra.
- A Lei não define o dever de fidelidade, mas a doutrina o tem caracterizado como o dever que, resultando da exclusividade que deve existir nas relações sexuais entre os cônjuges, impõe-se a cada um dos cônjuges para não manter relações sexuais com terceiros. Embora exista uma relação entre a exclusividade no trato sexual e a fidelidade, o dever de fidelidade deve ser visto na perspectiva negativa de não praticar o sexo com terceiros. O cônjuge que não mantém relações sexuais com o outro cônjuge, sem motivos fundados, não viola o dever de fidelidade, mas sim o de coabitação. Só viola o dever de fidelidade aquele que, independentemente de manter relações com o seu cônjuge, mantém relações sexuais consentidas com uma terceira pessoa de sexo oposto. Porque a violação do dever de fidelidade pressupõe conhecimento e intenção, não viola tal dever o que se envolve em relações sexuais com terceiro de forma inconsciente ou involuntária. O adultério (que pressupõe cópula) é a forma mais comum de violação do dever de fidelidade; porém, o envolvimento em actos que, pelas suas características, uma pessoa casada só possa os praticar com o seu cônjuge (por exemplo, certos beijos, correspondência amorosa e sexo oral). Prevê também a Lei o conteúdo do dever de solidariedade no artigo 95.º, importando este a obrigação recíproca de entreaajuda, apoio e cooperação. Cada cônjuge deve prestar ao outro auxílio, colaboração e o apoio possíveis, designadamente, na condução dos assuntos da família, na formação, nos negócios, nos momentos de doença e de aflicção. O cônjuge que injustificadamente não visita o outro no hospital onde se encontre internado por doença ou não aceita cuidar dos filhos no período em que o outro se encontra a frequentar um curso superior ou que, sendo florista, recusa-se a prestar qualquer colaboração na ornamentação do escritório do outro, viola o dever de solidariedade.
- O dever de coabitação importa a obrigação recíproca de comunhão de cama, mesa e habitação (n.º 1 do artigo 96.º). Ou seja, os cônjuges devem viver em economia comum, devem adoptar a mesma residência e devem partilhar o leito e manter o *“débito conjugal”* (relações sexuais).

dimensão ética, a sua não juridicidade ou o seu carácter não creditício.

Argumenta-se que no Direito da Família operam normas consuetudinárias, religiosas e morais, cuja violação resulta na aplicação de sanções previstas nessas ordens normativas, ou seja, sem natureza jurídica. Neste sentido se posiciona Fernando Pires Veríssimo, com o argumento de que a família é, “...antes de ser um organismo jurídico, ... um organismo ético ... como organismo social, encontra o seu fundamento na natureza”⁸. O mesmo autor arrasta o seu raciocínio nos seguintes termos: “...a natureza especial dos direitos familiares, intensamente influenciados por princípios de ordem moral; o facto do casamento, como acto através do qual se constitui a família legítima, e os efeitos que do mesmo emergem se encontrarem igualmente dominados por princípios da mesma natureza; ...levam-nos a afirmar ser inaplicável um pedido de indemnização por perdas e danos na hipótese de violação de qualquer dos deveres recíprocos dos cônjuges.”⁹

Para Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, não pode haver responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais porque “afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto ...seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser.”¹⁰

Os argumentos apresentados também são de refutar.

Não restam dúvidas que o direito da família é, por característica, permeável às realidades sociais, culturais, económicas e até políticas. Muitas das normas do Direito da Família, incluindo as referentes aos deveres e direitos conjugais, são influenciadas pela religião ou pela moral predominante em cada sociedade e Moçambique não é uma excepção. Porém, pode afirmar-se que, com maior ou menor intensidade, todos os ramos do Direito, incluindo o direito das obrigações, sofrem influência de outras ordens normativas, havendo muitas soluções influenciadas por razões de ordem moral. A própria obrigação de indemnizar, não

Por último, o dever de assistência, nos termos do n.º 1 do artigo 97.º, importa para os cônjuges a obrigação de prestar alimentos, de contribuir para as despesas domésticas e de participar na gestão da vida familiar. Na constância da comunhão conjugal a contribuição para as despesas domésticas, cobre, em parte, os alimentos devidos na relação entre os cônjuges. Mas, na relação bilateral dos cônjuges, a obrigação de prestar alimentos é mais abrangente, pois abrange tudo o que é indispensável à satisfação das necessidades de vida do alimentado (artigo 407.º da Lei da Família).

8 VERÍSSIMO, Fernando Pires, “Do Problema de Saber se são Aplicáveis, em Matéria de Violação dos Deveres Recíprocos dos Cônjuges, os Princípios Gerais sobre Responsabilidade Civil”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 8.º, n.ºs 1 e 2, 1.º e 2.º Semestres, Lisboa, 1948, p. 254

9 Idem, p. 255.

10 FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson, *Direito das Famílias*, 2ª Edição, 2ª Tiragem, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, p. 89.

deixa de ter uma dimensão ética.

A juridicidade dos deveres conjugais não pode ser posta em causa pois a sua violação acarreta consequências que a ordem jurídica prevê. Por exemplo, a violação do dever de respeito pode fundamentar o pedido de separação judicial de pessoas e bens ou divórcio, ao mesmo tempo que pode constituir crime de violência psicológica ou de violência moral¹¹.

Outro exemplo é da violação do dever de assistência, que tanto pode dar lugar à acção judicial de condenação para contribuição nas despesas domésticas e posterior execução ou ao pedido de separação judicial de pessoas e bens ou divórcio e ainda pode constituir crime de violência patrimonial¹². Assim sendo, a violação dos deveres conjugais pode acarretar consequências civis e penais, daí a sua inquestionável juridicidade.

Não se pode, portanto, afastar a responsabilidade civil dos cônjuges entre si por violação de deveres conjugais com o fundamento na não juridicidade de tais deveres (pelo menos no plano do direito constituído).

Quanto à dimensão ética dos deveres conjugais (que não afasta a sua juridicidade), há quem, até, encontre nesta característica mais um motivo para que a sua violação acarrete responsabilidade civil.

Para Jorge Pinheiro, apresentando os direitos conjugais “...*cumulativamente cariz jurídico, é de supor que esses direitos beneficiam de uma protecção maior do que aquela que é conferida aos “direitos sem fundo ético”*”¹³; o autor apresenta ainda um argumento de ordem moral, entendendo ser injusto que o cônjuge lesado tenha de suportar “...*os danos que lhe foram causados pelo comportamento censurável do outro*”¹⁴.

