

# 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 1792º CC

Mafalda Miranda Barbosa

## I – FORMULAÇÃO DO PROBLEMA



proteção que o direito civil dispensa à família pode explicar-se como um reflexo da centralidade que a pessoa, enquanto categoria ético-axiológica, ocupa na fundamentação deste ramo do direito (e, em rigor, de todo o direito). Dito de outro modo, a preocupação com os assuntos familiares só se justifica como projeção do personalismo ético que contamina o direito civil. Entende-se que assim seja. Nas palavras de Menezes Cordeiro, “o ser humano depende, totalmente, durante uma parte significativa da sua vida, da família nas mais diversas dimensões. Um reconhecimento da personalidade humana sem o da família não seria possível: impõe-se, pois, a conexão”<sup>1</sup>. Não se trata, porém, apenas de uma relação de dependência material, que é inegável, mas de uma relação de dependência espiritual: a família é o meio privilegiado de desenvolvimento da personalidade do «eu» no encontro com o «tu», o núcleo por excelência de afirmação do amor e de proscrição dos egoísmos e, nessa medida, de

---

<sup>1</sup> A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I – Parte Geral*, tomo I, Almedina, Coimbra, 390

sedimentação da personalidade, por oposição à individualidade. Se a pessoa só o é, verdadeiramente, em relação, compreende-se que seja no seio da família que ela consiga alcançar os alicerces de sedimentação da pertença comunitária que também a caracteriza. Isto determina, por si só, que o legislador se preocupe, por via da atribuição de direitos e da imposição de deveres, com o bom funcionamento dessa que constitui a célula básica da sociedade, por ser ela que irá garantir a estabilidade da própria sociedade. No fundo, é o desenvolvimento da personalidade de cada um por via da família a que pertence que viabilizará a todos a experiência da responsabilidade pelo outro, traduzida no cuidado por esse outro. Se o todo comunitário se funda (e se tem de fundar) no encontro de pessoas, torna-se meridianamente claro que o ordenamento jurídico tenha interesse em salvaguardar a família: o problema é não só perspetivado na defesa da pessoa em si, de cada pessoa, mas na defesa do todo.

O ordenamento jurídico não se preocupa, portanto, com a família enquanto meio de afirmação de sentimentos díspares. Ainda que estes estejam pressupostos, não devem ser eles a fundamentar nem a necessidade de intervenção legislativa na matéria – entendendo-se, aliás, desde sempre, que deveria ser deixada uma ampla margem de liberdade de conformação das diversas relações familiares aos seus membros –, nem a modelação da disciplina das relações jus-familiares. Se assim não fosse, não se compreenderia por que razão se regula a relação matrimonial e se deixa na sombra uma relação de namoro ou uma relação de amizade: fossem apenas os sentimentos o *quid* justificativo da intervenção legislativa e a diferença de tratamento tornar-se-ia incompreensível.

Tradicionalmente, a família modelava-se em torno do casamento entre um homem e uma mulher, que ficava assim no centro da disciplina do direito da família. Não se esgotando no casamento o leque de relações familiares – alargadas pelo artigo 1576º CC ao parentesco, à afinidade e à adoção –, entendia-se,

pela experiência sociológica, que o cerne da familiaridade assentava nele, já que era o casamento que permitiria a constituição de novas relações de parentesco e de afinidade.

A evolução social ditou, entretanto, que outras formas de organização familiar fossem surgindo e, paulatinamente, as famílias monoparentais ganharam o seu espaço, a par das uniões de facto, o que determinou a separação clara entre a filiação e o matrimónio. Esta separação, contudo, deverá ser entendida em termos hábeis, pois se é certo que o casamento é cada vez menos um requisito imprescindível, em termos sociais, para que haja filhos, não é menos verdade que a plena comunhão de vida que ele envolve implica uma pretensa finalidade de procriação.

Mas, não obstante o primeiro embate que a família tradicional sofre com a equiparação para muitos efeitos das uniões de facto ao casamento, o legislador continua a dispensar uma determinada disciplina atributiva de direitos e deveres aos cônjuges em nome da salvaguarda da instituição matrimonial, por reconhecer que o casamento tem uma função social específica, sendo benéfico para a sociedade<sup>2</sup>.

É, portanto, à luz desta intencionalidade primária e do fundamento último da juridicidade – a entroncar na pessoalidade – que as múltiplas soluções ao nível da disciplina do casamento devem ser interpretadas. Assim, assumindo uma dada pressuposição metodológica – a única consentânea com o correto modo como se deve compreender a realização do direito –, procuramos interpretar as soluções do direito positivo à luz dos princípios em que a mesmas se fundamentam: o objetivo da interpretação já não é, bem o sabemos, a descoberta da vontade do legislador histórico, sequer a descoberta da vontade objetivamente incorporada pela norma, mas a busca do sentido da norma entendida

---

<sup>2</sup> Referindo-se a isso mesmo, cf. Duarte SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009; Id., “O casamento entre pessoas do mesmo sexo: uma perspetiva constitucional”, *Revista da Ordem dos Advogados*, <https://www.oa.pt/upl/%7B99291ed8-bd5c-4550-97dc-6c7ab0b7eedb%7D.pdf>, 17.

como uma norma problema, na sua remissão para o sistema, também ele compreendido de modo problemático e escorado em princípios ético-jurídicos dos quais não se pode abdicar.

O dado metodológico revela-se fundamental para lidar com problemas como os que resultam da necessidade de interpretação do artigo 1792º/1 CC. Em face do disposto na norma – “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” –, doutrina e jurisprudência têm trocado argumentos no sentido de tentar perceber se o que está aqui em causa é a responsabilidade extracontratual pela violação de um direito absoluto que ocorra no seio do casamento, a responsabilidade contratual pela quebra de um contrato ou uma hipótese especial de responsabilidade delitual que assenta numa ilicitude desvelada por via da lesão de direitos pessoais familiares, que não sejam direitos absolutos.

Se tentarmos resolver a questão encarando a norma como um enunciado linguístico, ficamos enredados em argumentos de sinal contrário que, de algum modo, se podem anular; se atendermos à vontade subjetiva do legislador histórico, não só corremos o risco de incompreender o sentido normativo da norma, contrariando os pilares fundacionais do sistema jurídico civilístico, como perdemos o conteúdo útil do preceito. A solução não pode ser senão pensada no quadro da remissão da norma para o fundamento personalístico do casamento.

## II – AS DIVERSAS POSIÇÕES ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1792º CC

Durante largo tempo, entendeu-se que a responsabilidade civil deveria ficar arredada do casamento.

Além-fronteiras, discussões mais ou menos intensas foram animadas pela questão de saber se, por exemplo, no âmbito de uma relação matrimonial era ou não possível um cônjuge

demandar o outro, exigindo dele uma indemnização. As respostas flutuaram, também ao longo dos tempos, entre aquilo que Benjamin Shmuelia apelida por *individualistic approach* e *family-collectivist approach*. A primeira centra-se na autonomia de cada um e na possibilidade de se ressarcirem os danos que tenham sido causados; a segunda procura saber o que é melhor para a família como um todo, preocupando-se sobretudo com uma ideia de harmonia daquela<sup>3</sup>. No fundo, o que estaria em causa, deste ponto de vista familiar, seria a ideia de que a demanda judicial de um dos cônjuges constituiria uma externalidade negativa para o resto da família, o que, por si só, deveria ser encarado como um fundamento para se restringir tal possibilidade<sup>4</sup>. No polo oposto, aduz-se que a pessoa, por o lesante ser

<sup>3</sup> Cf. Benjamin SHMUELIA, “Tort Litigation between spouses: let’s meet somewhere in the middle”, *Harvard Negotiation Law Review*, nº15, 2010, 1 s.

Veja-se, também, Carl TOBIAS, “Interspousal Tort Immunity in America”, *Georgia Law Review*, n.23, 1989, 359 s.

<sup>4</sup> Benjamin SHMUELIA, “Tort Litigation”, 3 s. Muitos são, para além destes, os argumentos em confronto. Entre as dúvidas que se patenteiam a este nível, focamos apenas algumas. Será pensável, perguntam alguns autores, falar de compensação no seio da família, quando o agregado familiar constitui as mais das vezes uma unidade financeira? Dever-se-á ou não lançar mão dos remédios próprios do direito civil para impor a cessação da conduta lesiva a um dos cônjuges? Pode falar-se de justiça distributiva no seio da família, sobretudo naquelas situações em que os cônjuges não pertencem ao mesmo ambiente socioeconómico ou se, como acontecia frequentemente no passado, a mulher se encontra financeiramente dependente do marido? Será que, ao criar-se um regime de imunidade marital, não se está a retirar a família do limbo da justiciabilidade? Será que isto não cria uma desarmonia no quadro do ordenamento jurídico, uma vez que muitos destes comportamentos são penalmente relevantes? Ao admitir-se o ressarcimento nestes casos, não se estará a abrir a porta para situações em que o lesado tem acesso a uma compensação que ele próprio pagou? Não se potenciarão as hipóteses de fraude ao nível dos seguros? Não se corre assim o risco de aumento do número de ações em Tribunal? (cf. págs. 3-9). A propósito do contrato de seguro na sua relação com esta problemática, *vide*, igualmente, Ângela Cristina da Silva CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, 29.

Em face de todos estes argumentos, aqui apresentados de modo indagatório, o autor propõe uma via intermédia de solução do problema, que procura combinar uma posição individualista com uma posição familiar. Num estágio preliminar, devem reconhecer-se as demandas que não impliquem um risco para a harmonia familiar (exemplo: A e B são casados; A lesa não intencionalmente B. A família espera ser ressarcida

seu marido/mulher, não pode ficar colocada numa pior posição do que o comum dos cidadãos<sup>5</sup>.

O fundamento apresentado para a imunidade dos cônjuges não começou por ser este<sup>6</sup>. Em causa, primitivamente, estaria uma ideia de limitação da capacidade de gozo e de exercício da mulher casada<sup>7</sup>. Mas a mutação fundacional não corresponde,

---

pelo seguro. Neste caso, a demanda não destrói a unidade familiar, providenciando antes um suplemento financeiro para a família – cf. pág. 10). Nos casos em que a harmonia familiar é posta em causa, o Tribunal deve providenciar pela reconciliação, o que pode implicar que se lance mão de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos.

<sup>5</sup> Sobre a perspectiva, *vide* A. L. KARELL, “Toward Abolition of Interspousal Tort Immunity”, *Montana Law Review*, n.36, 1975, 251 s. (<http://scholarship.law.umt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2131&context=mlr>); Daniel T. BARKER, “Interspousal immunity and domestic torts: a new twist on the war of roses”, *American Journal Trial Advocacy*, nº15, 1991-1992, 625 s. <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/amjtrad15&div=29&id=&page>)

<sup>6</sup> Durante largo tempo, vigorou no direito anglo-saxónico o *princípio da imunidade dos cônjuges (imunidade interconjugal)*. O casamento, uma vez celebrado, geraria uma espécie de imunidade entre os cônjuges, que, assim, ficavam impedidos de se demandarem mutuamente com vista à reparação dos danos eventualmente causados – cf. Ângela Cristina da Silva CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges*, 11 (onde colhemos importantes referências bibliográficas na matéria)

<sup>7</sup> Sobre o ponto, cf. Ângela Cristina da Silva CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges*, 13. Segundo explica a autora, as decisões mais antigas na *Common Law* sobre esta matéria tinham como fundamento a *unity of spouses*, numa clara inspiração bíblica, da qual se retiravam duas regras básicas: a) uma de natureza substantiva, nos termos da qual nenhum ato ilícito de um cônjuge contra o outro poderia ser fonte de responsabilidade, nem mesmo depois do divórcio; b) uma de natureza processual, nos termos da qual um cônjuge não poderia propor uma ação contra outro, nem poderia prosseguir uma ação instaurada antes do casamento. A única exceção seria a ação penal relativamente aos factos que fossem penalmente relevantes.

Mais acrescenta a autora que a imunidade também se explicaria pelo facto de o casamento determinar uma limitação da capacidade (de exercício e judiciária) da mulher. Sendo o marido quem a representaria em juízo, tornava-se estranho que ele pudesse acumular, num pleito, a condição de autor e réu – cf. pág. 18.

Posteriormente, com o fenómeno de emancipação da mulher, a regra da imunidade intraconjugual passa a conhecer um novo fundamento – cf. pág. 20: em causa estaria a necessidade de tutela da harmonia familiar.

*Vide*, igualmente, p. 22 s., dando conta de que as ações entre os cônjuges só eram admissíveis quando intentadas pela mulher para salvaguarda dos seus bens. No entanto, os tribunais chegaram a considerar que a mulher poderia demandar o marido

todavia, a um acerto normativo. Na verdade, pese embora possamos convergir com a perspectiva familiar na preocupação com a defesa da família, da sua harmonia e da sua unidade, não nos podemos esquecer dos dados sistemáticos com que temos de lidar.

Ora, hodiernamente, não se pode olvidar a regulamentação do divórcio, em muitos sistemas alicerçado num sistema de não culpa<sup>8</sup>. É da facilidade com que se põe fim ao vínculo matrimonial que resulta um dos maiores ataques à família assente no casamento, não fazendo, portanto, sentido – no tocante à responsabilidade civil – tentar impedir o que se permite por outra via. É certo que as demandas entre os cônjuges se baseiam no direito delitual tradicional e não nas especificidades do direito da família<sup>9</sup>. Contudo, ainda que assim seja, dificilmente, no momento em que um dos cônjuges decide demandar judicialmente o outro, se poderá pensar que a harmonia que muitos tentam salvaguardar não está já irremediavelmente perdida e, nessa medida, que a questão da dissolução do vínculo matrimonial não se colocará<sup>10</sup>.

---

por difamação, por se considerar que aí há um ataque indireto aos interesses da propriedade (*Ralston v. Ralston*). Do mesmo modo, sustentaram que a lesão pessoal deve ser vista como uma *chose in action*, que faz parte dos direitos patrimoniais da mulher, passando o direito à ação a ser protegido como um bem em si mesmo (*Curtis v. Wilcox*) – pág.23

<sup>8</sup> Brian K. ZOELLER/Collin E. FLORA, “Marital torts: a primer for the family law practitioner”, [http://d119wtg77iuzz5.cloudfront.net/assets/1685/57400/original\\_Marital\\_Torts\\_CLE\\_Materials.pdf?1372689376](http://d119wtg77iuzz5.cloudfront.net/assets/1685/57400/original_Marital_Torts_CLE_Materials.pdf?1372689376)

<sup>9</sup> Cf. Benjamin SHMUELIA, “Tort Litigation”, 12 s.

