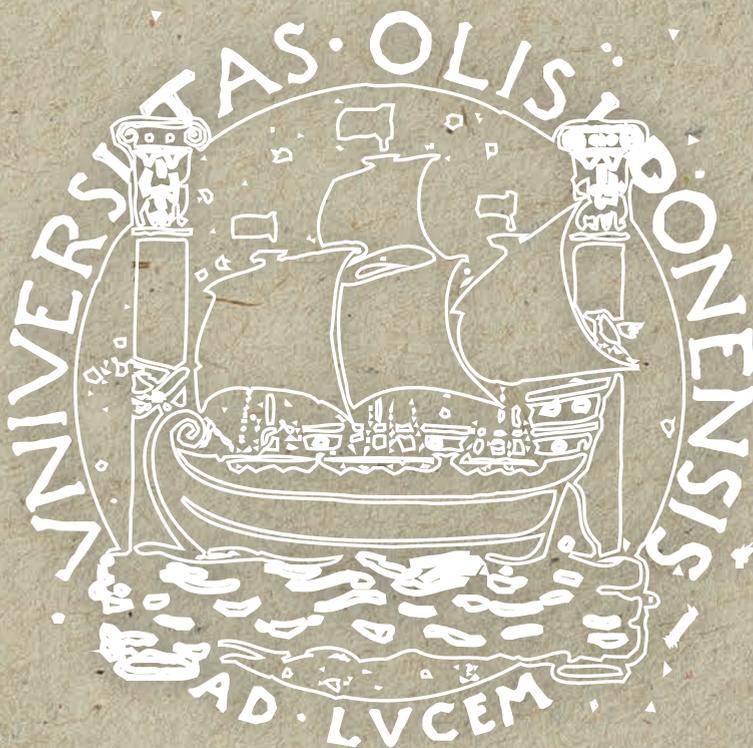


REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXII

2021

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2022

-
- M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto**
15-64 *A interpretatio legis na norma do artigo 9.º do Código Civil e a interpretatio iuris no ius Romanum (D. 50.16 e 17)*
The interpretatio legis in the norm of Article 9 of the Civil Code and the interpretatio iuris in the ius Romanum (D. 50.16 e 17)
-
- Francesco Macario**
65-89 *Rinegoziatione e obbligo di rinegoziare come questione giuridica sistematica e come problema dell'emergenza pandemica*
Renegociação e dever de renegociar como questão jurídica sistemática e como problema da emergência sanitária

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- António Barroso Rodrigues**
93-128 *A tutela indemnizatória no contexto familiar*
Compensation of damages in the family context
-
- Aquilino Paulo Antunes**
129-148 *Medicamentos de uso humano e ambiente*
Medicines for human use and environment
-
- Fernando Loureiro Bastos**
149-167 *Art market(s): from unregulated deals to the pursuit of transparency?*
Mercado(s) da arte: de negócios a-jurídicos para a procura da transparência?
-
- Francisco Rodrigues Rocha**
169-211 *Seguro de responsabilidade civil de embarcações de recreio*
Assurance de responsabilité civile de bateaux de plaisance
-
- Ingo Wolfgang Sarlet | Jeferson Ferreira Barbosa**
213-247 *Direito à Saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro*
Right to Health in Pandemic Times and the Role of the Brazilian Federal Supreme Court
-
- João Andrade Nunes**
249-276 *A Regeneração e a humanização da Justiça Militar Portuguesa – A abolição das penas corporais no Exército e o Regulamento Provisório Disciplinar do Exército em Tempo de Paz (1856)*
The “Regeneração” and the humanisation of Portuguese Military Justice – The abolishment of corporal punishment in the Army and the Army’s Provisional Disciplinary Regulation in the Peacetime (1856)