Entendemos nós que a ideia de excluir a responsabilidade civil por ilícito matrimonial com fundamento da particular natureza dos direitos e deveres conjugais até repugnaria ao Direito, tendo em conta a progressiva protecção da

11 O artigo 15 da Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro, tipifica o crime de violência psicológica nos seguintes termos “aquele que ofender voluntariamente e psiquicamente, por meio de ameaças, violência verbal, injúria, difamação ou calúnia, a mulher com quem tem ou teve relação amorosa duradoura, laços de parentesco ou consaguinidade ou mulher com quem habite no mesmo tecto, é condenado na pena de seis meses a um ano de prisão e multa correspondente; o artigo 16 da mesma Lei tipifica o crime de violência moral: “aquele que por escrito, desenho publicado ou qualquer publicação, imputar um facto ofensivo à honra e carácter da mulher, é punido nos termos do artigo 7 da presente Lei”. Note-se que, em igualdade de circunstâncias, e por força do artigo 36 da mesma Lei, as mesmas disposições são aplicáveis à violência contra o homem.

12 On.º 2 do artigo 19 da Lei 29/2009, estabelece que “é punido com pena de prisão até seis meses aquele que deixar de prestar alimentos a que está obrigado, por um período superior a sessenta dias privando, deste modo, os beneficiários de sustento e pondo em risco a sua saúde, educação e habitação.”

13 PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, ob.cit. p. 667.

14 Idem.

dignidade da pessoa humana.

Por último, o argumento do carácter não creditício dos direitos conjugais não pode passar de uma falácia, pois a responsabilidade civil não é um instituto exclusivo para os direitos de crédito. Partilhamos a posição de HOSTER, quando afirma que “... os direitos familiares são concebidos como direitos privados, o que significa que lhes subjaz o binómio ‘liberdade-responsabilidade’. Quem lesar o direito subjectivo de outrem responde pelos danos causados.”¹⁵

I.4. Auto-regulação do Direito da Família, Fragilidade da Garantia e o princípio de “ne bis in idem”

Também se argumenta que, no silêncio das normas que integram o Direito da Família, designadamente, da Lei da Família, não há como admitir a responsabilidade civil dos cônjuges entre si por violação de deveres conjugais, visto que:

primeiro, as normas do Direito da Família já fazem a previsão das sanções para a violação dos deveres conjugais, ao prever o direito ao divórcio e separação judicial de pessoas e bens, com as implicações decorrentes da declaração de culpa no tocante à partilha de bens, benefícios recebidos ou a receber e alimentos; cumular tais “sanções” com a possibilidade de responsabilidade civil consubstanciaria violação do princípio do “ne bis in idem”, pois, pelo mesmo ilícito, a mesma pessoa seria punida mais que uma vez.

segundo, as normas especiais (do Direito da Família) derogam as normas gerais sobre responsabilidade civil; o facto dos direitos familiares pessoais terem a característica da fragilidade da garantia e não haver uma previsão especial sobre o direito à indemnização por ilícito conjugal denota que é inadmissível a responsabilidade civil.

Contra os argumentos mencionados, pronuncia-se o Professor Jorge Duarte Pinheiro, que entende que “...a escassa tutela especificamente familiar dos deveres conjugais não contraria a responsabilidade civil comum. O princípio de ne bis in idem não é atingido, porque as sanções familiares são destituídas de natureza indemnizatória”¹⁶. No mesmo sentido se posicionam os Professores Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, para quem não se justifica a interpretação restritiva do artigo 483.º do Código Civil, pois “...o divórcio, como a separação de pessoas e bens, não pretendem ser sanção contra o não cumprimento dos deveres conjugais, mas remédio para uma situação de vida matrimonial intolerável ou, mais exactamente,

15 HOSTER, Heinrich Ewald, “A Respeitos da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia será Válida?”)”, *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Janeiro-Junho de 1995 – Tomo XLIV – Números 253/255, p. 117

16 PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2ª Ed., Lisboa, AAFDL, 2009, p. 491.

constatação da ruptura do casamento”¹⁷.

Não podem, com efeito, vingar os argumentos da “*lexis specialis derogat lex generali*”, do silêncio da lei ou do “*ne bis in idem*”.

O Direito da Família, não sendo fechado e auto-suficiente, integra o conjunto mais amplo e sistemático de regras que regem relações jurídicas privadas, incluindo as regras gerais sobre responsabilidade civil.

Há, efectivamente, situações em que as normas do Direito da Família afastam as normas gerais; por exemplo, o casamento anulado contraído de boa fé por ambos os cônjuges (designado por casamento putativo), produz efeitos até ao trânsito em julgado da sentença de anulação¹⁸, não se aplicando o regime geral da destruição retroactiva dos efeitos previsto no n.º 1 do artigo 289.º do Código Civil.

O silêncio da Lei da Família não pode ser interpretado no sentido de que o legislador não quis que fosse aplicável o regime geral da responsabilidade civil. Muitas são as situações em que se recorre ao regime geral para tratar de questões não especialmente reguladas na Lei da Família; para citar um exemplo, a Lei da Família só estabelece algumas limitações no exercício do direito à indemnização por rompimento da promessa de casamento, o que significa que, quanto aos demais pressupostos, é aplicável o regime geral de responsabilidade civil; outro exemplo, de vários, é o da forma de alienação dos bens imóveis do casal, que a Lei da Família não prevê especificamente, porque desnecessário, já que tal matéria se acha regulada no Direito das Obrigações.

Quanto ao princípio do “*ne bis in idem*”, embora a tendência recente seja de admitir, em termos limitados, uma componente punitiva da responsabilidade civil, esta continua tendo por base uma função indemnizatória ou compensatória. Tendo em conta esta natureza da responsabilidade civil, ela não se confunde com a responsabilidade penal, como sucede com os crimes de violência doméstica.

Também não se confunde a responsabilidade civil, pela sua natureza, com as consequências que a Lei da Família prevê para os casos de violação de deveres conjugais, como são os casos de simples separação judicial de bens, de separação judicial de pessoas e bens e de divórcio; nestes últimos casos, não se tem por finalidade a indemnização ou compensação pelos danos sofridos pelo cônjuge inocente.

Nos casos de alimentos, em princípio¹⁹, o cônjuge considerado exclusivo ou principal culpado não tem direito a alimentos em casos de separação judicial de pessoas e bens ou divórcio, tal como estabelece o artigo 420.º da Lei da Família.

17 COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 155

18 Os efeitos do casamento putativo estão previstos no artigo 71.º da Lei da Família.

19 Excepcionalmente, nr. 2 do artigo 420 da Lei da Família admite que o tribunal possa, por motivos de equidade, conceder alimentos ao cônjuge que a eles não teria direito, tendo em conta vários factores enumerados exemplificadamente naquela disposição legal.