<sup>10</sup> A este propósito, embora não por referência à ideia de imunidade entre os cônjuges, mas por referência à fragilidade da garantia dos direitos familiares pessoais, cf. Pereira COELHO/Guilherme DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011 (Reimpressão), considerando que “o artigo 483º CC não exclui a possibilidade de, independentemente de ter sido requerido o divórcio ou a separação de pessoas e bens, se deduzir pedido de indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais causados pela violação dos deveres do artigo 1672º - isto embora raramente se verifique, pois mal se imagina que um dos cônjuges não queira divorciar-se nem separar-se e pretenda obter do outro uma indemnização desses danos. Será nesta impossibilidade ou dificuldade prática que radicará, de alguma maneira, a fragilidade da garantia que assiste aos direitos familiares pessoais”.

Aquele que decide demandar judicialmente o seu cônjuge, ainda que não o pudesse fazer, poderia requerer o divórcio. E, se não o fizesse, por, por exemplo, colocar o acento tônico da relação na sua sacramentalidade, então é porque pretende salvar o núcleo familiar, não tomando a decisão de exigir uma reparação do prejuízo causado ao outro. Ou seja, a partir do momento em que o divórcio é admitido (e facilitado na sua tramitação), deixa de fazer sentido o princípio da imunidade intraconjugual, porque, de facto, ele, sendo meritório, só se pode basear na união perfeita dos cônjuges, que é abalada com a regulamentação atual da extinção da relação. Em causa não deveria estar a defesa da imunidade dos esposos em nome da salvaguarda do núcleo familiar, mas a compatibilização entre uma pretensa responsabilização – reclamada pelo sentido da liberdade pessoal que, pese embora a inserção numa comunidade de absoluta partilha e afeto, não se apaga – e um regime de desvinculação que prescinde absolutamente da indagação da culpabilidade. Não obstante, haveremos de ter presente que os problemas não são fungíveis. Ou seja, uma coisa é a responsabilidade eventualmente emergente da violação de bens jurídicos fundamentais, outra coisa é a responsabilidade emergente da violação de deveres conjugais e outra, ainda, é a responsabilidade adveniente do próprio divórcio (para o que tornaria fundamental a indagação de quem é o único ou principal culpado). Em rigor, ao nível do princípio da imunidade entre os esposos, o que está em causa é a própria impossibilidade de demanda em caso de lesão de direitos absolutos destes. Ora, como veremos, este princípio, entre nós, nunca chegou a ser assumido ou formulado.

Entre nós, à semelhança do que acontece nos ordenamentos jurídicos dos países de origem continental<sup>11</sup>, o princípio da

---

<sup>11</sup> No tocante ao ordenamento jurídico alemão, cf. WILTS, “§1359 BGB und das Deliktsrecht”, *VersR*, 1964, p. 455; DIEDERICHSEN, “Haftungsfreistellungen zwischen Familienmitgliedern”, *25 Jahre Karlsruher Forum*, 1983, p. 141. Assiste-se, aí, à distinção entre a responsabilidade que resulta da violação de um dever conjugal e a responsabilidade que decorre da preterição de um dos bens jurídicos objeto de tutela



imunidade dos cônjuges não foi formulado e assumido nem pela doutrina, nem pela jurisprudência. Isto não significa, porém, que problemas conexos não tenham sido (e não sejam) equacionados. De facto, no tocante à possibilidade de o marido demandar a mulher (ou vice-versa), deduzindo contra ela uma pretensão indemnizatória, é chamada à colação a ideia da fragilidade da garantia dos direitos pessoais familiares. Ou seja, e de um modo mais direto, a responsabilidade civil – com as suas regras próprias – não se aplicaria à violação daquele tipo de posições jurídicas subjetivas<sup>12</sup>. O raciocínio do jurista tornar-se-ia, assim,

---

absoluta. À última, aplicam-se as regras gerais; à primeira, aplica-se o §1359 BGB, que estabelece uma disciplina diversa no tocante ao grau de diligência exigida.

No que respeita ao ordenamento jurídico italiano, e por referência à violação do dever de cooperação recíproca entre os cônjuges, cf. Annalisa GABRIELLI, “Mantenimento e alimenti: la violazione degli obblighi”, *Trattato breve dei nuovi danni, Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali*, a cura di Paolo CENDON, vol. II, CEDAM, 1383, considerando que, durante a constância do casamento, não é possível um cônjuge demandar o outro pela violação do referido dever, designadamente, propondo contra ele uma ação de cumprimento.

<sup>12</sup> Sobre o ponto, cf. Henrich Ewald HÖRSTER, “A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges entre si”, 113 s.; Leite CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 1990, 141 s.; Ângela Cristina da Silva CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges*, 5 s.; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, 535, sublinhando que “a violação de direitos familiares patrimoniais (propriedade dos cônjuges, usufruto dos pais, propriedade dos menores sobre certas coisas entregues à sua livre disposição e administração, etc) pode (...) determinar a obrigação de indemnizar. Mas o mesmo não sucede (...) quanto aos direitos de carácter pessoal (direito à fidelidade do cônjuge; poder paternal nas relações entre pais e filhos, poderes do tutor ou do curador), onde as sanções predispostas pelo direito são de outra ordem”. *Vide*, ainda, pág. 200, nota 1 (“a obrigação de indemnizar parece repugnar ao espírito do nosso sistema, pelo menos quanto à violação de certos deveres conjugais e dos deveres compreendidos no poder paternal. Embora a lei preveja a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no capítulo da responsabilidade extracontratual, há no domínio das relações familiares certos institutos, como o dever de assistência e a obrigação de alimentos, que tornam dispensável o recurso a medidas que, pela sua expressão material e egoísta, colidem com as exigências morais dos altos valores em jogo, quer na sociedade conjugal, quer no poder paternal”).

Veja-se, também, Pereira COELHO/Guilherme DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, 156. Os autores admitem a possibilidade de se responsabilizarem os cônjuges pela violação dos deveres conjugais. Embora Pereira Coelho, na edição de 1965 das suas lições, tenha aderido à tese da fragilidade da garantia dos deveres familiares

biunívoco, a clamar pela distinção entre os ilícitos que resultam da violação de direitos absolutos de cada um dos cônjuges (v.g., os seus direitos de personalidade), que gerariam responsabilidade civil nos termos gerais; e as situações que envolveriam a lesão de direitos familiares pessoais<sup>13</sup>.

Naquelas situações em que se vislumbra a violação de

---

personais, atualmente, admite, conjuntamente com Guilherme de Oliveira, que não há razões para não aplicar o artigo 483º CC quando os cônjuges requeiram o divórcio. Em rigor, aí não se verificariam os fundamentos justificativos para uma interpretação restritiva do preceito (a necessidade de garantir a harmonia familiar). Os autores vão mesmo mais longe e sustentam a possibilidade de, independentemente de ter sido requerido o divórcio, se deduzir o pedido de indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais causados pela violação dos deveres constantes do artigo 1672º CC. Porém, cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação de deveres conjugais*, 2017, <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Responsabilidade-civil-por-violacao-dos-deveres-conjugais-.pdf>, sustentando que o artigo 1792º/1, na sua atual redação, remete para o regime da responsabilidade extracontratual, apenas abrindo as portas a uma indemnização. No mesmo sentido, cf. Francisco Brito Pereira COELHO, “Deveres conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 147, nº4006, 2017, 54 s.

Vide, igualmente, Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 562, considerando que “tem sido doutrinal maioritária que a sua infração [dos direitos familiares pessoais] não origina um dever de indemnizar (...); mas esta regra, mesmo admitida, comporta exceções (ex. artigo 1792º) e descaracteriza-se a respeito dos direitos familiares patrimoniais (ex. 1594º, 1681º, 1900º/2, 1940º/4 e 1945º)”. Cf., ainda, pág. 126, nota 1, onde se pode ler que “é doutrina tradicionalmente aceite que a responsabilidade civil não se aplica (...) no âmbito dos direitos familiares pessoais. Esta interpretação restritiva [do artigo 483º CC] (...) encontra apoio na essência da família e no argumento «a contrario sensu» que resulta do artigo 1792º, onde se prevê a reparação dos danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento”. Importa referir que, como veremos *infra*, o preceito citado foi modificado, pelo que o argumento hodiernamente já não colhe. Não obstante, o autor refere que, “mais de acordo com a tendência atual, requerido o divórcio ou a separação de pessoas e bens, ou, até, independentemente desse pedido, parece admissível solicitar-se a indemnização dos danos derivados da violação dos deveres do artigo 1672º, embora a última hipótese se mostre, porventura, na prática, de rara verificação”. Cf., ainda, a 12ª edição da obra do autor, revista e atualizada, 2011, 126, nota 1, chamando a atenção para o facto de o argumento retirado do artigo 1792º apenas ser válido tendo em conta a anterior redação do preceito.<sup>13</sup> Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, 535; Henrich Ewald HÖRSTER, “A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges entre si”, 117 (sublinhando que, quando a violação do dever conjugal implica a violação de um direito de personalidade, se contorna a ideia de fragilidade da garantia).

direitos absolutos, sejam eles direitos reais, sejam eles direitos de personalidade, nenhuma dúvida há de que se deveriam abrir as portas a uma pretensão indenizatória dirigida contra a pessoa do outro cônjuge. Parece nesta matéria ter-se gerado consenso entre os autores nacionais, restando dúvidas acerca da necessidade ou não de esperar pela dissolução do vínculo matrimonial para se exercer o referido direito. Ora, não estando em causa um delito familiar em sentido estrito, mas um delito perpetrado no seio da família, nenhuma razão há para não se permitir que a demanda tenha lugar de imediato, embora tal não deva ocorrer muitas vezes na prática. De outro modo, aliás, gerar-se-ia um problema, não solucionado pelo legislador e que contende com o eventual prazo de prescrição do dever de indenizar. De outro modo não poderia ser: o fundamento desta indenização é a lesão de direitos absolutos, em nada respeitando à relação matrimonial.

A questão mais delicada está, portanto e como anunciado, no problema de saber se a violação de direitos pessoais familiares pode ou não dar origem a uma pretensão indenizatória e relaciona-se diretamente com a interpretação do citado artigo 1792º/1 CC.

Sobre ele, são várias as posições doutrinárias com que nos podemos confrontar. Um primeiro grupo de autores admite que a norma não só viabiliza a indenização de danos decorrentes da violação de posições jurídicas tuteladas *erga omnes*, como abrange, igualmente, a compensação pelos danos resultantes da lesão de deveres conjugais. Dentro destes, podemos fazer uma cisão entre os que recorrem, para esse efeito, à responsabilidade contratual e os que se mantêm, para dar cumprimento à pretensão, no quadro de relevância da responsabilidade aquiliana. No polo oposto, encontram-se os que entendem que, para além dos danos associados à preterição de direitos de personalidade, nenhum outro deve ser indemnizado.

### III – O ARTIGO 1792º/1 CC E A RESTRIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL À LESÃO DE DIREITOS DE PERSONALIDADE. REFUTAÇÃO DA POSIÇÃO.

#### 1. OS ARGUMENTOS DA DOCTRINA

A posição restritiva no que respeita à interpretação do artigo 1792º/1 CC, limitando a responsabilidade civil aos danos resultantes da lesão de direitos de personalidade, é protagonizada por autores como Guilherme de Oliveira<sup>14</sup>, Francisco Pereira Coelho<sup>15</sup>, Pamplona Corte Real e José Silva Pereira<sup>16</sup>.

Vários e de variada índole são os argumentos mobilizados para sustentar a posição avançada. Desde logo, olha-se para o artigo 1792º na sua literalidade: ao remeter para os termos gerais da responsabilidade civil, o preceito implicaria, como regra, exceto se aí encontrássemos a abertura para a aplicação do regime próprio da responsabilidade contratual, a violação de direitos absolutos, donde, afinal, a intenção do legislador com a nova norma foi, tão-só, a de explicitar o fim da tese da fragilidade da garantia, mostrando que, se no âmbito de uma relação matrimonial for lesado um direito dotado de eficácia *erga omnes*, se pode desencadear uma pretensão indemnizatória. Por outro lado, desconsidera-se que possa estar em causa o dano da dissolução do casamento, uma vez que o divórcio não pode ser considerado um ato ilícito. Acresce que, se a culpa deixa de ser sindicada ao nível

---

<sup>14</sup> Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação de deveres conjugais*.

<sup>15</sup> Francisco Brito Pereira COELHO, “Deveres conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges”, 54 s.

<sup>16</sup> Pamplona Corte REAL/José Silva PEREIRA, *Direito da família, Tópicos para uma reflexão crítica*, AAFDL, Lisboa, 2011, 19 s. Os autores condicionam a operacionalidade do artigo 1792º/1 CC à violação de direitos de personalidade ou outros direitos absolutos. Para os autores, a lei só faz relevar a violação dos deveres conjugais quando ela coincida com a lesão de direitos de personalidade ou do direito de propriedade. Os deveres conjugais só “extremadamente podem predeterminar situações de responsabilidade extracontratual, naturalmente apreciadas em tribunais comuns (é o caso, por exemplo, do crime de violência doméstica)”.

da extinção do vínculo matrimonial, seria estranho que o legislador remetesse a sua apreciação para um tribunal comum, no âmbito de um processo comum, até porque assim continuar-se-ia a limitar a liberdade de pedir o divórcio, ao exigir-se a prova do que se quis eliminar no processo especial. Finalmente, há a considerar a própria intencionalidade da disciplina matrimonial.

Nas palavras de Guilherme de Oliveira,

“a lei de 2008 exprimiou a tendência de retraimento do legislador na regulação da intimidade (...). Esse retraimento é um modo de dizer que os sistemas jurídicos – em face do pluralismo moral e da criatividade social que se vem registando – desvalorizam a proteção do casamento como uma instituição moldada nos cânones tradicionais, ao mesmo tempo que faz sobressair os direitos de personalidade dos indivíduos casados”<sup>17</sup>.

E continua o autor, dizendo que, se outrora a ideia de exceção que cobria o direito matrimonial, no tocante à responsabilidade civil, se explicava com base na necessidade de tutelar a estabilidade da família e do casamento-instituição, hoje “o domínio vai para a proteção da liberdade de cada cônjuge de não permanecer casado. Ora, quer a tutela plena dos deveres conjugais (quando não esteja em causa a violação de direitos de personalidade) quer a responsabilidade civil pela dissolução do casamento poderiam constituir obstáculo ao exercício do direito ao divórcio”<sup>18</sup>.

Mais refere Guilherme de Oliveira que o casamento se foi, ao longo dos tempos, privatizando: o amor é agora visto como “assunto exclusivo dos amantes e cada casal é o seu próprio legislador”, ao ponto de se advogar o desaparecimento ou, pelo menos, a perda de importância dos deveres conjugais e o enfraquecimento do vínculo conjugal, do ponto de vista

---

<sup>17</sup> Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação de deveres conjugais*, 21.