-
- João de Oliveira Geraldes**
277-307 Sobre os negócios de acerto e o artigo 458.º do Código Civil
On the declaratory agreements and the article 458 of the Civil Code
-
- José Luís Bonifácio Ramos**
309-325 Do Prémio ao Pagamento da Franquia e Figuras Afins
From Premium to Deductible Payments and Related Concepts
-
- Judith Martins-Costa | Fernanda Mynarski Martins-Costa**
327-355 Responsabilidade dos Agentes de Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (“FIDC”): riscos normais e riscos não suportados pelos investidores
Liability of Agents of Receivables Investment Funds: normal risks and risks not borne by investors
-
- Luís de Lima Pinheiro**
357-389 O “método de reconhecimento” no Direito Internacional Privado – Renascimento da teoria dos direitos adquiridos?
The “Recognition Method” in Private International Law – Revival of the Vested Rights Theory?
-
- Mario Serio**
391-405 Contract e contracts nel diritto inglese: la rilevanza della buona fede
Contract e contracts: a relevância da boa fé
-
- Miguel Sousa Ferro | Nuno Salpico**
407-445 Indemnização dos consumidores como prioridade dos reguladores
Consumer redress as a priority for regulators
-
- Peter Techet**
447-465 Carl Schmitt against World Unity and State Sovereignty – Schmitt’s Concept of International Law
Carl Schmitt contra a Unidade Mundial e a Soberania do Estado – O Conceito de Direito Internacional de Schmitt
-
- Pierluigi Chiassoni**
467-489 Legal Gaps
Lacunae jurídicas
-
- Rafael Oliveira Afonso**
491-539 O particular e a impugnação de atos administrativos no contencioso português e da União Europeia
Private applicant and the judicial review of administrative acts in the Portuguese and EU legal order
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
541-560 A justiça intergeracional e a preocupação coletiva com o pós-morte
The inter-generational justice and the collective concern about the post-death
-
- Rodrigo Lobato Oliveira de Souza**
561-608 Religious freedom and constitutional elements at the social-political integration process: a theoretical-methodological approach
Liberdade religiosa e elementos constitucionais no processo de integração sociopolítica: uma abordagem teórico-metodológica

-
- Telmo Coutinho Rodrigues**
609-640 “Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas como fonte de discricionariedade
“Mutatis mutandis”: on modification commands in referential norms as a source of discretion

ESTUDOS REVISITADOS

-
- Ana Paula Dourado**
643-655 A “Introdução ao Estudo do Direito Fiscal” (1949-1950), de Armindo Monteiro, revisitada em 2021
Introduction to Tax Law (1949-1950), by Armindo Monteiro, Revisited in 2021

-
- Pedro de Albuquerque**
657-724 Venda real e (alegada) venda obrigacional no Direito civil, no Direito comercial e no âmbito do Direito dos valores mobiliários (a propósito de um Estudo de Inocêncio Galvão Telles)
Real sale and the (so-called) obligational sale in civil law, in commercial law and in securities law (about a study of Inocêncio Galvão Telles)

VULTOS DO(S) DIREITO(S)

-
- António Menezes Cordeiro**
727-744 Claus-Wilhelm Canaris (1937-2021)

-
- Paulo de Sousa Mendes**
745-761 O caso Aristides Sousa Mendes e a Fórmula de Radbruch: “A injustiça extrema não é Direito”
The Aristides de Sousa Mendes Case and Radbruch’s Formula: “Extreme Injustice Is No Law”

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Ana Rita Gil**
765-790 O caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*: (mais) um olhar do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas de promoção e proteção a crianças em perigo
The case Neves Caratão Pinto vs. Portugal: one (more) look at the application of promotion and protection measures to children at risk by the European Court of Human Rights

-
- Jaime Valle**
791-802 A quem cabe escolher os locais da missão diplomática permanente? – Comentário ao Acórdão de 11 de dezembro de 2020 do Tribunal Internacional de Justiça
Who can choose the premises of the permanent diplomatic mission? – Commentary on the Judgment of 11 December 2020 of the International Court of Justice