Mas esta consequência negativa nada tem de compensatório ou indemnizatório, fundando-se, pelo contrário, em razões de ordem moral, porque se entendeu que o cônjuge culpado pela separação é indigno (por desmerecer pelo seu comportamento) do benefício dos alimentos por conta do inocente.

A culpa não prejudica o direito à meação relativamente aos bens comuns adquiridos na constância do casamento (artigo 187.º da Lei da Família), o que significa que o cônjuge culpado não pode reclamar meação nos bens trazidos pelo inocente ao casamento, o que sucederá nos casos de casamentos celebrados segundo o regime de comunhão geral ou mesmo nos casos em que, no âmbito da liberdade de estipulação das convenções antenupcias, estipula-se a comunicabilidade de alguns bens adquiridos antes do casamento.

A Lei da Família também prevê, no artigo 188.º, a perda dos benefícios que o culpado tenha recebido ou haja de receber do cônjuge inocente.

Nas duas situações anteriores, também razões de ordem moral ditaram a solução legal, por ter parecido injusto aos olhos do legislador que o responsável pela destruição do projecto comum do casamento ainda tivesse ganhos sem esforço seu. Não obstante as situações mencionadas poderem ter uma certa carga punitiva, não existe qualquer pretensão indemnizatória ou compensatória.

Podemos, pois, afirmar que a natureza da responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais difere da subjacente à responsabilidade penal pelos mesmos factos ou das “sanções” civis previstas na Lei da Família, não se podendo falar de violação do princípio do “*ne bis in idem*”.

A fragilidade da garantia, sendo considerada como característica dos direitos familiares pessoais, deve ser vista apenas na perspectiva da impossibilidade de execução específica de alguns deveres – não se pode recorrer à execução específica para obter, como resultado, o cumprimento do dever de fidelidade, por exemplo. A fragilidade da garantia não deve ser vista como ausência de tutela jurídica dos direitos familiares pessoais, incluindo os dos cônjuges, pois existem sanções de natureza diversa para a sua salvaguarda²⁰.

20 A este respeito, ver, também Horster, Henrich Ewald, A Respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia” será Válida), ob. cit., para quem: “Por outro lado, é comummente aceite que uma violação de uns deveres conjugais pode implicar, ao mesmo tempo, uma violação de um outro bem jurídico, p.ex., a violação de um direito de personalidade. Esta violação de um direito autónomo – que vai para além de um “simples” direito familiar pessoal – já faz incorrer o lesante, o cônjuge faltoso, em responsabilidade civil e – ser for caso disso – ainda em responsabilidade criminal, como acontece com lesões corporais...Nestes casos, a “fragilidade da garantia” é, por assim dizer, contornada por força da sanção provocada pela violação simultânea de um outro direito subjectivo privado em relação ao qual a garantia funciona, como deve ser, sem restrições.

I.5. Da Verificação dos Pressupostos de Responsabilidade Civil

Os pressupostos gerais da responsabilidade civil são: o facto, a Ilícitude, a culpa, o dano e o nexó de causalidade entre o facto e o dano. Há casos em que alguns pressupostos não serão exigíveis (por exemplo, na responsabilidade objectiva).

Certa doutrina é contrária à aplicação do regime da responsabilidade civil na relação entre os cônjuges invocando impossibilidade de verificação dos pressupostos dos pressupostos de ilicitude²¹, culpa²² e nexó de causalidade entre o facto e o dano²³.

I.5.1. Dos pressupostos da ilicitude, culpa e nexó de causalidade

Argumenta-se, quanto aos pressupostos da ilicitude e culpa, que não se pode construir um padrão de bom marido ou boa esposa, na base do qual se poderia aferir a ilicitude a censurabilidade do comportamento. Argumenta-se ainda que, mesmo que se admitisse a verificação da ilicitude e da culpa, seria difícil estabelecer um nexó de causalidade entre a conduta do pretenso violador e o dano, já que são geralmente os dois cônjuges os responsáveis pela ruptura da harmonia conjugal.

Como diz Rolf Madaleno, “...o fracasso da convivência afetiva obedece geralmente à causas sentimentais e íntimas, muito difíceis de elucidar e geralmente atribuídas à atitudes matrimoniais recíprocas...a experiência judicial invariavelmente aponta como causa finita do casamento uma sucessão recíproca de atitudes, todas dificultando ao decisor concluir quando e onde exatamente

21 A ilicitude pode ser definida como a inobservância da lei ou o incumprimento da obrigação a que o sujeito está adstrito. Olhando para o que dispõe o artigo 483.º do Cciv., podemos retirar que a actuação ilícita pode consistir na violação de um direito de outrem ou de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

Poderão ocorrer situações em que a ilicitude é afastada (causas de justificação da ilicitude), como são os de acção directa, legítima defesa, estado de necessidade, consentimento do lesado e exercício de um direito. A responsabilidade objectiva pode existir mesmo ocorrendo situações que excluem a responsabilidade subjectiva.

22 Age com culpa aquele que, de forma consciente e intencional (dolo) ou por desleixo, imprudência ou inaptidão (negligência) adopta uma conduta que é sensurável, por se entender que o agente poderia e deveria ter adoptado comportamento diferente. A sensurabilidade pressupõe que o agente seja imputável, daí o afastamento da culpa nos casos de inimputabilidade e desculpabilidade.

23 O nexó de causalidade é a ligação entre um facto e o dano. Exige-se, para que haja responsabilidade civil, que o comportamento do agente seja a causa do dano (uma relação de causa-efeito). Existem várias teorias sobre a causalidade, mas aquela que goza de aceitação mais generalizada é a doutrina da causalidade adequada: a causa adequada é aquela que constituiu a condição relevante, de acordo com as regras da experiência, para produzir o resultado danoso. O dano é supressão de qualquer vantagem juridicamente protegida.