<sup>18</sup> Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação de deveres conjugais*, 24.

jurídico<sup>19</sup>. Em causa estaria o pluralismo da sociedade hodierna e a impossibilidade de se imporem aos cônjuges modelos exteriores, ou seja, a inexistência de referentes valorativos heteronomamente densificados.

## 2. A REFUTAÇÃO DOS ARGUMENTOS

Embora sugestivos, os argumentos avançados não procedem.

Desde logo, descontado o que se poderá dizer (como diremos) sobre o recurso à vontade subjetiva do legislador histórico enquanto expediente e objetivo interpretativo<sup>20</sup>, sempre haverá que reconhecer que, com a alteração introduzida no artigo 1792º/1 CC, não se poderá pretender explicitar o fim da tese da fragilidade da garantia, mostrando que, se no âmbito de uma relação matrimonial for lesado um direito dotado de eficácia *erga omnes*, se pode desencadear uma pretensão indemnizatória. É que a fragilidade da garantia a que se alude nada tem a ver com a possibilidade ou não de se demandar um dos cônjuges no quadro da relação matrimonial, ou no fim dela, pela violação dos direitos de personalidade do outro. O argumento avançado parece confundir a tese da fragilidade da garantia com a tese da imunidade conjugal. Ora, a verdade é que elas não se confundem. E não se confundindo, então, ao evidenciar o fim da tese da fragilidade, o preceito só poderá significar que se remete para

---

<sup>19</sup> Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação de deveres conjugais*, 8.

<sup>20</sup> Este é também um expediente mobilizado por Francisco Brito Pereira COELHO, “Deveres conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges”, 61. O autor, olhando para a norma como um texto, recorre aos trabalhos preparatórios da alteração legislativa ao Código Civil para daí retirar um argumento sobre a melhor interpretação do artigo 1792º/1 CC. A recusa de indemnização fundada na violação dos direitos familiares pessoais seria, para ele, a que melhor se compatibilizaria não só com a letra da lei, como com o elemento histórico e sistemático e a perda de relevância da culpa ao nível do divórcio. Sobre estes argumentos teceremos as nossas considerações em texto.

as regras próprias da responsabilidade civil a eventual atribuição de uma indemnização por violação dos deveres conjugais (e, concomitantemente, dos deveres pessoais familiares conjugais).

De outro modo, aliás, não poderia ser. Restringir o âmbito de relevância do artigo 1792º/1 CC à preterição de direitos de personalidade do outro cônjuge significaria, afinal, retirar qualquer conteúdo útil à norma, pois sempre o comportamento ilícito desvelado por via da referida violação poderia dar lugar a uma pretensão indemnizatória procedente. A salvaguarda daquele conteúdo útil da norma requer, portanto, a sua interpretação no sentido da possível responsabilização do cônjuge, quando em causa esteja apenas a violação de direitos pessoais familiares.

Repare-se, ademais, que para contornar esta solução não bastaria retificar o artigo, acrescentando o epíteto de extracontratual para qualificar a responsabilidade civil. É que, como veremos, uma adequada compreensão do modelo aquiliano associada a uma conceção da instituição matrimonial permitir-nos-á solucionar o problema no quadro delitual, estando em causa a preterição dos deveres conjugais não acompanhada da violação de direitos de personalidade. É, aliás, esta convicção prévia – que *infra* explicitaremos – que nos faz apartar estas situações daquelas em que o que está em causa é a simples dissolução do casamento. De facto, embora o dano da dissolução do casamento possa vir a ser considerado para efeitos de cálculo do *quantum indemnizatório* e, antes disso, de preenchimento da responsabilidade, a ilicitude não resulta diretamente do exercício do direito ao divórcio (exceto no caso do artigo 1792º/2 CC, hipótese em que se questiona se haverá efetivamente ilicitude ou se estaremos diante de uma situação de responsabilidade objetiva<sup>21</sup>), mas da preterição de deveres conjugais que

---

<sup>21</sup> Parece-nos que, não obstante se poder falar de um direito ao divórcio, nem sempre o mero exercício do direito é de molde a afastar a ilicitude do comportamento do seu titular. Basta pensar, por exemplo, nas situações de abuso do direito ou naquelas em que, pese embora esteja em causa o exercício da posição jus-subjetiva, se lesam direitos alheios e se considera que os especiais deveres que entretecem a relação entre

determinaram a rutura da relação matrimonial, que consubstancia o fundamento do direito potestativo. Afasta-se, portanto, qualquer temor doutrinal quer no que respeita a uma eventual contrariedade dogmática subjacente à solução da responsabilização do cônjuge para além das hipóteses de violação de direitos de personalidade, bem como qualquer temor no que respeita a uma eventual obstaculização do exercício do direito ao divórcio.

Da mesma feita, não parece haver qualquer perturbação pela necessária sindicância da culpa no quadro de um processo de responsabilidade civil. É certo que os autores alertam, como vimos, para o facto de que, se a culpa deixa de ser sindicada ao nível da extinção do vínculo matrimonial, seria estranho que o legislador remetesse a sua apreciação para um tribunal comum, no âmbito de um processo comum, até porque assim continuar-se-ia a limitar a liberdade de pedir o divórcio, que se pretende livre.

O raciocínio padece, contudo, de dois vícios<sup>22</sup>. Em primeiro lugar, esquece que, naquelas hipóteses em que a violação de deveres conjugais – a determinar a rutura do casamento e, portanto, a constituir fundamento para o divórcio – coincide com a lesão de direitos de personalidade, também há a necessária

---

ambos poderiam determinar, em concreto, um olhar diferente sobre o «tu», que afastasse a lesão. No fundo, e concretizando, em algumas situações em que a afetação das faculdades mentais de um dos cônjuges torna inviável a manutenção da vida em comum, não se poderá pensar que o dever de cooperação, de respeito e o próprio dever de fidelidade (entendido num sentido mais amplo) poderiam determinar a manutenção do casamento, pelo que o requerimento do divórcio poderá, afinal, implicar a violação de deveres conjugais. Estar-se-ia, então, diante de um delito familiar propriamente dito. Repare-se que, se esta solução é estranha do ponto de vista da coerência dos princípios, ela parece ser cogitável num ordenamento jurídico como o nosso em que não se colocam quaisquer barreiras ao divórcio e se permite que o cônjuge único ou principal culpado (ainda que se abduque da indagação da culpa) ponha fim à relação matrimonial.

<sup>22</sup> Afirmando que o regime do divórcio não torna inútil, nem contraditório o recurso à responsabilidade civil, cf. Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – os deveres conjugais sexuais*, Almedina, Coimbra, 2004, 659. Note-se, contudo, que o autor escreve num momento prévio à alteração legislativa a que nos referimos em texto.



indagação da culpabilidade do cônjuge, a despeito do exercício do direito potestativo prescindir desse juízo de censura ético-jurídica. Tais situações poderão, afinal, ser mais recorrentes do que aquilo que a doutrina supõe, atenta a ampla tutela da personalidade, consagrada no artigo 70º CC, e a inclusão nessa proteção da dimensão espiritual do ser humano e dos seus sentimentos<sup>23</sup>. Em segundo lugar, continua a fazer apelo à vontade do legislador histórico, quando o objetivo da interpretação nos deve conduzir a uma interpretação dogmática que não dista sobremaneira de uma interpretação teleológica, tanto quanto os fins do sistema jurídico sejam aqueles que se podem, *ab initio*, afirmar como jurídicos<sup>24</sup>.

De acordo com as mais modernas correntes metodológicas, a superação do pensamento positivista e do formalismo e pretensa neutralidade que lhe andavam associados implica que a norma se interprete na dupla remissão para o caso que a convoca e para os princípios em que se louva. Por isso, não podemos ater-nos a uma eventual vontade do legislador ordinário de fazer predominar a proteção da liberdade de cada cônjuge em não permanecer casado, ao ponto de se desvalorizarem os deveres conjugais.

É que na interpretação da disciplina do casamento haveremos de chamar à colação os princípios fundacionais do próprio sistema jurídico que lhe dá o recorte de direito e do direito. Nesse convocar dos princípios, haverá dois de que não nos podemos esquecer, por se implicarem diretamente na situação *sub iudice*

---

<sup>23</sup> Cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 213 s.

Estando uma parte essencial da personalidade do sujeito ligada, por via do casamento e da plena comunhão de vida que ele implica, ao outro cônjuge, não se deve estranhar que, em regra, a violação de direitos pessoais familiares coincida com a lesão de direitos de personalidade. Cf., nesse sentido, os Acórdãos do STJ de 16 de Janeiro de 2014, Proc. 575/05.8TBCSC.L1.S1, e de 12 de Maio de 2016, Proc. 2325/12.3TVLSB.L1.S1 (Tomé Gomes), onde o primeiro surge, também, citado.

<sup>24</sup> A. Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

e se relacionarem de forma inequívoca: o personalismo ético e a proteção da família fundada no casamento.

Ora, é exatamente essa pressuposição de sentido ético-axiológico que nos comunica a imprestabilidade de quereremos radicar o fundamento das soluções em matéria de direito da família (ou, simplesmente, em matéria de direito) no puro individualismo e no puro liberalismo que lhe anda associado. E parece ser precisamente esse o fundamento que se convoca quando se afirma que o amor é agora visto como “assunto exclusivo dos amantes e cada casal é o seu próprio legislador”, ao ponto de se advogar o desaparecimento ou, pelo menos, a perda de importância dos deveres conjugais e o enfraquecimento do vínculo conjugal, do ponto de vista jurídico, valorando-se a liberdade de cada cônjuge como superior ao interesse conjugal.

Forjado com o iluminismo, o indivíduo des-solidário, autista, solipsista, egoísta, encerrado sobre si mesmo mostra-se incapaz de fundar o jurídico. Como sublinha Castanheira Neves, o liberalismo individualista confronta-nos perante uma questão, “questão esta – a básica – que nos põe perante a aporia última de todos os contratualismos e liberalismos radicais, tanto os modernos como os contemporâneos: pois se tudo parte e se funda nos interesses do indivíduo natural – pré-social, pré-ordenado e des-solidário – em recusa de todos os deuses (sejam eles eleutéricas transcendências ou valores trans-individuais), e em termos de nessa linha se dizer inclusivamente que acreditar em direitos fundamentais é o mesmo que acreditar nas bruxas (não sendo eles senão interesses e determinados por interesses), como constituir e fundamentar então o vínculo social, supra-individual e normativo?”<sup>25</sup>. De facto, o indivíduo ficcionado na sua autossuficiência aparecia como o titular de todos os direitos, correspondentes a um círculo de liberdade negativa. Nas palavras de Diogo Leite Campos, “a maioria do liberalismo acentua a liberdade

---

<sup>25</sup> Castanheira NEVES, “Pessoa, direito e responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 6, 1996, 27 s.

negativa do indivíduo que decorreria da sua própria natureza – e que seria uma exigência da sua liberdade. Liberdade que, perdidas as barreiras e as referências, caía no anonimato e na anomia”<sup>26</sup>. Por isso, “ao transformar o indivíduo em súbdito de si mesmo (leia-se: da vontade geral), transforma-se a liberdade no direito de fazer (só) o que a lei permite. Mas, seriam os homens, desvinculados de modelos, capazes de se comportar moralmente e de definir normas éticas? (...) O direito parece desaparecer enquanto tal, para se transformar na expressão, ou instrumento, de uma (mera...) ordenação social (...)”<sup>27</sup>.

A liberdade era sobretudo uma liberdade negativa – o eu, que se confronta com o tu, é livre porque, dentro da sua esfera de direitos, pode agir sem interferência dos demais, inclusive do próprio Estado, que se deveria limitar ao cumprimento mínimo das *agenda* públicas.

A esta liberdade negativa – entendida como exclusão dos demais – aliar-se-ia uma liberdade positiva, compreendida como autonomia. Mas a autonomia do indivíduo era ainda uma autonomia formal. Quer se colimasse na vontade, quer se imbricasse no espírito, a liberdade positiva concretizar-se-ia não pelo afastamento dos demais relativamente à nossa esfera de domínio, mas pela possibilidade de autodeterminação, isto é, de, optando entre diversas alternativas de ação, nos elevarmos ao estatuto de definidores do rumo que seguimos. Dito de um modo mais direto, damos a nós mesmos as nossas regras, que, em última instância, mobilizamos diante do dilema ou mais amplamente da necessidade de escolha. Simplesmente, esta poderia ser uma escolha vazia.

Foram as consequências nefastas – potenciadas pelos acontecimentos históricos de então – que eclodiram que mostraram a imprestabilidade de um conceito formal de autonomia.

---

<sup>26</sup> Diogo Leite CAMPOS, *As relações de associação – o direito sem direitos*, Almedina, Coimbra, 2011, 95 s.

<sup>27</sup> Diogo Leite CAMPOS, *As relações de associação*, 97

No plano negocial, onde a autonomia se agiganta na sua vertente de liberdade contratual, compreendeu-se que a postulada igualdade entre os contraentes, porque meramente formal, teria de envolver restrições à liberdade, em nome de uma justiça contratual que se almejava encontrar. Desenham-se, por isso, restrições quer no que diz respeito à liberdade de celebrar ou não o contrato, quer no que diz respeito à liberdade de escolha da contraparte, quer no que diz respeito à conformação ou modelação dos termos do contrato. E com isso abrem-se as portas a novas formas de responsabilização, onde o pendor de materialização da autonomia está já presente.

No plano extranegocial, ou seja, no plano do exercício dos direitos subjetivos, enquanto expressão dessa mesma liberdade, percebeu-se que a liberdade que se invoca não podia confinar-se a uma autonomia enquanto escolha entre diferentes possibilidades de ação.

A afirmação de uma liberdade positiva desarraigada de um sentido ético subjacente que a vivifique só poderia ser logicamente aceite se, *a priori*, aceitássemos que o direito (dito objetivo) fosse uma pura forma, que se contasse com a mera ordenação de condutas que aparentemente poderiam ser chanceladas de livres, ou seja, um conjunto de regras predispostas (ou impostas) pelo legislador, ao ponto de se dizer que tudo o que não era proibido por ele seria permitido.

Ora se é impensável reduzir o direito a um conjunto de normas colocadas na dependência da *voluntas* tendencialmente arbitrária do legislador, há que afirmar também a impossibilidade de a liberdade – no direito – ser ancorada na pura vontade subjetiva do agente decisor, sob pena de se chancelar como valiosa uma conduta materialmente desvaliosa só porque vestida com a capa formal da liberdade e, com isso, se contrariar a intencionalidade do próprio jurídico.

No fundo, porque o direito não se pode compreender como uma pura ordem formal ordenadora de condutas, como um

conjunto de regras, para que a liberdade que se invoca seja juridicamente relevante, ela tem de comungar com o ordenamento em que se inscreve a predicação axiológica que permite que o direito efetivamente o seja.