-
- Jorge Duarte Pinheiro**
803-815 Quando pode o Estado separar as crianças dos seus progenitores? – o caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*
In which circumstances can a State separate children from their parents? – case Neves Caratão Pinto v. Portugal

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- José Luís Bonifácio Ramos**
819-827 Transição Digital no Ensino do Direito
Digital Transition in Teaching Law
-
- Margarida Silva Pereira**
829-843 Arguição da tese de doutoramento de Adelino Manuel Muchanga sobre “A Responsabilidade Civil dos cônjuges entre si por Violação dos Deveres Conjugais e pelo Divórcio”
Intervention in the public discussion of the doctoral thesis presented by Adelino Manuel Muchanga on the subject “Civil Liability of the Spouses between themselves due to Violation of Marital Duties and Divorce”
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
845-855 Arguição da tese de doutoramento do Lic. Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
-
- Paulo Mota Pinto**
857-878 Arguição da dissertação apresentada para provas de doutoramento por Pedro Múrias, *A análise axiológica do direito civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 11 de novembro de 2021
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias, “A Análise Axiológica do Direito Civil”, Lisbon Law School, 11th November 2021
-
- Teresa Quintela de Brito**
879-901 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Érico Fernando Barin – *A natureza jurídica da perda alargada*
Oral Argument and Discussion of the PhD Thesis presented by Érico Fernando Barin – The juridical nature of the extended loss

A tutela indemnizatória no contexto familiar

Compensation of damages in the family context

António Barroso Rodrigues*

Resumo: O Direito da Família tem sido tradicionalmente configurado como uma área de exceção à aplicação dos quadros gerais da responsabilidade civil. Com o presente estudo procuramos avaliar a razão dessa mesma (pretensa) autonomia, atendendo à evolução dos institutos onde assenta, nomeadamente no contexto do incumprimento dos deveres conjugais e das responsabilidades parentais.

Palavras-Chave: responsabilidade civil; deveres conjugais; responsabilidade parentais.

Abstract: Family Law has traditionally been configured as an area of exception regarding the application of the civil liability frameworks. With this study, we seek to assess the reason for this (alleged) autonomy, considering the evolution of the institutes where it is based, namely in the context of the breach of marital duties and parental responsibilities.

Keywords: civil responsibility; marital duties; parental responsibility.

Sumário: § 1. Incumprimento dos deveres familiares; sequência; § 2. Os deveres conjugais; consagração e natureza; a) Da responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais; b) A reparação de danos entre os cônjuges; c) A responsabilidade do terceiro por violação dos deveres conjugais; § 3. O incumprimento das responsabilidades parentais; § 4. Considerações finais.

* Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado.

Abreviaturas mais utilizadas: A. – ano; AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Ac. – Acórdão; AcP – *Archiv für die civilistische Praxis*; BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*; AT – *Allgemeine Teil*; BMJ – Boletim do Ministério da Justiça; BT – *Besondere Teil*; CC – Código Civil; CDP – Cadernos de Direito Privado; CIDP – Centro de Investigação de Direito Público; CP – Código Penal; CRP – Constituição da República Portuguesa; i.e. – *id est*, isto é; IJFDC – Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; MüKoBGB – *Münchener Kommentar zum BGB*; OTM – Organização Tutelar de Menores; p./pp. – página e páginas; p.ex. – por exemplo; RGPTC – Regime Geral do Processo Tutelar Cível; RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência; RLJB – Revista Jurídica Luso Brasileira; ROA – Revista da Ordem dos Advogados; STJ – Supremo Tribunal de Justiça; TRC – Tribunal da Relação de Coimbra; Tribunal da Relação de Évora; Tribunal da Relação de Guimarães; TRL – Tribunal da Relação de Lisboa; V.Iv. – *vide*; v.g. – *verbi gratia*; e Vol. – volume.