*iniciou o fracasso e a culpa na derrocada conjugal..."*²⁴

Cippitani, citado por Jorge Pinheiro, entende que:

*"O nexa causal previsto no regime da tutela indenizatória ordena comportamentos e situações sequencialmente (primeiro surge o comportamento do agente; depois, a lesão do direito subjectivo)...a relação conjugal forma um quadro diverso de situações jurídicas recíprocas e móveis, em que é difícil isolar comportamentos, quando mais dispô-los numa sequência lógico-jurídica precisa. A complexidade e multiplicidade de circunstâncias com repercussão na vida do casal é tal que se não vislumbra um critério que permita seleccionar este ou aquele comportamento. Portanto, o modelo teórico da causalidade adequada, que geralmente se tem por recebido pela disciplina civil do nexa da causalidade, não é aplicável na matéria de que aqui se trata."*²⁵

Beherens, citado pelo mesmo autor, diz que:

*"é impossível idenficar, num caso concreto, as condições que causaram a ruptura do casamento. De acordo com a teoria sociológica da interacção no conflito, a causalidade das perturbações na relação conjugal assume uma forma circular e não linear: o comportamento de cada parte depende directamente do comportamento da outra e este influi, por seu turno, no comportamento da primeira como acontece num processo de retroalimentação...cada comportamento é simultaneamente causa e efeito...neste contexto, é impensável a causalidade que orienta a sanção, porque não se consegue apurar com rigor qual o contributo de cada cônjuge na crise matrimonial. Numa ordem circular de causas e respectivas consequências, a análise de circunstâncias isoladas revela-se ineficaz."*²⁶

Sem dúvidas que a vida em comum propicia situações de divergências entre os cônjuges – a convivência diária e a necessidade de alinhar consensos para a gestão da vida familiar, arrastam consigo riscos de conflitos conjugais. Tais situações podem ser toleradas e relevadas por um período mais ou menos longo e podem, num momento de saturação, resultar em actos que constituem violação dos deveres conjugais. Tudo isso compreende-se perfeitamente. Mas o argumento de que não existe um padrão de bom marido e de boa esposa, para afastar a possibilidade de responsabilidade civil, não colhe, simplesmente porque, do ponto de vista legal, o *standard* já se mostra estabelecido e corresponde ao cumprimento dos deveres conjugais que a lei enumera.

A nosso ver, a dinâmica da vida familiar deve ser, apenas, um dado importante na determinação do grau de censurabilidade da violação dos deveres conjugais. O julgador terá sempre que se preocupar em compreender as

24 MADELENO, Rolf, *Curso de Direito da Família*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008, p. 300.

25 PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, *ob.cit.*, p. 673.

26 *Idem*, p. 674.

circunstâncias em que a violação ocorreu e, em função disso, graduar a eventual medida sancionatória a aplicar.

Aceitar que os cônjuges não devem ser sancionados porque *“cada comportamento é simultaneamente causa e efeito”*, seria o mesmo que regredir para os tempos da *lex talionis*; seria o mesmo que aceitar que, na relação entre os cônjuges, vale a lei de olho por olho, dente por dente; cada cônjuge estaria autorizado a retribuir a violação dos deveres conjugais por uma outra violação, o que é inaceitável no quadro legal vigente, assente no princípio de que ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos. O facto do comportamento dum cônjuge ser a causa do do outro não deve, só por isso, afastar a responsabilidade, a menos, claro, que ocorram causas de justificação da ilicitude ou de exclusão de culpa.

E dir-se-á o mesmo em relação à dificuldade de estabelecimento do nexo de causalidade entre o comportamento e o dano, resultante da complexidade e influência recíproca de comportamentos. Tal dificuldade não deve ser fundamento para que seja afastado o instituto da responsabilidade civil na relação entre os cônjuges. Num acidente de viação pode haver contribuição de vários intervenientes; a complexidade que envolve o acidente não serve de fundamento para afastar a admissibilidade de responsabilidade civil, devendo o julgador apurar o grau de culpa de cada interveniente e determinar a sua quota na responsabilidade pelos danos. Como este, podiam ser citados vários exemplos de situações complexas resultantes de entroncamentos de comportamentos; mas é mesmo por isso que se recorre à doutrina da causalidade adequada para se determinar em que medida cada comportamento influi e releva para o resultado danoso.

1.5.2. Da indemnizabilidade dos danos não patrimoniais

Como é sabido, um dos pressupostos da responsabilidade civil é o dano, que na linguagem do Professor Pedro Romano Martinez, “corresponde à supressão de uma vantagem, mediante perda de um direito subjectivo ou não aquisição de um direito. Trata-se da supressão de um bem juridicamente protegido”²⁷

No que tange à responsabilidade civil por ilícito conjugal, não se levantam grandes objecções quanto a indemnizabilidade dos danos de natureza patrimonial, não sucedendo o mesmo no tocante aos danos não patrimoniais, também designados por danos morais.

Há quem entenda que o dano moral é irreparável pois *“o dinheiro, de um lado, e as dores físicas ou morais, os vexames, as inibições, os complexos criados por certas deformações estéticas, do outro, são grandezas heterogêneas. Não há possibilidade de pagar (indemnizar) com dinheiro os malefícios desta natureza... ainda que se pretendesse, não indemnizar, mas compensar, estes*

27 MARTINEZ, Pedro Romano, ob.cit. p. 98.

danos não patrimoniais, dir-se-á ser sempre muito difícil, senão praticamente impossível, fixar, sem uma larga de arbítrio, a compensação correspondente a cada caso concreto”²⁸.

No campo específico do ilícito matrimonial, entendem alguns que admitir a indemnização seria monetarizar o casamento, o que não é de admitir porque imoral. Argumenta este segmento de opinião que *“o dano moral nas relações erótico-afetivas, principalmente quando é tomada como ponto de partida a ocorrência de uma infração de deveres próprios do casamento ou da união estável, seria fazer prosperar o exagero, e toda a ação de separação judicial ensejaria pedido cumulado de perdas e danos morais, numa inaceitável e perniciosa monetarização dos relacionamentos*”²⁹.

No Acórdão da Comarca de Porto Alegre (ApCiv. 70015627979)³⁰ encontramos um posicionamento simplesmente limitativo do dano moral. A posição tomada foi a seguinte: *“...mesmo havendo denúncia de descumprimento dos deveres maritais, não há que falar em reparação por dano moral. O fim do casamento, qualquer que seja o motivo, gera intensos e profundos sentimentos. Todavia, não há reparação possível, de ordem económica, para curar estas dores...”*³¹.

Contra as posições acima, são vários os argumentos apontados pela doutrina³². É verdade que, regra geral, a indemnização visa deixar o lesado indemne (na situação em que se encontraria se não fosse o dano); porém, nos casos de danos morais, o que se pretende é apenas uma compensação que serve para atenuar o sofrimento da vítima ao mesmo tempo que, de alguma forma, se prossegue uma função punitiva.

A dificuldade de determinação do montante exacto da indemnização,

28 VARELA, José de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 9ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, p. 625.

29 PEREIRA, Sérgio Gischkow. O dano moral no Direito de Família: Perigos e excessos, in *Grandes temas da atualidade, dano moral, aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas*, Coord. LEITE, Eduardo de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 407.

30 A jurisprudência brasileira ainda é nebulosa na matéria relativa à responsabilidade civil por ilícito conjugal, havendo posições amplamente permissivas, outras restritivas e outras contra o dano moral.