A questão que surge é como pensar a liberdade, essa liberdade positiva – compreendida como autodeterminação – preenchendo o seu conteúdo com a nota do valor? O mesmo é – num outro plano – questionar qual o fundamento material da juridicidade se não se quiser ficar preso ao formalismo de que somos herdeiros diretos, e sem que com isso se resvale na imposição jusnaturalista do direito, pouco consentânea, no seu dedutivismo, com a especificidade das exigências que são colocadas ao direito, e arredada da historicidade e complexidade informadoras do mundo tal como o concebemos.

A ação livre não pode, pois, continuar a ser vista na solidão atomizante do homem-vazio que atende à sua vontade no sentido instintivo do seu ser. O posso, quero e mando em que ela se vem a traduzir desvirtua a dimensão em que se polariza e converte um valor num não-valor. A escolha livre deve, então, ser vista como a decisão que, na autodeterminação pessoal, não olvida a essência predicativa do ser pessoa.

Ou dito de outro modo, a liberdade só o é verdadeiramente, enquanto dimensão ontológica da pessoa, se ela não se descaracterizar, isto é, se for e enquanto for a manifestação da personalidade de quem a reivindica.

Pelo que é, afinal, na caracterização do modo como o homem se concebe a si, no momento histórico-cultural que nos situa e condiciona, que vamos encontrar a matriz enformadora daquela, a partir da qual devemos pautar a nossa análise judicativa.

E quem é, afinal, a pessoa?

Se o homem enquanto tal existe desde sempre, o olhar que, reflexivamente, sobre si derramou nem sempre foi coincidente. Da imersão no cosmos ao tempo hodierno, passando pela individualização iluminista, muitas foram as formas como se

compreendeu até à afirmação contundente da personalidade como categoria ética capaz de captar a essência informadora do ser humano.

Se o mundo de oitocentos foi dominado pela ideia de individualidade, o ficcionismo que imbuía a forma de autocompreensão do *eu* – isolado e solitário no confronto com os demais – acabou por ser ferido de morte pelos contributos de filósofos como Heidegger, Lévinas, Max Scheler e pelo próprio pensamento cristão.

O homem já não é identificado com o dessolidário eu, mas passa a ser compreendido na pressuposição de um tu. Porque o homem encerrado na sua identidade não é capaz de desenvolver a sua personalidade, ele só é pensável no encontro com o seu semelhante – através do qual se reconhece. Ao *Dasein* (ser aí) heideggeriano alia-se sempre o *Mitsein* (o ser com os outros). Só o respeito e o reconhecimento do outro como um fim em si mesmo podem permitir a plena assunção da dignidade de cada um. Com o que se encontra a dignidade do ser humano, como ensina Castanheira Neves, não por derivação de uma qualquer característica ontológica, mas porque as exigências de sentido que lhe são comunicadas inculcam a necessidade do salto para o patamar da axiologia<sup>28</sup>.

De acordo com o pensamento do filósofo do direito, o direito é uma ordem normativa. Tem como finalidade ordenar condutas, para o que assume uma determinada intencionalidade, a traduzir uma validade. E, para que essa validade não resvale num sem sentido ordenador do encontro no mundo, ela não pode deixar de convocar – para ser verdadeiramente válida – uma axiologia fundamentante. Que vem a encontrar-se, afinal, naquele sentido de *dignitas* que a ética descobre no encontro – entendido no sentido do reconhecimento e do respeito – do *eu* com o *tu*.

---

<sup>28</sup> Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, 34. Veja-se, igualmente, Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 39

Pelo que o reconhecimento da liberdade do homem terá de surgir como um mínimo de sentido com base no qual o jurídico se edifica e cumpre o seu papel no todo social. Então, esta liberdade, porque a ela recorremos na pressuposição da leitura ético-axiológica do dado ontológico, não é mera definição de uma esfera de não interferência do outro, sequer uma estrita possibilidade de escolha entre possibilidades de ação que olvide o outro – o *tu* – que, com a sua pretensão de respeito, e o convite à abertura de pontes de solidariedade comunicantes entre humanos, permite o reconhecimento da ineliminável dignidade ética do *eu*. É antes uma liberdade eticamente informada e enformada.

Se encontramos na pessoa e na sua ineliminável dignidade o pilar sustentador de toda a juridicidade, é nessa pessoa – com o seu sentido de liberdade e de responsabilidade – que ancoramos os direitos subjetivos. Ainda que os continuemos a ver – numa linha de recusa das posições de Ihering – como poderes de vontade, haveremos de entender que este poder de vontade se predica na pessoa e não no indivíduo.

Só que, inteligida à luz da pessoalidade, a autonomia, de que o direito subjetivo é expoente, deixa de ser pensada em termos meramente negativos. Implica, pelo contrário, que na sua atuação livre o sujeito não esqueça os laços que o unem ao *tu*, sob pena de cair num abuso de liberdade, ao mesmo tempo que o exercício daquele se torna sindicável por referência aos princípios do sistema que, entroncando naquela ideia ética, lhe servem de pilar sustentador.

Do que ficou dito resulta que o conteúdo do direito seja igualmente preenchido por deveres e que o seu exercício seja indissociável de uma nota de responsabilidade.

Como afirma Pinto Bronze, “o homem não é mais o indivíduo ab-soluto, que tem ao seu dispor um mundo objeto manipulável, mas a pessoa convivente, que age num mundo por que é responsável; e por outro lado e consonantemente o direito não é o mero regulador do encontro de arbítrios, subjetivamente

titulados, que recíproca e mecanicamente se comprimem, mas autenticamente co-instituída exigência de sentido em que aquela pessoa aceitar rever-se”. Ou seja, e dito de uma forma diferente, o homem não é já o ser solitário do individualismo, nem o ser que se dissolve no cosmos, mas é acima de tudo pessoa<sup>29</sup>.

É exatamente esta pessoa, enquanto categoria ético-axiológica, que está subjacente (e tem de estar subjacente) à disciplina matrimonial. Até porque é ela que justifica a modelação da própria relação conjugal. E não se advogue em sentido contrário com o pluralismo e a neutralidade axiológica das sociedades hodiernas, porque a segunda é inalcançável e o pluralismo de que se fala não significa outra coisa senão a imposição velada de um quadro contra-valorativo. Como é óbvio e como salientámos *supra*, qualquer opção do legislador, por mais inócua que se afigure, pressupõe uma escolha que requer para si um fundamento. E esse fundamento não o podemos encontrar nem num consenso *a priori*<sup>30</sup>, nem *a posteriori*, obtido em função do auditório a que

---

<sup>29</sup> Pinto BRONZE, “O Visconde de Seabra (Um exercício de memória). Da liberdade do indivíduo à responsabilidade da pessoa”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXI, Coimbra, 1995, 593

<sup>30</sup> Inspirados no formalismo kantiano – ou numa interpretação do pensamento do autor que resvalou nesse impoção formalista – e diante da complexidade social, aqui vista no sentido do relativismo que hodiernamente eiva a comunidade, muitos autores vêm defender a prioridade do justo sobre o bom, lançando as bases do pensamento liberal [a propósito da defesa absoluta do relativismo como expressão do pluralismo, não resistimos a lançar mão de Castanheira NEVES, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXXIII, 2007, 28 – “No que se refere ao argumento do pluralismo, a sua estrita coerência não só postulará que as leis sejam fórmulas vazias de conteúdo – um seu conteúdo implicará necessariamente opção entre possibilidades diversas – como teria de renunciar ao vínculo normativo e à integração comunitária – que sempre transcenderão e limitarão a estrita alteridade pluralista – e renunciando-se a tal renuncia-se pura e simplesmente ao direito. Pelo que o pluralismo radical é juridicamente contraditório e acaba por pôr um problema a exigir uma solução para além e mesmo contra ele. Problema com que, por exemplo, Rawls se debateu no seu *Political Liberalism* e procurou resolver com o apelo ao *overlapping consensus*, a exigir uma intencional integração que ficou por esclarecer totalmente”].

Referindo-se ao liberalismo deontológico, que desafia, Michael SANDEL, *O liberalismo e os limites da justiça*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, tradução



---

de Carlos Pacheco do Amaral, 21, afirma que “a sua tese nuclear poderá ser apresentada da seguinte forma: sendo a sociedade composta por uma pluralidade de pessoas, cada uma com os seus objetivos, interesses e concepções do bem, estará mais bem organizada quando for governada segundo princípios que, em si mesmos, não pressupõem uma qualquer concepção do bem”.

Não esgota esta forma deontológica todo o manancial liberal com que somos confrontados. De um lado, ele opor-se-á frontalmente ao liberalismo que desemboca no utilitarismo, na medida em que não afirme a prioridade do justo por ser este uma virtude privilegiada em face das demais e, como tal, permita ao consequencialismo ocupar o seu espaço e com ele preterir a justiça diante de casos concretos nos quais avulte um valor cimeiro (cf. Michael SANDEL, *O liberalismo*, 26). Sem que com isto se proclame a defesa do primeiro, pois que, a justiça, desapegada de qualquer referente material que a estime, redundará num conceito vazio e como tal insuscetível de servir de filão orientador de condutas éticas. Ao que acresce que a justificação avançada em sua defesa, a salvaguarda dos valores e concepções de vida de todos, se revela problematizadamente insatisfatória, posto que, não só a neutralidade valorativa – caso ela fosse alcançável (cf. pág. 33 s.) – é já em si mesmo um valor, como, qualquer que seja a opção positivada pelo critério de justiça, ela implicará uma escolha e, portanto, a imposição de uma mundividência que se oporá à dos demais. [Note-se o alerta que Sandel nos faz, a páginas 34: “A objeção sociológica não consegue entender a força da perspectiva deontológica. (...) Não compreende a neutralidade que o liberalismo se propõe oferecer. A neutralidade que enforma os princípios da justiça não emerge do facto de admitir todos os valores e todos os fins possíveis, mas antes do facto de tais princípios serem derivados de um modo que não depende de quaisquer valores ou fins particulares (...). A sua neutralidade descreve o seu fundamento, não o seu efeito”. Mas pergunta-se, outrossim, como pode o fundamento ser neutro. Ou seja, se se admite que, uma vez fixados os princípios, eles excluem certos fins porque injustos, concita-se a dúvida que desde sempre nos acompanha quando postos diante de um pensamento deste tipo: como arvoram determinados fins em injustos?].

À questão de saber qual o fundamento da justiça assim pensada respondem os cultores de tal pensamento que é o sujeito autónomo (cf. Michael SANDEL, *O liberalismo*, 27). Com o que parecem esquecer que o indivíduo que postulam mais não é do que uma categoria forjada pelo pensamento que, abstraindo da convivência social – dimensão sem a qual o homem não se realiza plenamente –, não tem qualquer apego no mundo concreto.

Compreende-se, no quadro da filosofia kantiana, a noção de sujeito transcendental: aquele que, não estando sujeito às leis causais, não pode ser visto como mero fenómeno empírico, pelo que anterior a quaisquer fins. Atermo-nos a ele, porém, é ficar enredado no formalismo de que o idealista alemão já foi tantas vezes acusado e desembocar na aporia já denunciada em texto. Como admitir a chancela favorável do ordenamento – enquanto normativo posto em marcha pelo todo social – diante de toda e qualquer escolha, porque feita sob a capa formal da liberdade, se não podemos lançar mão de um critério material de sindicância da bondade delas?

Percebe-se a preocupação de Rawls de situar a justiça a montante das demais virtudes. Para ele, qualquer lei deve ser rejeitada se for injusta, opondo-se assim a uma

nos dirigimos, mas de acordo com um salto axiológico, que nos encaminha para a pessoalidade responsável. Sem a pressuposição de sentido a que aludimos, nenhuma razão haveria para se excluir a possibilidade de casamento entre mais do que duas pessoas, entre pais e filhos, entre pessoas e animais.

Se a pessoa é um ser em relação, absolutamente livre e,

---

perspetiva utilitarista, que coloca o bem-estar geral acima dela. Só que, tal como explicita Sandel, esta prioridade moral da justiça, que nós louvamos, é nos liberais complementada por outra – de cariz epistémico – na medida em que precisamos de um ponto a partir do qual possamos ajuizar o que é justo e o que é injusto (cf. Michael SANDEL, *O liberalismo*, 41). E somos conduzidos, então, à aporia, porque a falta de pressuposição de um sentido axiológico primeiro que nos forneça o critério de sindicância dessa justiça que se almeja transforma-a, afinal, numa intenção de princípio, valiosa, é certo, mas inoperante.

O erro de Rawls está, aos nossos olhos, em não ter percebido a subtilidade da existência de um *tertium genus*, a mediar a posição utilitarista, prefigurada por aquilo que Sandel designa por liberalismo teleológico (e caracterizado pela busca do fim, da felicidade), e a posição deontológica, e que se queda, afinal, na *nuance* do *teleonomológico*. Erro esse encimado por uma incorreta percepção da liberdade humana, tal como ela deve ser entendida. Na exata medida em que os postulados da prioridade do justo sobre o bom se podem estender à própria conceção do eu como sujeito autónomo. Centrado na escolha individual da ação, Rawls predica o ser livre como aquele que é capaz de eleger os seus próprios fins sem qualquer nota de heteronomia. Só que também aqui somos, na unitária precedência do eu, levados à dúvida plantada ao longo do nosso diálogo – tantas vezes mediatizado pela obra de Sandel –: *como é possível que, sob a capa da liberdade, se aceite como valiosa uma atuação do ser humano se ela contende com valores éticos essenciais?* Claro que, no círculo argumentativo do autor, a inquietação é superada pela nota da prioridade sublinhada. Resvalando, contudo, na dificuldade salientada: *na impossibilidade de recuar ad infinitum, como podemos evitar a arbitrariedade?* É o tal ponto de Arquimedes de que fala Sandel (cf. *O liberalismo*, 49), a motivar noutros autores o salto para a metafísica e em Rawls a construção de um modelo ideal e originário – mas até por isso ficcional – de consenso obtido numa situação de ignorância temporária e chamando à colação uma noção restrita de bem (cf. Michael SANDEL, *O liberalismo*, 50 s.).