31 FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson, ob.cit. p. 89. ROLF MADALENO também cita a decisão judicial por um tribunal brasileiro com o seguinte conteúdo *“...não caberia frente a atos e modos de conduta que são, simplesmente, expressões de desamor, de perda de vínculo afetivo e a certo momento(...); o desamor não se indeniza, os sentimentos e a sua evolução são ingovernáveis, de maneira que representaria uma aplicação excessiva dos princípios gerais impor o pagamento de indenização frente a atos que...na sua essência não podem ser considerados mais do que expressões de perda do vínculo afetivo (Curso de Direito da Família, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2008, p. 298).*

32 Ver VARELA, José de Matos Antunes, ob.cit. ps. 626 e 627 e MARTINEZ, Pedro Romano, ob.cit. P. 99

embora exista, não pode ser usada para afastar a indemnização. Aliás, mesmo no campo dos danos patrimoniais também se experimentam dificuldades no cálculo da indemnização, sendo disso exemplos paradigmáticos os da indemnização de clientela ou pela paralização de viatura que era usada para actividade comercial.

Contra o argumento moral de “monetarização do casamento” também se apresenta outro argumento moral – deixar impune o lesante, seria estimulá-lo a praticar novos actos violadores de direitos e interesses alheios, seria admitir uma injustiça maior.

Por último, e tendo em conta o disposto no n.º 1 do artigo 496.º do Código Civil, sempre se diria que os danos morais são indemnizáveis desde que pela sua gravidade mereçam a tutela do direito.

Certamente que não serão as pequenas contrariedades decorrentes de qualquer violação de deveres conjugais que justificarão o direito à indemnização. A gravidade da violação e dos danos dela decorrentes é que, numa apreciação objectiva, poderão determinar que sejam atendidos os danos não patrimoniais.

Sabe-se que, nos termos do n.º 3 do artigo 496.º do Código Civil, na fixação da indemnização devem ser tomados em consideração critérios de equidade. Neste exercício, há que ter em conta a especificidade do casamento, designadamente, a necessidade de preservar a harmonia e paz conjugais.

Capítulo II - Da natureza da responsabilidade civil dos cônjuges por violação de deveres conjugais: trata-se de responsabilidade contratual ou extracontratual?

Uma coisa é saber se por violação dos deveres conjugais há ou não lugar à indemnização nos termos gerais. Sendo a resposta positiva, surge a questão da natureza da responsabilidade civil em questão: se se trata de responsabilidade civil extracontratual ou contratual. Não está em questão o enquadramento da responsabilidade tendo por critério o pressuposto da culpa, pois na relação directa entre os cônjuges tal responsabilidade só pode ser tida como subjectiva³³.

A questão de saber se a responsabilidade civil (subjectiva) é contratual ou

33 No âmbito das modalidades de responsabilidade civil, também é feita a distinção entre responsabilidade subjectiva e responsabilidade objectiva, a primeira pressupõe uma actuação culposa do agente causador do dano e a segunda, que é excepcional, opera independentemente de culpa. Ou seja, a responsabilidade civil diz-se subjectiva quando, reunidos os outros pressupostos, aquele que é obrigado a indemnizar age com culpa, ou seja, com dolo ou de forma negligente, enquanto que na responsabilidade objectiva é dispensado o pressuposto culpa.

A responsabilidade objectiva também se subdivide em responsabilidade pelo risco (por exercício de actividades especialmente geradoras de danos) e responsabilidade por actos lícitos (o agente é obrigado a indemnizar, apesar da sua conduta não ser contrária à lei).

extracontratual é de uma importante relevância prática, dadas as diferenças de regimes existentes entre as duas modalidades de responsabilidade civil.

II.1. Responsabilidade civil contratual e responsabilidade extracontratual

A responsabilidade contratual, também designada por obrigacional ou negocial, é aquela que decorre de violação de uma obrigação, que pode resultar dum negócio jurídico ou, em alguns casos, directamente da lei³⁴.

A responsabilidade extracontratual é aquela que, nas palavras do Professor Mário Júlio de Almeida Costa, “*surge, em termos residuais... onde se abrangem os restantes casos de ilícito civil. Deriva. “maxime”, da violação de deveres e vínculos jurídicos gerais, isto é, de deveres de conduta impostos a todas as pessoas e que correspondem aos direitos absolutos, ou até da prática de certos actos que, embora lícitos, produzem danos a outrem*”³⁵.

Essencialmente a distinção entre as duas modalidades resulta, como se pode constatar, da fonte das obrigações; se a fonte já vinculava o agente de forma específica em relação ao lesado, a responsabilidade é contratual; se, pelo contrário, os deveres violados eram impostos a todos e correspondendo, do lado activo, direitos absolutos, a responsabilidade é extracontratual. “*No fundo, as primeiras advêm da frustração da expectativa creditória, enquanto as segundas têm por base uma contrariedade ao princípio alterum no laedere. Dito de outra forma, num caso é posto em causa o interesse na equivalência e, no outro, o interesse na protecção*”³⁶.

A responsabilidade extracontratual, também é designada por extra-obrigacional, extra-negocial, delitual ou aquiliana³⁷.

A lei estabelece regimes diferentes para as duas modalidades de responsabilidade. As diferenças ocorrem, designadamente, quanto ao ónus de

34 O uso de qualquer das terminologias não é rigoroso. Contra o uso da expressão “responsabilidade contratual” alega-se a sua insuficiência, pois ela abrange a responsabilidade os ilícitos decorrentes de negócios unilaterais ou até da lei. O uso da terminologia “responsabilidade obrigacional” também é criticada, por se entender que ela pode abranger o próprio dever de prestar. Por último, considera-se também restritiva (a fonte da obrigação pode ser a lei) e sem tradição na doutrina e na jurisprudência.

35 COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 11ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, Almedina, 2008, p. 540.

36 MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações, Apontamentos*, 2ª Ed., Reimpressão 2008, Lisboa, AAFDL, 2008, p. 83.

37 Também não há consensos quanto às diferentes terminologias, por argumentos diversos, incluindo as razões apontadas no tocante à responsabilidade contratual.

prova da culpa (artigos 487.º e 799, n.º 1 do Cciv.); nas situações de complexidade subjectiva passiva (artigos 497.º e 513.º do Cciv.); no capítulo dos prazos de prescrição (artigos 498.º e 309.º do Cciv.) e quanto à capacidade (artigo 488.º do Cciv.)³⁸.

A distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual tem sido criticada pela doutrina, havendo mesmo quem defenda a natureza unitária da responsabilidade civil.

No entender do Professor Pedro Romano Martinez, que é favorável à ideia de unicidade da responsabilidade civil, “*o estabelecimento de uma fronteira entre as duas responsabilidades não se justificaria se o legislador não tivesse estabelecido, em questões pontuais, um regime diverso. Tais diferenças de regime são mais o resultado da tradição do que uma resposta racional às necessidades de justiça*”³⁹.

Nós somos, também (*de lege ferenda*), pela unicidade, não apenas pelo esvaziamento das fronteiras entre as duas modalidades e pelas necessidades de justiça (dando-se igual protecção ao lesado) mas também por razões práticas que decorreriam da facilidade de aplicação do regime.

De qualquer modo, tendo em conta a lei vigente, há todo o interesse em determinar, no caso de violação dos deveres conjugais, qual a natureza da responsabilidade. A resposta a esta questão, pressupõe que seja dada resposta a uma outra questão, que é relativa à natureza jurídica do casamento, do qual emergem os deveres cuja violação dá lugar à responsabilidade civil.

II.2. A natureza jurídica do casamento e as modalidades de responsabilidade civil

Perfilam várias teorias sobre a natureza jurídica do casamento, contrapondo-se as contratualistas e não contratualistas. Dependendo da posição perfilhada, define-se também a natureza da responsabilidade civil.

No grupo das últimas (não contratualistas), encontramos a teoria segundo a qual o casamento é um acto administrativo, visto ser, na visão dos defensores desta corrente, a declaração do funcionário do registo civil o elemento verdadeiramente constitutivo do casamento. Por consequência, o casamento seria um puro acto do poder do Estado, um puro acto administrativo. Porém, tal teoria não encontra sustentação no nosso direito positivo, tendo em conta o disposto no n.º 2 do artigo

38 Ver LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, Volume II, *Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias de Crédito*, 6ª Ed., Almedina, 2008, p. 543 e ss. e MARTINEZ, Pedro Romano, ob.cit., p. 84.

39 MARTINEZ, Pedro Romano, ob. cit, p. 85.

190.º do Código do Registo Civil (aprovado pela Lei n.º...) , que estabelece que “*prestado o consentimento dos contraentes, o casamento considera-se celebrado, o que o conservador proclama...*”.

Da citada disposição, resulta claro que o acto do conservador não é constitutivo do casamento, mas meramente declarativo de acto praticado pelos contraentes.

As outras teorias não contratualistas centram os seus fundamentos nas limitações impostas à autonomia privada no âmbito do casamento, para negar a este a natureza de negócio jurídico e de contrato.

O Código Civil de 1966 apresentava a noção de casamento no artigo 1577.º, nos seguintes termos: “*Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir legitimamente a família mediante uma comunhão plena de vida*”.

À luz do preceito citado, não se suscitavam dúvidas quanto à natureza contratual do casamento no direito moçambicano, sendo que a discussão tinha interesse meramente teórico.

A Lei da Família veio consagrar uma noção diferente da da lei anterior. No artigo 7.º da Lei da Família, o casamento é definido como “*...a união voluntária e singular entre um homem e uma mulher, com o propósito de constituir família, mediante comunhão plena de vida*”.

O legislador de 2004, tendo presente as críticas feitas à qualificação do casamento como contrato e atendendo ao facto do casamento africano ter uma dimensão individual, por um lado, e colectiva, por outro, preferiu uma formulação mais abrangente, “*passando a revestir a natureza de um vínculo mais profundo e amplo, uma verdadeira aliança entre os cônjuges, extendida às respectivas famílias com as suas componentes sociais e ético-culturais*”.⁴⁰

Não se pode dizer que ao apresentar a noção de casamento em termos amplos o legislador moçambicano tenha logrado consagrar uma solução isenta de críticas; aliás, não faltam os que consideram não haver nenhuma vantagem na previsão legal da noção de casamento, razão porque muitas legislações, como são os casos dos códigos alemão, francês, italiano e brasileiro, tenham deliberadamente evitado apresentar um conceito ou uma definição legal de casamento.

Mesmo com a nova noção de casamento, ainda que, pelas razões apontadas, se tenha evitado a qualificação como um contrato, não parecem subsistir dúvidas quanto ao facto do casamento ser um negócio jurídico.

O negócio jurídico, como é sabido, é um facto voluntário lícito, cujo núcleo essencial é constituído por uma ou várias declarações de vontade, que tem por objectivo a produção de certos efeitos jurídicos, com ânimo de que esses

40 AA.VV., *Lei da Família Anotada*, UTREL, 2005 (anotação ao artigo 7.º).

efeitos sejam tutelados pelo direito, ou seja, para que a lei atribua efeitos jurídicos correspondentes com a intenção dos intervenientes no negócio. É um instituto que, embora surja com maior evidência e preponderância no âmbito do direito das obrigações, também está presente no domínio dos direitos reais, do direito sucessório e do direito de família.

Poder-se-ia questionar a qualificação do casamento como negócio jurídico com base na limitação da autonomia privada, patente no n.º 1 do artigo 41.º da Lei da Família, nos termos do qual “*a vontade de contrair casamento importa a aceitação de todos os efeitos legais do matrimónio, sem prejuízo das legítimas estipulações dos esposos em convenção antenupcial*”. Todavia, que, não obstante tais limitações, o princípio da autonomia da vontade subsiste e não se mostra prejudicado, uma vez que os nubentes sempre têm a liberdade de casar ou não casar, de casar com a pessoa que entendam, de escolher o regime de bens e estipular o que lhes aprouver sobre a administração dos bens do casal.

Portanto, em termos de natureza jurídica, o casamento é sem dúvidas um negócio jurídico. Trata-se de um negócio bilateral, embora com características próprias. Na verdade, apesar da dimensão colectiva do casamento tradicional, o núcleo essencial do casamento é ainda constituído pelas declarações de vontade dos nubentes.

A relevância que a lei atribui às declarações de vontade dos nubentes está bem patente no regime dos vícios do casamento, nos artigos 56.º e seguintes da Lei da Família.

O carácter negocial do casamento é até reforçado pela possibilidade de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento⁴¹ e de divórcio por mútuo consentimento⁴². Tal significa que a lei considera essencial a vontade dos contraentes na constituição, modificação e extinção da relação matrimonial.

Embora o casamento seja um negócio jurídico bilateral com características que não se limitam aos de um mero contrato, temos que reconhecer que em larga medida encerra em si características de um contrato. Aliás, a lei mantém a orientação de que a promessa de casamento, para ser válida, deve revestir a natureza contratual (artigo 19.º, n.º 1 da Lei da Família); porque o objecto do contrato promessa é a celebração do contrato definitivo, forçoso é concluir-se que o legislador continuou a encarar o casamento, também, numa perspectiva contratual.