Acerca da teoria rawlsiana da justiça, alicerçada num consenso *a priori* obtido numa situação de ignorância e perante uma ideia restritiva de bens, cf. Michael SANDEL, *O liberalismo*, 57. Se a ideia de justiça se alcança à luz dos conhecimentos gerais e numa posição original, por que razão não há uma forma coincidente de justiça para todos os tempos e todos os lugares? E a dúvida só cessa se percebermos que a posição original é definida teoricamente, como um mero expediente heurístico (cf. pág. 70), donde se reforça a ideia do ficcionismo a que nos conduz a posição liberal deontológica, a relembrar, em certa medida, o consenso geral e universal que, na doutrina clássica do contrato social, jogou um papel essencial

como tal, responsável pelo outro (antes mesmo de ser responsável perante o outro), então a família alicerçada no casamento mais do que espaço de afirmação de individualidades, haverá de ser local de reunião de responsabilidades, por meio das quais a pessoa realiza integralmente a sua personalidade. É, portanto, um espaço de afirmação de deveres. Como afirma Leite Campos<sup>31</sup>, o matrimónio (como a família em geral) é a sede privilegiada do *dar*, do *ser para os outros e com os outros*. E é nessa medida – e não enquanto espaço subjetivo de afirmação de afetos insindicáveis em termos axiológicos – que ele deve ser tutelado e disciplinado.

Quer isto dizer que o legislador ordinário não pode fazer do casamento aquilo que a sua vontade arbitrária – coberta pelo manto da legitimidade formal – determinar. Estará sempre limitado na modelação que para a instituição dispense pelos dados axiológicos que são comunicados pelo sentido do personalismo ético de onde partimos.

À mesma conclusão podemos chegar pela análise de dados do direito positivo constitucional. Consagrado no artigo 36º CRP um direito ao casamento, o preceito tem sido objeto de forte controvérsia, quer antes, quer depois da aprovação da lei nº9/2019, de 31 de Maio, que veio introduzir na ordem jurídica portuguesa a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo se casarem. Em causa está a eventual constitucionalidade da alteração legislativa<sup>32</sup>, a opor os defensores da tese segundo a qual o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma exigência constitucional<sup>33</sup> aos defensores da tese segundo a qual o

---

<sup>31</sup> Leite CAMPOS, Eu-Tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)”, *Nós. Estudos sobre o direito das pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, 165 s.

<sup>32</sup> Cf. Duarte SANTOS, “O casamento entre pessoas do mesmo sexo: uma perspetiva constitucional”, 4 s.; Ivo Miguel BARROSO, “Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um direito fundamental à medida da lei ordinária?”, *Lex Familiae*, ano 7, 13, 2010, 57-82.

<sup>33</sup> Cf. Pedro MÚRIAS, “Um símbolo como bem juridicamente protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo”, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sim ou não?*, Entrelinhas, 2008, 11 s.

casamento entre pessoas do mesmo sexo está proibida na constituição. No meio-termo situam-se aqueles outros autores que advogam que o legislador constitucional não se pronunciou sobre a questão, remetendo a sua solução para o legislador ordinário.

Para os primeiros, o casamento seria finalisticamente neutro, sendo aquilo que os cônjuges quisessem<sup>34</sup>. No fundo, haveria apenas uma dimensão simbólica, surgindo o casamento como uma forma de legitimação do amor entre duas pessoas perante a sociedade, pelo que deixaria de fazer sentido a restrição da relação conjugal segundo dados pré-adquiridos<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Pedro MÚRIAS, “Um símbolo como bem juridicamente protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo”, 18.

<sup>35</sup> Pedro MÚRIAS, “Um símbolo como bem juridicamente protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo”, 11 s. Apreciando esta tese, cf. Duarte SANTOS, “O casamento entre pessoas do mesmo sexo: uma perspetiva constitucional”, 4 s. e Ivo Miguel BARROSO, “Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um direito fundamental à medida da lei ordinária?”, 57 s.

A este juntar-se-iam outros argumentos: a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo violaria não só o direito a contrair casamento, como implicaria uma discriminação em função da orientação sexual, ao mesmo tempo que chocaria com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e com o direito à privacidade. Nenhum dos argumentos parece proceder. No que à privacidade diz respeito, o núcleo de proteção desta, não se confundindo com a anglo-saxónica *privacy*, deixa-nos longe de nele podermos incluir uma pretensão deste tipo. Sobre a diferença entre a privacidade e a *privacy*, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, AAFDL, Lisboa, 2015, 267. A questão passa, conforme explicita o autor, pela integração na *privacy* de dois elementos, a *decisional privacy* e a *informational privacy*. Enquanto a primeira diz respeito a comportamentos do indivíduo, ditados por decisões próprias relativamente às quais se reivindica um *right to be alone*, e se tentam justificar práticas como o aborto, as relações homossexuais, etc (cf. pág. 364), a segunda diria respeito à proteção de dados. Sobre esta perspetiva norte-americana da privacidade, cf., igualmente, Paulo Mota PINTO, “Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 69, 1993, 479 s. Já no que respeita ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sempre haverá que sublinhar que o direito em questão não pode funcionar como uma “garantia do arbítrio, nem como uma exaltação do individualismo” – sobre o ponto, cf. Oliveira ASCENSÃO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 400. Em rigor, nenhum direito de personalidade pode ser invocado em contradição com o sentido axiológico do seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico. Para maiores desenvolvimentos, v. Mafalda Miranda BARBOSA, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípia, 2017. Se nenhum dos direitos analisados até agora interferem numa eventual solução

Simplemente, como refere Oliveira Ascensão, “o casamento não é um nome apenas suscetível de cobrir qualquer conteúdo”<sup>36</sup>. Pelo contrário, tem um sentido próprio e intrínseco que não pode ficar dependente da vontade de cada um ou sequer do legislador ordinário<sup>37</sup>. No mesmo sentido depõe Ivo Miguel Barroso, ao considerar que uma norma não pode nunca ser inócua: o direito fundamental tem de ter um determinado âmbito de proteção, pelo que o artigo 36º CRP configuraria uma norma garantia, a implicar a necessária salvaguarda da estruturação da relação matrimonial entre um homem e uma mulher, sob pena de se descaracterizar o casamento e se pôr em causa a própria tutela constitucional<sup>38</sup>.

---

do problema do casamento entre pessoas do mesmo sexo, há que considerar a eventual violação do princípio que proíbe a discriminação em função da orientação sexual. Simplemente, como explica Oliveira Ascensão – cf. “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, 394 –, todos podem contrair casamento, pelo que não haverá em rigor qualquer lesão do princípio da igualdade. A questão está em saber quem é que pode ser considerado igual para esse efeito. Dito de outro modo, não há aqui qualquer discriminação em função da orientação sexual: uma pessoa com tendências homossexuais pode livremente contrair casamento. Não deverá é poder fazê-lo com uma pessoa do mesmo sexo (e dizemo-lo sem desconsiderar a nova modelação do casamento). No fundo, e recorrendo novamente ao verbo de Oliveira Ascensão, todos têm direito ao casamento, pelo que o argumento avançado pelos defensores da tese da inconstitucionalidade da proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo só poderá significar uma mutação no entendimento do direito: não estaria em causa o direito ao casamento, mas o direito a contrair casamento com quem quisessem, incluindo uma pessoa do mesmo sexo. Simplemente, como refere o autor, tal direito não está consagrado na CRP – cf. “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, 398. Diríamos, portanto, que o problema passa por saber como é modelado o casamento a que se refere o texto constitucional. É sobre esse ponto que nos pronunciaremos em texto.

<sup>36</sup> Oliveira ASCENSÃO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, 399 e 407. Como o autor esclarece, família e casamento não são meros nomes, porque os meros nomes não são acolhidos pela CRP.

<sup>37</sup> Oliveira ASCENSÃO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, loc. cit.

<sup>38</sup> Ivo Miguel BARROSO, “Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um direito fundamental à medida da lei ordinária?”, 67. A posição constitucionalmente relevante defendida pelo autor não corresponde àquela que foi acolhida pelo Tribunal Constitucional no Ac. 121/2010, para a qual o legislador constitucional não se teria pronunciado sobre a modelação do casamento, admitindo que seja adotada qualquer posição pelo legislador ordinário. Conforme explicita, e bem, Ivo Miguel Barroso, isto faria com que o legislador constitucional ficasse, afinal, refém do legislador ordinário.

Também Jorge Miranda e Rui de Medeiros sustentam posição idêntica. Partindo da ideia de garantia institucional, consideram que o casamento não pode ser configurado de acordo com a vontade arbitrária do legislador ordinário, que tem de respeitar os princípios estruturantes da relação matrimonial, entre os quais a diferença de sexos entre os cônjuges, na disciplina que lhe queira dispensar<sup>39</sup>. Conforme explicita Duarte Santos, o casamento deve ser perspetivado como uma instituição garantida na CRP, não se reduzindo a uma dimensão subjetiva, a uma liberdade deixada ao critério de cada um<sup>40</sup>. Antes, configura “também uma dimensão objetiva, fundada no valor da dignidade humana”<sup>41</sup>, ou seja, não é “garantido como uma realidade abstrata, completamente manipulável pelo legislador e suscetível de livre conformação pela lei ordinária”, porque não faz sentido que a CRP conceda um direito ao casamento e depois permita à lei suprimir a instituição ou desfigurar o seu núcleo essencial<sup>42</sup>.

No fundo, o que os autores nos mostram é que o casamento é protegido ao nível constitucional, não como um símbolo, mas como uma instituição, em nome da função social que ele cumpre. De outro modo, se apenas estivesse em causa um espaço de afirmação individual e individualisticamente concebido, não faria sentido tutelá-lo: na verdade, e essa é a questão pertinentemente colocada pelos juristas atrás citados, por que razão, se assim fosse, se haveria de disciplinar, tutelando-o, o

---

Acrescentaríamos que

<sup>39</sup> Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 396 s. No mesmo sentido, cf., igualmente, Paulo ADRAGÃO, “Casamento entre pessoas do mesmo sexo? Pressupostos fundamentais da questão”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. No centenário do seu aniversário*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 527 s.; Duarte SANTOS, “O casamento entre pessoas do mesmo sexo: uma perspetiva constitucional”, 10 s.

<sup>40</sup> Duarte SANTOS, “O casamento entre pessoas do mesmo sexo: uma perspetiva constitucional”, 12.

<sup>41</sup> Duarte SANTOS, “O casamento entre pessoas do mesmo sexo: uma perspetiva constitucional”, 12.

<sup>42</sup> Duarte SANTOS, “O casamento entre pessoas do mesmo sexo: uma perspetiva constitucional”, 14

casamento e não a amizade? E por que razão se haveria de impedir um casamento celebrado entre três pessoas, por exemplo<sup>43</sup>?

Se a descoberta da função social específica do casamento, que está na base do seu reconhecimento como direito fundamental e da disciplina que o legislador ordinário lhe devota, é suficiente para determinar a inconstitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, ela será igualmente crucial para impedir qualquer deformação da relação conjugal que implique uma destruição do seu núcleo essencial. Ora, é exatamente isso que ocorreria se considerássemos que o casamento é um “assunto exclusivo dos amantes e cada casal é o seu próprio legislador”, ao ponto de se advogar o desaparecimento ou, pelo menos, a perda de importância dos deveres conjugais e o enfraquecimento do vínculo conjugal, do ponto de vista jurídico<sup>44</sup>. Com este entendimento, aliás, operar-se-ia uma mutação: deixaríamos de ter uma conceção personalista do casamento, para aderirmos a uma conceção individualística. Simplesmente, sabemos que não só ela não corresponde à garantia institucional que a constituição nos comunica, como tal não está em consonância com o sentido e a intencionalidade predicativa da juridicidade alicerçada no ser pessoa e na sua dignidade. Donde, e porque a interpretação de uma norma ou de um instituto jurídico não pode prescindir da remissão para a dimensão normativa dos princípios em que a mesma ou o mesmo se fundam, não nos resta outra hipótese senão considerar a relação matrimonial na sua configuração personalística.

Portanto, se é certo que o legislador ordinário facilitou, ao extremo, o processo de divórcio, eliminando formalidades e abdicando da sindicância da culpa para os devidos efeitos, isso não significa – nem pode significar – que os deveres conjugais

---

<sup>43</sup> Num sentido próximo, cf., explicitamente, Duarte SANTOS, “O casamento entre pessoas do mesmo sexo: uma perspetiva constitucional”, 16.

<sup>44</sup> Cf. *supra*.

sejam condenados ao desaparecimento ou à irrelevância. E é exatamente por isso, e sem contradição, que, apesar da configuração do divórcio como consequência da constatação da rutura da relação matrimonial (e não como uma sanção), 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 contaminar a relação matrimonial, também do ponto de vista pessoal<sup>45</sup>.

#### IV – O ARTIGO 1792º/1 CC E A RESPONSABILIDADE CIVIL PARA ALÉM DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE PERSONALIDADE

##### 1. A TESE CONTRATUAL

A partir do momento em que se admite – como não se pode deixar de admitir – que a violação dos deveres conjugais gera responsabilidade civil, abrem-se as portas à possibilidade de se convocarem, a este nível, as regras da responsabilidade contratual. A questão coloca-se sobretudo por a relação matrimonial ter a sua origem no contrato de casamento<sup>46</sup>. Contudo,

---

<sup>45</sup> De outro modo, a relevância jurídica do casamento ficaria praticamente confinada a aspetos patrimoniais, perguntando-se, então, por que razão não se poderiam estender as regras matrimoniais a amigos que vivam em economia comum, partilhando, por exemplo, uma casa e as respetivas contas associadas.

Sobre o ponto, cf. Aida Filipa SILVA, *Responsabilidade civil entre cônjuges no divórcio. As alterações ao artigo 1792º do Código Civil com a Lei nº61/2008*, de 31 de Outubro, FDUP, 26 s.; Duarte PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, 395 s.; Diogo Leite CAMPOS/Mónica Martinez de CAMPOS, *Lições de Direito da Família*, Almedina, Coimbra, 2017, 354 s.

<sup>46</sup> Sobre o ponto, cf. Ângela Cristina da Silva CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges*, 63 s., 73 s. A autora questiona, designadamente, a possível aplicação do artigo 799º sempre que se constata a violação de deveres conjugais. Em sentido afirmativo, cf. o acórdão de 17 de Fevereiro de 1983, citado pela autora e objeto de



importa não esquecer que os deveres de que se fala não resultam do pacto firmado pelos nubentes, mas têm assento direto na lei. De facto, a autonomia privada joga-se, aqui, exclusivamente no tocante à liberdade de celebração do casamento e de escolha da pessoa com quem se vai casar, já que todo o conteúdo da relação é conformado pelo ordenamento jurídico, não podendo ser descharacterizado<sup>47</sup>. Ora, este dado não pode deixar de suscitar a nossa reflexão no que tange à qualificação da responsabilidade que se pode desencadear a este nível.

Para tanto, importa não esquecer alguns dados.

A doutrina há muito clarificou que a responsabilidade contratual não vê o seu âmbito circunscrito às situações de não cumprimento (em sentido lato) de obrigações contratualmente assumidas, podendo resultar da violação de deveres com assento legal. Além disso, parte da doutrina, ao reconhecer que determinados deveres decorrentes da boa-fé podem ser reconduzidos – se adequadamente compreendida a problemática da interpretação e da integração das lacunas contratuais – ao conteúdo contratual, admite, embora de forma não unânime (tenha-se em conta todos os autores que advogam a existência de uma terceira via de responsabilidade civil), que nas situações em que os danos resultam da preterição de tais vínculos se possa recorrer às regras da responsabilidade contratual. Nem por isso podemos, contudo, considerar sem mais que ao nível conjugal – mesmo na ausência de deveres de prestar – as situações lesivas podem ser

---

inúmeras críticas por parte da doutrina portuguesa. A posição jurisprudencial terá sido contrariada pelo Assento de 26 de Janeiro de 1994 (citado pela autora, pág. 68).

A autora aventa, ainda, a possibilidade de se falar de uma responsabilidade pré-contratual nos casos de nulidade do casamento católico ou de anulação do casamento civil – cf. pág. 74.

<sup>47</sup> Note-se, porém, que os cônjuges, pese embora não possam afastar os deveres conjugais previstos na lei, têm ampla liberdade decisória no modo que escolhem para os cumprir. Sobre o ponto, com diversas indicações importantes, cf. Pereira COELHO/Guilherme de OLIVEIRA, *Curso*, 348. Obviamente que o legislador não se imiscui na concreta vida do casal, nem na sua intimidade. Os deveres conjugais são definidos em termos amplos, viabilizando a sua concretização em função

assimiladas pelo âmbito de relevância daquela. Na verdade, existe uma diferença que não pode ser ignorada: ao nível da relação matrimonial, os deveres conjugais – que não podem ser configurados como deveres de prestar – não servem para garantir a incolumidade do restante património ou da pessoa do credor, estando, por isso, ao serviço da satisfação integrar do interesse do credor (inserido numa relação obrigacional que se configura como complexa), mas consubstanciam o núcleo essencial da relação matrimonial.

Ora, o pressuposto da distinção entre a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual comumente afirmado é a existência de um contrato. É a partir dessa constatação e da particularidade de o dano surgir no âmbito desse acordo que se desencadeia um regime especial de responsabilidade. No fundo, a distinção resulta, estruturalmente, das fontes<sup>48</sup>. Mas, também funcionalmente as duas modalidades de responsabilidade civil se distanciam. Enquanto ao nível da responsabilidade contratual se procura dar resposta ao interesse do credor que foi preterido com o incumprimento contratual, ao nível da responsabilidade extracontratual tutelam-se bens jurídicos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Percebe-se, por isso, também por esta via, que contratualmente se define *a priori* o obrigado a indemnização – aquele que se vinculou, no puro exercício da sua autonomia privada, a satisfazer aquele interesse legítimo do credor. A indemnização resultante da responsabilidade contratual inscreve-se ainda e sempre no plano de satisfação do interesse do credor. Importa, além disso, ter em conta um último patamar de distinção. Na verdade, a responsabilidade

---

<sup>48</sup> Cf. SCOGNANIGLIO, “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, Torino, 1986, 670 s. e “Responsabilità contrattuale (diritto vigente)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1072.

Ver, ainda, MAJELLO, “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Rassegna diritto civile*, 1988, 109 e “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Fondamento e funzione della responsabilità civile, Atti del Seminario diretto da Buonocore e Majello*, Napoli, 1975, 7 s.

contratual também se distingue da congênera extracontratual ao nível axiológico e teleo(nomo)lógico: a ideia de confiança, sempre presente ao nível negocial e justificada em nome da vinculação, não marca terreno na vertente aquiliana, pelo menos na sua autonomia.

Ora, com a indemnização devida na sequência da violação de deveres conjugais, o cônjuge lesado não pretende satisfazer, com um sucedâneo, um interesse que estava subjacente à celebração do contrato de casamento. Pretende, apenas, ser compensado por danos que experimenta, em função da situação vivida ao nível matrimonial<sup>49</sup>. A prová-lo, a impossibilidade de se exigir judicialmente, por via de uma ação condenatória, o cumprimento dos deveres por parte do outro cônjuge e a compreensão do divórcio longe da ideia de sanção. É certo que alguma doutrina frisa, no tocante aos deveres de conduta, que o seu cumprimento não pode ser exigido judicialmente; é verdade que se verificam hipóteses de relações jurídicas sem deveres primários de prestação; e é seguro que, também ao nível contratual, há danos que podem ser irreparáveis. Mas não é menos certo que, no plano matrimonial, a dimensão contratual é apenas a envolvente, gerando-se uma plena comunhão de vida que não se poderá compreender por referência a um interesse contratual específico ou cumprir-se pela exigência de direitos em face do outro cônjuge. Como bem tem notado a doutrina, o mecanismo contratual não serve para explicar a realidade matrimonial na sua essência, razão pela qual os remédios habitualmente disponibilizados ao credor (v.g. a alteração superveniente das circunstâncias, a resolução ou a exceção de não cumprimento do contrato) não podem

---

<sup>49</sup> Com isto não estamos a querer dizer que apenas ocorrem danos não patrimoniais e assumir tal como um argumento contra a qualificação contratual da responsabilidade decorrente da violação de deveres conjugais. Na verdade, não só aceitamos a indemnizabilidade dos danos não patrimoniais em sede negocial, como da violação dos deveres conjugais podem resultar, igualmente, danos patrimoniais. Simplesmente, essa patrimonialidade não estava em causa no momento da celebração do contrato de casamento.

ser aqui operantes. No fundo, o projeto de vida que consubstancia o casamento não pode ser encerrado numa lógica contratual<sup>50</sup>.

Parece, assim, ser difícil assumir a natureza contratual da responsabilidade do cônjuge pela violação dos seus deveres, como regra<sup>51</sup>.

Tal explica-se pela natureza pessoalíssima dos deveres em questão, que não podem, em muitos casos (ou na maioria dos casos), ser qualificados como deveres de carácter obrigacional. Pense-se, a título de exemplo, no dever de respeito, um “dever residual”, que apenas é violado quando “os comportamentos do cônjuge não constituam uma violação direta de qualquer dos outros deveres mencionados no artigo 1672<sup>o</sup>”<sup>52</sup>. Trata-se, segundo Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, de um dever *negativo*, que impõe aos cônjuges que não ofendam a integridade física ou moral do outro; e de um dever *positivo*, assemelhando-se a certo trecho, sobretudo naquela primeira dimensão, a uma obrigação passiva universal<sup>53</sup>. E pense-se em todos os outros deveres conjugais, aos quais não correspondem da parte do outro cônjuge um direito, mas um dever de sinal idêntico. Seria estranho, aliás,

---

<sup>50</sup> Neste sentido, cf. Carlos Pamplona CORTE-REAL/José Silva PEREIRA, *Direito da Família*, 20 s., considerando que o projeto de vida que o casamento envolve não se circunscreve a um contrato, pelo que não seria possível olhar para a relação dos cônjuges do ponto de vista do nexo de sinalgmaticidade. Os autores concluem que, a este nível, estamos diante de meras obrigações naturais. Não cremos que esta qualificação possa ser dispensada, quer porque a coercibilidade não está ausente, pela possibilidade de recurso à responsabilidade civil (nos termos que por nós serão analisados), quer porque não está em causa uma obrigação em sentido técnico, inexistindo um dever de prestar que pudesse consubstanciar uma obrigação natural, por oposição a uma obrigação civil. Sobre o ponto, v. o que se dirá *infra*.

<sup>51</sup> Em sentido contrário, cf. Ângela Cristina da Silva CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges*, 73

<sup>52</sup> Pereira COELHO/Guilherme de OLIVEIRA, *Curso*, 349

<sup>53</sup> Pereira COELHO/Guilherme de OLIVEIRA, *Curso*, 349-350. Relativamente à dimensão de dever positivo, os autores sublinham que em causa não está uma obrigação de amar o outro; mas que há determinados deveres positivos que conformam este dever. Assim, por exemplo, o cônjuge que não fala ao outro, que não mostra o mínimo de interesse pela família que constitui viola o dever de respeito.

reduzir a relação matrimonial ao resultado conjugado do cumprimento de deveres e da exigência de direitos. Instituído por via contratual, o casamento deve ser compreendido como uma instituição na qual os cônjuges se comprometem como se comprometem com a própria vida.

Há, porém, determinados deveres conjugais que podem envolver verdadeiras obrigações em sentido técnico. É o caso do dever de assistência, bipartido na obrigação de prestação de alimentos e na obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar<sup>54</sup>. Em relação ao dever de contribuir para os encargos da vida familiar, o artigo 1676º dispõe, no seu nº4, que, “não sendo prestada a contribuição devida, qualquer dos cônjuges pode exigir que lhe seja diretamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar”. Constatase, assim, que é possível, no tocante a este dever em especial, lançar mão de mecanismos coercitivos que garantam o cumprimento. A lei não prevê a possibilidade de se obter uma indenização pelo inadimplemento do dever. O remédio predisposto é, antes, o de obter diretamente o rendimento devido. O nº2 do preceito determina que, “se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no número anterior, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação”. Não se trata, contudo, de uma indenização exigível em face da prática de um ato ilícito por parte do outro cônjuge, mas de uma compensação pelo esforço suplementar que marido ou mulher tiveram de imprimir na vida comum para fazer face aos encargos da família. Esta

---

<sup>54</sup> Cf. Pereira COELHO/Guilherme de OLIVEIRA, *Curso*, 355 s.

Os autores esclarecem que a obrigação de prestação de alimentos só tem autonomia quando os cônjuges vivem separados, de direito ou de facto, pois, “se vivem juntos, o dever de prestação de alimentos toma a forma de dever de contribuição para os encargos da vida familiar”.

compensação só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, exceto se entre eles vigorar o regime da separação de bens e parece integrar quer a renúncia voluntária, quer a renúncia não voluntária, consumindo, portanto, outra forma de indemnização, em atenção à intencionalidade específica da relação matrimonial.

No que respeita à obrigação de alimentos, estamos, aí sim, diante de um verdadeiro e próprio dever creditício, pelo que, em relação a ela, é possível desencadear-se o mecanismo ressarcitório com base nas regras contratuais<sup>55-56</sup>.

## 2. A TESE EXTRA CONTRATUAL

A questão que resta é, portanto, a de saber se – independentemente das situações em que se possa verificar a responsabilidade contratual – pode ou não gerar-se responsabilidade extracontratual por via da lesão de direitos pessoais familiares.

Tempo, pois, para olhar com a devida atenção para os

---

<sup>55</sup> Neste sentido, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações* em geral, I, Almedina, Coimbra, 2003, 535, nota 1, considerando que, “quanto à violação da obrigação de alimentos, o caso será antes de responsabilidade contratual, tal como o previsto no artigo 1594º (rompimento de uma promessa de casamento). De responsabilidade extracontratual pode falar-se nos casos dos artigos 1681º, 1901º/2, 1940º/4 e 1945º”

<sup>56</sup> A propósito da obrigação de alimentos, não nos podemos esquecer que ela tem um conteúdo patrimonial. Contudo, integra-se, ainda, no âmbito dos direitos familiares de natureza pessoal, estando inserida no dever de assistência (cf. artigo 1675º CC). Este o motivo pelo qual nos referimos a ela no nosso percurso dialógico.

Já não trataremos – pela índole e extensão do estudo a que nos propusemos – dos deveres familiares patrimoniais, uma vez que “não apresentam qualquer natureza sui generis mas são – sem prejuízo de algumas limitações quanto ao seu exercício – direitos obrigacionais ou reais normais, de modo que, sobre este aspeto, a garantia poderia funcionar plenamente” – cf. Henrich Ewald HÖRSTER, “A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges entre si”, 119. No mesmo sentido, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, 198. Veja-se, porém, a análise que o primeiro autor enceta do problema da eventual responsabilidade entre os cônjuges por violação dos deveres familiares patrimoniais, concluindo que a regra é, em face do artigo 1681º CC, a da não responsabilização do cônjuge administrador e a da não responsabilização pela prática de negócios de disposição. De notar que o autor se mostra particularmente crítico em relação ao regime em vigor.

chamados direitos familiares pessoais. Sobre eles, dizem-nos Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira que “não são direitos subjetivos propriamente ditos, mas poderes funcionais, poderes-deveres”. No mesmo sentido, depõem autores como Antunes Varela<sup>57</sup>, Almeida Costa<sup>58</sup>, entre outros. Quer isto dizer que “não podem definir-se satisfatoriamente de um ponto de vista estrutural (...); a sua função é que os define, enquanto é ela que vai determinar o próprio conteúdo do direito (...). Não são direitos que o seu titular possa exercer como queira. Pelo contrário, o seu titular é obrigado a exercê-los; e é obrigado a exercê-los de certo modo, do modo que for exigido pela função do direito, pelo interesse que ele serve”. Eles servem para “favorecer e garantir o cumprimento dos particulares deveres morais que incumbem ao seu titular para com a pessoa contra quem se dirigem”.

Também Capelo de Sousa qualifica os deveres pessoais familiares como deveres funcionais. Na sua caracterização, o autor considera que os poderes dos pais em relação aos filhos têm como objeto jurídico “diretamente a pessoa do filho ou do pupilo, que não propriamente prestações, condutas ou atos destes, e são oponíveis *erga omnes*”. Estamos, aí, perante poderes funcionais, “instituídos no próprio interesse dos incapazes, irrenunciáveis, absolutamente intransmissíveis ou pessoalíssimos, e que devem ser exercidos de certo modo, ou seja, do modo correspondente à sua função”<sup>59</sup>. Mais adianta o autor que “já é duvidoso que os direitos conjugais pessoais constituam direitos sobre a pessoa do outro cônjuge. No nosso sistema jurídico atual, a maioria dos deveres pessoais entre cônjuges (v.g. os deveres recíprocos de respeito, coabitação, cooperação, assistência e fidelidade negativa) e os correlativos direitos têm como objeto jurídico não diretamente a pessoa dos cônjuges, mas prestações, condutas ou atos destes. Todavia, parece ser de considerar a

---

<sup>57</sup> Antunes VARELA, *Das obrigações*, 199

<sup>58</sup> Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, 81 e 124 s.

<sup>59</sup> Capelo de SOUSA, *O direito geral*, 579

existência, mesmo no plano da ordenação civil do casamento, de um conjugal *ius in corpus*, ou, talvez melhor, de um conjugal *ius in personam*, decorrente dos deveres de fidelidade positiva e de coabitação bem como da própria finalidade juscivilística do casamento, que impõem uma plena comunhão de vida como marido e mulher, com o respetivo relacionamento carnal. Trata-se agora de um recíproco, irrenunciável e absolutamente intransmissível poder-dever ou poder funcional, não instituído no interesse do cônjuge contra o qual se dirige, mas no interesse comum de ambos os cônjuges, da sociedade conjugal, e dotado de eficácia *erga omnes*”<sup>60</sup>.