Sendo o casamento um negócio jurídico e tendo em conta o que ficou dito sobre as duas modalidades de responsabilidade civil, é lógico concluir-se que da violação dos deveres conjugais (porque emergentes de um negócio bilateral)

41 Ver artigos 176.º e 189.º a 192.º da Lei da Família e 349.º a 353.º do Código do Registo Civil.

42 Ver artigos 195.º a 197.º da Lei da Família e artigos 349.º a 353.º do Código do Registo Civil.

resulta responsabilidade civil contratual ou obrigacional⁴³.

A questão do ônus de prova parece ser uma das razões para certo segmento de opinião e jurisprudência estrangeira entender que a responsabilidade civil por violação de deveres conjugais é extracontratual, por ser inaplicável a presunção de culpa do cônjuge violador, dada a natureza do casamento⁴⁴.

Na responsabilidade obrigacional, nos termos do n.º 1 do artigo 799.º do Código Civil, cabe ao devedor o ônus de provar que o incumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua. Esta solução (de presunção de culpa do devedor) é diferente da que vem prevista no n.º 1 do artigo 487.º do Código Civil, para os casos de responsabilidade civil extracontratual⁴⁵.

É jurisprudência assente entre nós que o ônus de prova da violação de deveres conjugais impende sobre o autor da acção, ou seja, perfilha-se a posição da inaplicabilidade do n.º 1 do artigo 799.º do Código Civil. Nesse sentido se posicionou o Tribunal Supremo de Moçambique no Acórdão de 19 de Abril de 2006, no Processo n.º 84/2000, nos seguintes termos “*o abandono do lar conjugal...é uma causa unilateral e subjectiva do divórcio, pois parte da iniciativa de um dos cônjuges contra a vontade do outro e pressupõe culpa do cônjuge que abandonou o lar...para que a acção possa proceder é necessário que o cônjuge autor prove os requisitos integrantes de abandono do lar, visto tratar-se de factos*”

43 Em Portugal, a jurisprudência tem tratado a responsabilidade como extracontratual, mais pelo facto de se entender ser inaplicável o artigo 799.º do Código Civil português aos casos de violação de deveres conjugais.

44 Ver CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva, ob. cit., p. 66 a 68.

45 No caso de Portugal, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Junho de 1984, proferido no Processo n.º 71725 (BMJ 338, de Julho de 1984) foi no sentido de considerar que o ônus de prova recaia no réu, portanto, aplicando-se a presunção do artigo 799.º do C.Civ. A este propósito, lê-se no citado Acórdão o seguinte: “*Por isso, tem o Supremo decidido, cremos que uniformemente, não ser ao autor que cumpre provar que a saída do réu do lar conjugal foi injustificada, mas ao réu que incumbe fazer a prova de que, em face das circunstâncias verificadas, a sua conduta não é reprovável, dado tratar-se de facto impeditivo do direito ao divórcio ou à separação judicial de pessoas e bens*”. Em sentido diverso, no Processo n.º 70 375, no Acórdão de 7 de Dezembro de 1982 (BMJ 322, Janeiro de 1983), o Supremo Tribunal de Justiça português entendeu que o ônus de prova incumbia ao autor. O pronunciamento foi o seguinte: “*No caso sub judice nada se provou acerca das circunstâncias em que o réu agrediu a autora, e era a esta que cabia demonstrá-las, por lhe pertencer, nos termos do artigo 342.º do Código Civil, o ônus da prova da gravidade das ofensas, que justificasse o pedido de divórcio*”. Também no Acórdão do STJ de 07 de Outubro de 2004, no Processo n.º 04B2767, disponível em: <www.stj.pt/>, consulta em: 27 de Fevereiro de 2014, no domínio específico da responsabilidade civil, entendeu-se, como segue, que o ônus de prova da culpa impedia no autor: “*...a reparação dos danos não patrimoniais não nasce ‘ope legis’, já que sempre impenderá sobre o cônjuge inocente o ônus de alegar e provar factos (imputáveis ao cônjuge culpado) e causados ao ofendido/inocente, tradutores de danos de origem moral e/ou, espiritual...*”.

constitutivos do direito invocado e de que depende o êxito da sua pretensão”⁴⁶.

A inaplicabilidade do artigo 799.º do Código Civil, porém, não deve ser fundamento bastante para que se conclua pelo afastamento da natureza contratual ou obrigacional da responsabilidade civil decorrente da violação dos deveres conjugais. Aliás, são também várias as disposições que, pertencendo em termos de sistemática ao conjunto das que regulam a responsabilidade extracontratual, são igualmente aplicáveis à responsabilidade contratual.

Pelo que ficou dito, conclui-se que, da violação dos deveres conjugais decorre responsabilidade civil contratual ou obrigacional, podendo serem afastadas disposições integrantes deste regime de responsabilidade sempre que sejam postas em crise as especificidades do casamento e os interesses a ele subjacentes.

Capítulo III - Momento adequado para apresentar o pedido de indemnização

Para uma certa corrente doutrinária, para preservar a paz familiar, o pedido de indemnização deve ser diferido para momento posterior à dissolução do casamento. A este propósito, Horster apresenta o seguinte raciocínio: *“Se parece adequado, em princípio, não deixar impunes as violações de direitos subjectivos familiares entre os próprios cônjuges, ...resta saber quando é que tais indemnizações podem ser pedidas e, depois, atribuídas pelo tribunal. Em relação a isso deve ser respeitada a orientação da lei no sentido de evitar, ou de delimitar ao estritamente indispensável, quaisquer intromissões judiciais na intimidade do casal enquanto existir a comunhão de vida entre os cônjuges... para proteger tal intimidade, basta diferir as indemnizações para depois de ter finda a comunhão de vida entre os cônjuges*”⁴⁷.

A outra corrente defende que o pedido só pode ser apresentado no processo de divórcio.

São correntes que encontram algum amparo na filosofia adoptada pelo nosso legislador. Na hipótese de insuficiência de bens próprios para fazer face às dívidas da responsabilidade exclusiva de um dos cônjuges, admite o n.º 1 do artigo 116.º da Lei da Família que se recorra, subsidiariamente, à meação do devedor nos bens comuns; porém, a mesma disposição prevê uma moratória, ao estabelecer que *“neste caso, o cumprimento só é exigível depois de dissolvido ou anulado o casamento, ou depois de decretada a separação judicial de pessoas e*

46 Acórdãos do Tribunal Supremo, Jurisdição Cível, de Menores e Laboral 2004-2008, Vol. II, Tribunal Supremo, 2012, p. 141.

47 HORSTER, Heinrich Ewald, ob.cit. p. 122 e 123.

bens ou a simples separação judicial de bens”.

No mesmo espírito de preservação da paz familiar, a alienção por negócio gratuito de móveis comuns, sem consentimento do outro cônjuge, implica a imputação do valor dos bens alheados na meação do alienante (n.º 1 do artigo 103.º da Lei da Família), o que também ocorre no momento da partilha.

Contra a tese da moratória, a doutrina apresenta duas grandes objecções. A primeira está relacionada com a dificuldade que existiria na apreciação da prova dos pressupostos da responsabilidade civil que adviria do decurso de tempo entre o momento da conduta e da verificação dos danos e o momento da sua apreciação. A segunda objecção é baseada no facto da lei admitir, na constância do casamento, o recurso ao tribunal para diferentes situações como são os casos de anulação de negócios ou, nosso caso, de violência doméstica⁴⁸.

Concordamos com os dois argumentos e acrescentamos outros tantos. Primeiro, o casamento, nos termos da Constituição da República, baseia-se no livre consentimento das partes. A moratória para o pedido de indemnização por violação de deveres conjugais poderia conduzir a situações em que o lesante, para evitar o pagamento de indemnização, contra a sua vontade manteria a relação matrimonial já prática inexistente.

Note-se que para preservar a liberdade de casar, o legislador introduziu importantes limitações no direito à indemnização decorrente da violação da promessa de casamento, tanto em relação aos sujeitos (apenas o nubente ofendido, seus pais ou terceiros agindo em nome destes), como no que tange ao objecto (apenas as despesas feitas e obrigações contraídas na previsão do casamento), como resulta dos artigos 19.º e 22.º da Lei da Família. A mesma lógica conduz a que sejam evitadas situações em que o casamento é mantido contra a vontade duma das partes.

A segunda objecção tem a ver com a possibilidade de morte do lesado. Na verdade, se a moratória significar que o pedido de indemnização não pode ser formulado na constância do casamento, bem pode suceder que o casamento se dissolva por morte do próprio cônjuge lesado. Neste caso, levanta-se, como é evidente, o problema de saber se os herdeiros do falecido podem ou não pedir indemnização. Acresce dizer que, a admitir-se que os herdeiros possam intentar a acção indemnizatória, fica-se sempre sem saber se, sendo tal direito disponível, o cônjuge falecido estaria ou não interessado em intentar a acção se fosse vivo.

Em nossa opinião, portanto, há que admitir que o cônjuge lesado possa, na vigência do casamento, pedir indemnização por danos morais resultantes da violação dos deveres conjugais pelo outro cônjuge.

48 Ver PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, ob.cit., p. 708.

Conclusões

Da análise feita, concluímos que:

Os danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes da violação de deveres conjugais são indemnizáveis, havendo por isso lugar à responsabilidade civil dos cônjuges entre si;

A doutrina da imunidade no tocante à responsabilidade civil dos cônjuges entre si não tem aplicação entre nós, nem faz sentido face à evolução verificada no tocante à organização familiar e relação dos cônjuges, sendo crucial sublinhar, neste aspecto, a preservação da dignidade e personalidade do cônjuge, mesmo depois do casamento;

A defesa da paz familiar não pode constituir argumento para afastar a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: primeiro porque a lei já prevê, noutros domínios, como são os casos de violência doméstica, a possibilidade de recurso ao tribunal; segundo, porque seria injusto deixar impunes as violações de deveres conjugais, cabendo aos cônjuges a responsabilidade adicional no cumprimento do dever recíproco de respeito que sobre eles recai;

O princípio do *ne bis in idem* não é posto em crise pela admissibilidade de responsabilidade civil na relação entre os cônjuges, porque as outras medidas aplicáveis tem natureza diferente;

O adiamento do momento para pedir indemnização, para além do risco da diluição da prova, pode determinar a manutenção de casamentos na prática não queridos e pode resultar no difícil exercício do direito à indemnização depois do falecimento do cônjuge ofendido.

Bibliografia

Doutrina

AA.VV., *Lei da Família Anotada*, UTREL, 2005;

CERDEIRA, Ângela, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000;

COELHO, Francisco Pereira; GUILHERME, Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

COMBIS, J. Michael, “Comment: Interspousal Tort Immunity: An Analysis of a Dying Doctrine and Its Status in Tennessee”, 47 *Tennessee Law Review* 123, 1979 Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexus.com>>, acesso em 5 de Março de 2014;

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 11ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, Almedina, 2008;

HOSTER, Heinrich Ewald, “A Respeitos da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia sera Válida?”)”, *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Janeiro-Junho de 1995 – Tomo XLIV – Números 253/255;

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson, *Direito das Famílias*, 2ª Edição, 2ª Tiragem, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010;

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, Volume II, *Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias de Crédito*, 6ª Ed., Almedina, 2008;

LIMA, Pires e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1992;

MADELENO, Rolf, *Curso de Direito da Família*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008;

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações, Apontamentos*, 2ª Ed., Reimpressão 2008, Lisboa, AAFDL, 2008;

PEREIRA, Sérgio Gischkow. O dano moral no Direito de Família: Perigos e excessos, in *Grandes temas da atualidade, dano moral, aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas*, Coord. LEITE, Eduardo de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2000;

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, *O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal – os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004;

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2ª Ed., Lisboa, AAFDL, 2009;

VARELA, José de Matos Antunes, *Direito da Família*, 1.º vol., 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999.

VARELA, José de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 9ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1996;

VERÍSSIMO, Fernando Pires, “Do Problema de Saber se são Aplicáveis, em Matéria de Violação dos Deveres Recíprocos dos Cônjuges, os Princípios Gerais sobre Responsabilidade Civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 8.º, n.ºs 1 e 2, 1.º e 2.º Semestres, Lisboa, 1948.

Legislação

Código Civil moçambicano, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de Setembro de 1966 e tornado extensivo ao Ultramar pela Portaria 22.869 do Ministério do Ultramar, de 4 de Setembro de 1967.

Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto (Lei da Família);

Lei n.º 24/2004, de 25 de Agosto

Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro (Lei da Violência Doméstica)

Jurisprudência nacional

Acórdão do Tribunal Supremo de Moçambique de 19 de Abril de 2006, proferido no Processo n.º 84/2000 (in Acórdãos do Tribunal Supremo, Jurisdição Cível, de Menores e Laboral 2004-2008, Vol. II, Tribunal Supremo, 2012, p. 141)

Jurisprudência estrangeira

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal de 12 de Junho de 1984, proferido no Processo n.º 71725 (BMJ 338, de Julho de 1984);

Acórdão da Comarca de Porto Alegre – Brasil - (ApCiv. 70015627979);

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal de 7 de Dezembro de 1982, proferido no Processo n.º 70 375 (BMJ 322, Janeiro de 1983);

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal de 07 de Outubro de 2004, proferido no Processo n.º 04B2767 (disponível em <www.stj.pt/>, consulta em: 27 de Fevereiro de 2014).