Relativamente à sua eficácia, os autores já não se mostram concordantes. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira sustentam que estamos diante de direitos relativos, embora excecionalmente, em determinadas situações, protegidos de forma absoluta<sup>61</sup>. Já Capelo de Sousa parece apontar – como se denota pela exposição anterior – para algumas notas de absoluteidade das posições jurídicas subjetivas em apreço. Fá-lo, sobretudo, por as integrar na ampla proteção que é dispensada à personalidade humana, acabando por, em certos momentos, miscigenar

---

<sup>60</sup> Capelo de SOUSA, *O direito geral*, 580. O autor dá um exemplo para ilustrar o último segmento do seu pensamento. Assim, na relação carnal ninguém deverá interferir; o terceiro com quem o cônjuge cometa adultério é responsável como instigador ou auxiliar, nos termos do artigo 490º CC – cf. pág. 580, nota 179

A favor da responsabilidade do terceiro com quem o cônjuge comete adultério, cf. Duarte PINHEIRO, *O núcleo infrangível da relação conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Almedina, Coimbra, 714 s.

<sup>61</sup> Cf. Pereira COELHO/Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de direito da família*, 158.

Os autores extraem a proteção absoluta, embora excecional, dos direitos familiares pessoais de preceitos como o 495º/3 e 496º/2 CC.

Relativamente ao preceituado no artigo 496º/2, entendemos que, diretamente, o que está em causa é a proteção da personalidade dos familiares que sobrevivem ao *de cuius*, não discernindo, por isso, na norma um argumento suficientemente firme para sustentar a posição proposta.

Sobre o artigo 496º/2 CC, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “A (im)pertinência da autonomização da categoria dos danos puramente morais? Considerações a propósito dos danos morais reflexos”, *Cadernos de Direito Privado e Lições de Responsabilidade Civil*, Príncipe, 2017



os bens da personalidade juscivilisticamente tutelada com os direitos familiares pessoais, numa posição que é, num dado prisma, de aceitar, na medida em que, de facto, as dimensões da familiaridade não podem senão fazer parte da personalidade<sup>62</sup>.

Esta dimensão absoluta dos direitos dialogaria, sem contradição, com a ideia de uma garantia diminuída dos referidos poderes-deveres. É que em causa – quando se invocasse a dita eficácia *erga omnes* – não estaria a violação do dever pelos titulares da relação familiar, mas a conduta de um terceiro que obstaculizaria ou impediria o exercício do direito por aqueles. É neste segmento específico que os direitos familiares pessoais, podendo ser analisáveis como verdadeiras dimensões do direito de personalidade, se mostram aptos a integrar a previsão do artigo 483º CC.

Sabemos, porém, que um outro segmento pode ser descortinado a propósito da violação dos direitos familiares pessoais – aquele de que nos temos ocupado neste trabalho. O marido que viola os deveres conjugais em relação à sua mulher ou a mulher que viola os seus deveres conjugais em relação ao seu marido podem ser delitualmente responsabilizados, ao abrigo do citado artigo 483º CC? Um duplo juízo pode ser encetado a este propósito. Configurando um poder-dever, os deveres conjugais são instituídos e exercidos para salvaguarda de um interesse alheio. Ora, esse interesse pode corresponder ao interesse tutelado ao nível de um dos direitos de personalidade. A ser assim, não se pode duvidar que a violação do poder funcional, coincidindo com a lesão de um direito absoluto, desencadeie a aplicação das regras próprias da responsabilidade extracontratual. Em rigor, muitas serão as situações em que, como referido anteriormente, atenta a ampla tutela que o artigo 70º CC dispensa à personalidade humana, se verificará a coincidência entre a lesão de

---

<sup>62</sup> Também Duarte Pinheiro considera que estamos aqui diante de direitos dotados de eficácia *erga omnes*. Vide Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal*, 571.

deveres conjugais e de direitos de personalidade.

Sabemos que essas não são as hipóteses problemáticas. Importa, portanto, considerar as situações – ainda que nos pareçam pouco numerosas – em que tal coincidência inexistente. Nos termos do artigo 1672º CC, os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência. Tais deveres, impostos por lei e conformadores do conteúdo da relação matrimonial, são o reflexo no Direito da profunda realidade institucional que, situando-se antes e para além dele, é disciplinada a este nível: o casamento. Eles traduzem, assim, um instrumento normativizado para – tanto quanto o Direito possa e deva imiscuir-se nas relações familiares –, por esta via, se alcançar a plena comunhão de vida de que fala o artigo 1577º CC<sup>63</sup>.

Eles são, portanto, predispostos para salvaguarda não apenas do interesse do cônjuge a quem são *devidos*, mas para defesa da própria sociedade conjugal<sup>64</sup>. Poder-se-á dizer que a relação matrimonial se estrutura com base em deveres e não em direitos, porque são os deveres que exprimem e refletem a natureza da instituição que está na base da disciplina normativa. De acordo com o ensinamento de Leite Campos<sup>65</sup>, o matrimónio (como a família em geral) é a sede privilegiada do *dar*, do *ser para os outros e com os outros*. Quando se violam deveres conjugais, pode, de facto, incorrer-se na violação de um direito de personalidade do outro cônjuge<sup>66</sup>, violação essa que, já o

---

<sup>63</sup> Sobre o ponto, cf. Leite CAMPOS, “Eu-Tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)”, *Nós. Estudos sobre o direito das pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, 172

<sup>64</sup> Cf., novamente, Capelo de SOUSA, *O direito geral*, 580.

Neste sentido, veja-se, também, Antunes VARELA, *Das obrigações*, 199, considerando que “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.

<sup>65</sup> Leite CAMPOS, “Eu-Tu...”, 165 s.

<sup>66</sup> Cf. Leite CAMPOS, “Eu-Tu...”, 172, afirmando que “para se chegar à totalidade do amor, há que reconhecer, antes, o outro. É preciso que o eu esteja em relação com o outro que me cria e me põe em causa. O outro não pode ser reduzido ao mesmo. Só o acolhimento do outro na sua diversidade irredutível constrói o ser e abre caminho ao

sabemos, determina (ou pode determinar) o surgimento de uma pretensão indenizatória; mas pode também ser apenas e só lesado o matrimónio *qua tale*, porquanto – a deixar-se intocável a personalidade do outro – a violação do dever apenas contendeu com a outra dimensão para o qual é predisposto. Na verdade, embora estes sejam deveres recíprocos – porque só na reciprocidade se alcança a plenitude da comunhão de vida, postulando-se ao mesmo tempo a igualdade entre marido e mulher –, não lhes correspondem direitos a uma prestação que possa ser judicialmente exigível<sup>67-68</sup>. Com a violação destes deveres, que não constancie, simultaneamente, a lesão da personalidade alheia<sup>69</sup>, é a relação matrimonial como um todo que é afetada, pelo que as regras do instituto aquiliano só se tornam operantes a partir

---

amor que é alteridade, não domínio”. Quer isto dizer que a totalizante comunhão de vida em que se traduz o matrimónio não apaga a pessoalidade de cada um dos cônjuges. E nessa medida, os seus direitos de personalidade mantêm-se, embora, em algumas situações, possam ter de ser conformados em nome da realidade em que os sujeitos se passam a inserir (pense-se, a propósito, naquele que é o exemplo mais evidente disto: o chamado débito conjugal e a sua relação com a liberdade enquanto bem da personalidade).

<sup>67</sup> Isto não equivale, contudo, a anunciar que estamos diante de obrigações naturais. Significa, sim, que, em caso de não cumprimento do dever conjugal, o outro cônjuge não pode propor uma ação de condenação contra o faltoso. E não pode porque o dever não foi instituído no seu interesse específico, mas no interesse da salvaguarda da relação matrimonial, que o cônjuge faltoso também integra e sem o qual ela não poderá subsistir. Além disso, estando em causa o cumprimento de um dever inerente a uma relação afetiva, ainda que o cônjuge faltoso possa formalmente passar a cumpri-lo, a integridade matrimonial estará posta em causa pelo simples facto de o fazer por força de uma condenação judicial. É que, em qualquer dos casos, a plenitude da comunhão de vida estará perturbada.

<sup>68</sup> Sobre o ponto, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, 61, considerando que os deveres recíprocos dos cônjuges configuram poderes funcionais, porque são conferidos no interesse de outra ou outras pessoas e só são legitimamente exercidos quando se mantêm fiéis à função a que se encontram adstritos. Assim, o direito do marido em relação à mulher seria, para o autor, um verdadeiro poder funcional – cf. pág. 199.

<sup>69</sup> Pense-se, por exemplo, nas chamadas injúrias indiretas, ou seja, injúrias que, não sendo dirigidas diretamente contra o outro cônjuge, afetam a unidade moral do casamento, uma vez que o que afeta a dignidade de um dos cônjuges põe em causa (ou pode pôr em causa) a dignidade do outro – cf. Pereira COELHO/Guilherme de OLIVEIRA, *Curso*, 350, referindo-se a esta realidade e dando como exemplo a situação em que A, casado com B, se embriaga com frequência ou comete um crime infamante.

do momento em que se constata a rutura daquela. Em causa estão, portanto, os danos resultantes da dissolução do casamento, gerada pela violação dos referidos deveres.

O artigo 1792º/1 CC ganha, assim, um outro conteúdo útil: é que, se o que é lesado com a violação dos deveres conjugais é o interesse da integridade da sociedade conjugal, os danos sofridos pelos cônjuges (ou pelo cônjuge tido como lesado) serão, para dado efeito, indiretos<sup>70</sup>, pelo que, na falta de previsão expressa pelo legislador, poder-se-iam colocar ulteriores problemas em matéria de imputação.

Resta, ainda, uma outra questão, qual seja a da compatibilidade entre a solução pensada e a interpretação que entendemos dever dispensar-se ao artigo 483º CC, restringindo o seu âmbito de relevância à violação de direitos absolutos. Na verdade, contra aquela que parece ser a regra, a violação dos direitos pessoais familiares (entendidos como poderes-deveres ou poderes funcionais, já que tais direitos correspondendo a deveres para com o outro cônjuge, se exercem na reciprocidade da relação matrimonial e, portanto, cumprem-se no interesse da sociedade

---

<sup>70</sup> Cf., a este propósito, embora por referência a um outro enquadramento normativo, Pereira COELHO/Guilherme de OLIVEIRA, *Curso*, 157.

*Vide*, igualmente, p. 708, nota 212: “dir-se-á que os danos causados pela dissolução do casamento também são consequência (indireta) da violação ou das violações dos deveres conjugais invocadas como causa do divórcio. Mas se a lei tivesse admitido expressamente a reparação daqueles danos poderia pôr-se em dúvida o nexo de causalidade (o cônjuge inocente não os teria sofrido se não tivesse pedido o divórcio) (...)”. Talvez pelo modo como concebemos a questão causal (cf. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípiá, 2013), não cremos que o problema levantado pelos autores suscitasse dificuldades acrescidas. Contudo, a questão da titularidade da indemnização poder-se-ia tornar dilemática, em virtude de outro segmento imputacional que o jurista é chamado a responder quando lida com a temática da causalidade.

Cf. artigo 1781º/d) CC. Embora deixe de ser autonomamente relevante a violação dos deveres conjugais como causa do divórcio, o preceito citado estabelece que quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a rutura definitiva do casamento são fundamento dele. Ora, a violação de deveres conjugais, redundando nessa rutura, deve ser assimilada pela intencionalidade predicativa do preceito.

conjugal e da pessoa do outro) não nos conduz até à lesão de posições jus-subjetivas dotadas de eficácia *erga omnes*, quando pensados na relação entre marido e mulher. Ora, a verdade é que, estando em causa o interesse matrimonial, associado ao casamento enquanto instituição, deixa de haver razões para a necessidade de restrição da indemnização com que, em geral, nos confrontamos. O artigo 1792º/1 CC consagraria, portanto, uma hipótese especial de responsabilidade civil extracontratual.

Mas, dogmaticamente, poder-se-ia tentar explicar a solução por outra via. Ela teria, contudo, de ser testada, para o que se levantam importantes problemas, a tocar na compreensão do que são normas de proteção, para efeitos do preenchimento da segunda modalidade de ilicitude, por um lado, e, por outro lado, na relação entre o direito da responsabilidade civil e o direito constitucional. Vejamos. Consagrando o artigo 36º CRP um direito ao casamento e considerando-se que aquele, entendido como uma instituição, tem um recorte preciso que não pode ser posto em causa pelo legislador, poder-se-á entender que, porque o preceito tem aplicação direta ao nível das relações entre particulares, por força do artigo 18º CRP, o cônjuge que, ao violar os deveres conjugais, põe em causa a sociedade matrimonial afeta, igualmente, o núcleo fundamental da norma constitucional. Ora, se é certo que não é possível configurar-se um direito ao casamento, enquanto direito subjetivo operante nas relações entre privados, poder-se-ia aventar que a norma protegeria determinadas pessoas (os cônjuges) contra determinados perigos (aqueles que resultam da preterição de deveres familiares pessoais). No fundo, o que se questionaria (e questiona) seria (é) a possibilidade ou não de se configurar uma norma constitucional – na qual se consagre um direito fundamental – como uma disposição legal de proteção de interesses alheios<sup>71</sup>.

O primeiro nóculo problemático anunciado convida-nos,

---

<sup>71</sup> Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009, 409 s.

portanto, a lidar com a segunda modalidade de ilicitude. Esta seria desvelada pela violação de disposições legais de proteção de interesses alheios. Em causa terá de estar a violação de uma norma legal, isto é, proveniente de um órgão estadual, posto que a legitimidade para edificar a referida proteção de certos interesses, ainda que não tutelados por via da atribuição ou reconhecimento de um direito subjetivo, reside no poder legislativo. Por outro lado, essa norma legal tem de proteger determinados interesses alheios, não bastando que vise a tutela de meros interesses gerais ou coletivos. Não quer isto dizer que a proteção desses interesses genéricos não possa integrar-se na teleologia da norma. Significa sim que esta deve integrar especificamente a tutela dos interesses alheios (de uma pessoa ou grupo particular de pessoas) entre os seus fins. Mais do que isso, a norma deve proteger – proibindo ou impondo um comportamento – contra um especial risco (contra um determinado dano infligido de um certo modo). Afirma Brüggemeier que importa saber se a norma tem ou não em vista a proteção de outros. O § 823 II BGB, tal como o 823 I BGB, onde o nosso artigo 483º se inspirou, assume-se como um âmbito de proteção de um especial interesse individual. Neste contexto, a tradicional fórmula, segundo a qual se impõe que a norma proteja não só a coletividade, mas também erija a proteção de uma pessoa ou grupo de pessoas, é uma tautologia. O problema passa por saber como determinar a finalidade da norma, abrindo-se dois caminhos: a) saber se a norma também prossegue a proteção de um interesse individual; b) saber se a proteção jurídica delitual desses interesses privados se justifica. Nesta medida, a norma deve proteger especiais interesses privados (*sachlichen Schutzbereichs*), de um especial círculo de pessoas (*personellen Schutzbereichs*), contra um especial risco (o bem jurídico deve ter sido violado pelo modo contra o qual a norma edificava a sua proteção – *modaler Schutzbereich*)<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Gert BÜGGERMEIER, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur*

Independentemente dos critérios de circunscrição da relevância das normas de proteção, importa considerar que a doutrina se tem mostrado particularmente cautelosa na qualificação de uma norma como disposição legal para este efeito<sup>73</sup>. Na verdade, a violação de direitos absolutos assume-se como pórtico de entrada do instituto, identificando-o, as mais das vezes, por antonomásia. Seria, por isso, estranho que se invertesse a arquitetura consagrada, pela abertura desmedida da cláusula delitual, a permitir uma ampla tutela do património<sup>74</sup>. Daí que autores como Canaris, e, na sua senda e entre nós, Sinde Monteiro, se mostrem muito restritivos na qualificação das normas que podem aceder à categoria de disposições de proteção<sup>75</sup>: em certa medida, apenas as normas penais ou de carácter penal poderiam ascender a tal estatuto. A posição não é, contudo, unânime<sup>76</sup>, e diversas vozes se têm erguido no sentido de questionar da eventual relevância para efeitos de responsabilidade civil de normas

---

*Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, 537 s

<sup>73</sup> Na doutrina estrangeira, entre outros, para a especificação do conceito de disposição legal de proteção de interesses alheios, cf. RÜMELIN, “Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf und Zivilrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 90, Heft 2, 1900, 186 s.; Robert KNÖPFLE, “Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz um Sinne des § 823 Abs. 2 BGB”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1967, 697-702; CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, München, Beck, 1983, 49 s.; Heinrich DÖRNER, “Zur Dogmatik der Schutzgesetzverletzung”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 27. Jahrgang, 1987, 522 s.

<sup>74</sup> Cf., no mesmo sentido, *inter alia*, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, recomendações e informações, Almedina, Coimbra, 1989, 253; CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, 49 s.

<sup>75</sup> CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, 49 s.; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 253

<sup>76</sup> Em sentido contrário, apresentando razões para a não circunscrição das normas de proteção às normas penais, veja-se Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 429. Cf., igualmente, pág. 418 (questionando se, para além da questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, as normas constitucionais podem ser utilizadas como disposições de proteção) e pág. 377 (onde se coloca o problema de saber se as normas internacionais e as normas comunitárias podem valer como tal).

de outro tipo, entre as quais as normas de direito constitucional.

O problema surge conexaso com a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados<sup>77</sup>. Abandonado o olhar que veja os direitos fundamentais, numa estrita relação (de verticalidade) perante o Estado, como direitos meramente oponíveis em face deste, parece ser hoje pacífico o acolhimento da doutrina da eficácia externa (*Drittwirkung*) e horizontal dos direitos fundamentais – traduzida, como esclarece Canaris, na eficácia desses direitos no âmbito das relações estabelecidas, *tout court*, entre sujeitos de direito privado – para além do âmbito de titularidade desses direitos perante o Estado. Para tal contribuiu, decerto, a afirmação de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que, como destaca Vieira de Andrade, se assumem também como “valores constitucionais que aos poderes públicos cabe respeitar, mas igualmente fazer respeitar como interesses públicos fundamentais”, bem como a “necessidade de proteção dos particulares não apenas perante o Estado, mas também, através do Estado, perante outros particulares, pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de facto”<sup>78</sup>. Após o acórdão do *Bundesverfassungsgericht* que ficou na história como a decisão *Lüth*, a generalidade da doutrina, abandonando a direta negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, passou a considerar o problema da eficácia externa dos direitos

---

<sup>77</sup> Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA/João Pedro RODRIGUES, “*Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?*: Breves notas a propósito do impacto da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, sobre o princípio da liberdade contratual – morte do princípio ou manutenção do *status quo ante?*”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVII, 2011, 319 s., que aqui reproduzimos em algumas das explicações a que nos conduz.

A propósito da conexão anunciada, com grande importância, Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 409 s.

<sup>78</sup> J. C. Vieira de ANDRADE, *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, 2003, 273-274.



fundamentais em torno da perspetivação do sentido, do conteúdo e dos limites de tal *Drittwirkung*. O problema passou, portanto, a ser o de saber como conceber essa eficácia externa, não se gerando unanimidade na doutrina. Por um lado, afirmou-se, na esteira de Günter Dürig, a teoria da eficácia externa *mediata* dos direitos fundamentais; por outro lado, no trilho de Nipperdey, sustentou-se uma eficácia imediata desses mesmos direitos no domínio do direito privado. Para a primeira posição – que, de uma determinada perspetiva, pode ser compreendida como uma construção intermédia entre a estrita negação da eficácia externa e a afirmação da sua relevância direta no direito privado<sup>79</sup> –, a vinculação aos direitos fundamentais é, na essência, dirigida ao Estado e não aos particulares. Contudo, tal não implica que se afaste liminarmente a “operatividade dos direitos fundamentais no campo das relações privadas”, outrossim que exista, uma “mediação de um órgão do Estado, que além de estar diretamente vinculado a estes direitos, tem de ser consequente com o dever de proteção que deriva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais”<sup>80</sup>, sendo tal mediação realizada nas fronteiras do direito privado. Como salienta Vieira de Andrade, não se nega que o Estado, enquanto sujeito passivo dos direitos fundamentais, tenha “o dever de proteger esses direitos contra os ataques que lhe sejam movidos (mesmo) por entidades privadas”, mas “essa proteção deveria fazer-se *através do direito privado*”, pelo que, como esclarece o mesmo autor, “a força jurídica dos preceitos constitucionais em relação aos particulares (*terceiros*) não se afirmaria de modo imediato, mas apenas *mediatamente*, através dos princípios e normas próprios do direito privado. Quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como *princípios de interpretação* das cláusulas gerais e conceitos indeterminados

---

<sup>79</sup> Assim, expressamente, Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, 2004, 238.

<sup>80</sup> Juan María Bilbao UBILLOS, “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, 2003, 309 s.

suscetíveis de concretização, clarificando-os (*Wertverdeutlichung*), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*Wertakzentuierung*, *Wertverschärfung*), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (*Wertschutzlückenschliessung*), mas sempre do ‘espírito’ do direito privado”<sup>81</sup>.

Já para outros autores, diferenciadamente, os direitos fundamentais podem ser invocados diretamente nas relações privadas, revestindo-se, assim, de uma eficácia externa imediata, justificada com base na “constatação de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e dos terceiros em geral”<sup>82</sup>, devendo, por isso, reconhecer-se que esses direitos contêm “princípios ordenadores para a vida social” cujo valor se espalha no âmbito da ordem jurídica globalmente considerada. Neste domínio, o direito privado sofre o impacto dos direitos fundamentais, que aí valem, como direitos subjetivos, independentemente de qualquer mediação que os “privatize” ou que, em sede metodológica, os assuma como parâmetro da interpretação jurídica das normas de direito privado.

Entre nós – e diferentemente do que sucede na Alemanha –, a Constituição, no artigo 18.º, n.º 1, afirma taxativamente que os direitos, liberdades e garantias vinculam entidades públicas e privadas. Contudo, como adverte Vieira de Andrade, o preceito não esclarece em que termos se processa tal vinculação. Ora, inegável a este propósito é que os direitos fundamentais não são apenas oponíveis ao Estado. Em rigor, encontrando-se muitos deles diretamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana, não poderiam deixar de ser reconhecidos no âmbito das relações entre privados. Aliás, o direito civil é impensável sem a referência à pessoa humana, diferente do indivíduo, que é colocada no centro da sua reflexão, na exata medida em que é uma

---

<sup>81</sup> Vieira de ANDRADE, “Os direitos, liberdades e garantias”, 276.

<sup>82</sup> Cf. Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 245.

decorrência imediata da ideia de direito. Alicerçando-se os direitos fundamentais na mesma matriz axiologia da dignidade do ser humano, tido como pessoa, pensamos que muitas soluções, materialmente cunhadas, poderiam ser obtidas sem recurso ao direito constitucional. Basta pensar, para o entender, na coincidência entre muitos direitos fundamentais e muitos direitos de personalidade.<sup>83</sup> A dificuldade reside, não obstante, naquelas hipóteses em que o direito fundamental não corresponde a um direito subjetivo no campo privatístico.

Por outro lado, não podemos deixar de relevar que a intencionalidade e a intensidade da projeção dos direitos fundamentais no domínio do direito privado não é suscetível de ser configurada segundo uma estrita relação de identidade com as relações onde o Estado emerge como sujeito passivo desses direitos<sup>83</sup>. A determinação do sentido e da relevância dos direitos fundamentais nas relações entre particulares deve, impreterivelmente, ter em conta a intencionalidade própria do direito privado, cujos princípios estruturantes são também constitucionalmente reconhecidos e, mesmo fora desse hemisfério, devem ser compreendidos, para lá da sua inegável transpositividade, como dimensão suprapositiva que encarna na própria ideia de direito e, assim, no reconhecimento da dignidade ética da pessoa humana.

Com isto pretendemos afirmar que a *irradiação* dos direitos fundamentais pelo “território” do direito privado não pode deixar de sofrer o choque com os valores substantivadores deste domínio dogmático do direito que, no reconhecimento da autonomia do sujeito, levam pressuposta a compreensão do homem como pessoa, tornando-se, assim, imperioso reconhecer,

---

<sup>83</sup> Cf. Vieira de ANDRADE, “Os direitos, liberdades e garantias”, 276. Também Daniel Sarmiento (*Direitos fundamentais e relações privadas*, 223) assume claramente que “não seria correto simplesmente transplantar o particular para a posição de sujeito passivo do direito fundamental, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, diversamente do Estado, é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados”.

acompanhando Konrad Hesse, que “um direito civil que repouse sobre a proteção da personalidade e sobre a autonomia privada é parte das condições fundamentais do ordenamento constitucional e da Lei fundamental”<sup>84</sup>.

Nessa medida, mais do que a referência a uma irradiação dos direitos fundamentais que leve apenas pressuposta, na sua conceção, a necessidade de se reconhecer a existência de uma ponte entre as margens do direito privado e do direito constitucional, impor-se-á, segundo cremos, que se fale num verdadeiro *efeito de refração* dos direitos fundamentais que se projete na necessidade de conciliar e harmonizar o seu âmbito de relevância com os valores fundamentais materialmente densificadores do direito privado.

No que ao direito ao casamento, previsto no artigo 36º CRP, diz respeito, haveremos de considerar que, tal como o Estado está vinculado por ele, também o estão os particulares, sendo, por exemplo, nula uma cláusula contratual que limite, por alguma via, o referido direito. Repare-se que o direito ao casamento, no quadro das relações privadas, não pode ser entendido como um direito subjetivo a casar, mas tão-só como um direito subjetivo ao respeito pela liberdade de casar. Simplesmente, para lá desta dimensão negativa de oposição, que caracterizava os direitos fundamentais na sua génese, não podemos deixar de reconhecer, com base no preceito constitucional, uma projeção valorativa a partir da configuração da relação matrimonial, que condiciona a atuação dos poderes públicos (determinando, como vimos, a inconstitucionalidade de soluções normativas que ponham em causa o núcleo essencial do casamento instituição, que é protegido ao nível da lei fundamental). Ora, o que alguns autores vêm afirmar, a partir daqui, é que tal dimensão objetiva se manifesta na existência de um dever de proteção contra ameaças ou ataques provindos de terceiros, que se concretizaria através

---

<sup>84</sup> Cf. Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, 1995, 86-87.

de normas emanadas pelo legislador<sup>85</sup>. De acordo com a exploração de Adelaide Menezes Leitão, “incumbe ao Estado garantir a observância dos deveres de proteção emergentes dos respectivos direitos fundamentais. Caso o Estado emita imposições e proibições, os direitos fundamentais contêm determinados *standards* de conduta que devem vigorar de forma direta no âmbito do tráfego jurídico privado”<sup>86</sup>. As normas de proteção resultariam, assim, da “discricionariedade legislativa na conformação estatal do dever de proteção inserido na dimensão objetiva dos direitos fundamentais”<sup>87</sup>, pelo que não seria possível olhar para a norma constitucional, em si mesmo, como uma disposição legal de proteção de interesses alheios para efeito de desvelação da ilicitude delitual, ficando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais dependente de uma mediação legislativa<sup>88</sup>.

No que ao casamento diz respeito, essa mediação legislativa não opera através de determinações concretas que imponham ou proíbam determinados comportamentos. O legislador compreendeu – e bem – que a conformação da vida matrimonial, enquanto espaço de afirmação existencial de cada um, deveria ser deixada o mais possível à vivência do casal. Simplesmente, tal não significa que cada um possa fazer do casamento o que quiser. Pelo contrário, há determinadas fronteiras que, assegurando o núcleo essencial da conjugalidade, não podem ser ultrapassadas, sob pena de se deixar de estar diante de um matrimônio. Tais fronteiras são definidas a partir dos deveres conjugais que, visando salvaguardar a sociedade conjugal, modelam a sua estrutura básica. Predispostos para defesa do interesse do outro cônjuge e do matrimônio em si mesmo, correspondem-lhes os chamados direitos pessoais familiares. Estes não são, contudo e como sublinhado, direitos a uma prestação. Entendidos como direitos funcionais ou poderes deveres, são exercidos no interesse

---

<sup>85</sup> Cf. Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de proteção*, 416.

<sup>86</sup> Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de proteção*, 417.

<sup>87</sup> Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de proteção*, 417.

<sup>88</sup> Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de proteção*, 417.

do outro, sendo na reciprocidade que se estabelece a plena comunhão de vida para que é predisposto o casamento. Quer isto dizer que a mediação legislativa que visa traduzir no campo das relações privatísticas a dimensão objetiva do direito fundamental ao casamento não redundaria na consagração de disposições legais de proteção de interesses alheios, mas de direitos, cuja violação, por afetar o núcleo essencial do casamento, afeta igualmente um valor fundamental acolhido pela constituição. Donde, se percebe a solução da responsabilidade delitual: a ilicitude traduz-se na desconformidade objetiva ao ordenamento jurídico que, desta feita e excepcionalmente, não é marcada pela lesão de um direito absoluto, mas pela lesão da componente objetiva de um valor constitucional fundamental, não concretizado nas relações privadas por via de uma norma de proteção, mas através do jogo de reciprocidade dos deveres conjugais e dos direitos pessoais familiares. Embora a resposta à nossa última indagação deva permanecer negativa, o apelo ao direito constitucional serve ainda para nos iluminar, no sentido de descortinar uma razão para a excepcional hipótese de responsabilidade civil assim afirmada.