§ 1. O incumprimento dos deveres familiares; sequência

I. Os deveres familiares têm por objeto, em regra, prestações *de facto* de tipo *infungível* e de *execução continuada*. Esta particularidade, acoplada à sua natureza *sui generis*, tem tradicionalmente justificado um tratamento autónomo destes deveres, distanciando do regime-regra do cumprimento e incumprimento das obrigações¹.

No geral, os deveres familiares integram o substrato obrigacional das relações jurídicas familiares, enquanto relação obrigacional complexa, com a variação inerente ao tipo a que se reportam, com especial destaque para o *casamento* (estado), gerador de *deveres conjugais*, e da filiação, geradora de *responsabilidades parentais*. Focar-nos-emos nestas realidades.

Nega-se, considerado o lado *ativo* da relação, a recondução dos *direitos familiares* ao emblemático conceito de direito subjetivo², dada a existência de restrições ao modo do respetivo exercício – sendo, concomitantemente *irrenunciáveis* e *intransmissíveis* – e dada a especialidade inerente ao *interesse*³ que se lhe encontra subjacente

¹ Nega-se, por exemplo, a invocação da exceção de não cumprimento do contrato (428.º CC) – também assim além-Reno; afirma-se, por exemplo, que o alcoolismo de um parceiro não isenta o outro de o auxiliar (cf. a anotação de ROTH ao § 1353 BGB, em MüKoBGB, Vol. IX, 8.ª ed., 2019, n.º 43) –, bem como a faculdade de resolução por incumprimento (801.º/2 CC) ou de resolver ou modificar o contrato por alteração das circunstâncias (437.º CC); em sede especial, das obrigações, impede-se o recurso à ação de cumprimento, à realização coativa da prestação (incluindo à sanção pecuniária compulsória) e à execução específica (817.º e ss. CC), à cessão da posição contratual (424.º e CC), ao *commodum* de representação (794.º, 803.º, ambos do CC) e à indemnização em caso de incumprimento (798.º e ss. CC). As formas gerais de transmissão de créditos e dívidas – cessão, sub-rogação, transmissão singular de dívidas (577.º e ss. CC) – bem como, por fim, o recurso às formas gerais de extinção das obrigações, para além do cumprimento (837.º e ss. CC) – dação, consignação em depósito, compensação, novação, remissão e confusão – estão também excluídas. Sobre este e outros aspetos v., desenvolvidamente, FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Os factos do casamento e o direito na união de facto: breves considerações*, Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Imprensa da Universidade de Coimbra: Coimbra (2016), p. 86 e ss.

² Em sentido contrário, Manuel de Andrade integra os direitos de família neste conceito, embora de «potencial reduzido», apelando à segunda vertente da noção que apresenta, relativa ao poder *de pretender* (e não de exigir) determinado comportamento, dada a limitação do recurso à *solutio retentio* por parte do credor; em *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, *Sujeitos e Objeto*, Almedina: Coimbra (1983), pp. 11-12.

³ Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira apelam à quebra de associação necessária de um direito subjetivo a todo e qualquer interesse uma vez que existem formas alternativas de enquadramento das figuras, tal como sucede, por sinal, em sede dos direitos familiares (em *Curso de Direito da Família*, Vol. I. *Introdução e Direito Matrimonial*, 5.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2016, p. 172 e ss). Sobre a quebra de identidade entre o direito subjetivo e o interesse tutelado, v., por todos, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, *Facto Jurídico, em especial, Negócio Jurídico*, p. 8 e ss.

(repartido entre credor e devedor⁴). É, em todo o caso, possível considerá-los dicotomicamente, sem vinculação à respetiva qualificação legal unitária, distinguindo-se entre direitos *com* e *sem* expressão patrimonial, distinção essa a qual acompanha de perto aquela outra doutrinária referente a efeitos *personais* e *patrimoniais* do casamento, tal como transparece da sistemática do nosso código civil. Da nossa parte, não se reputa necessário, nem conveniente, o abandono do conceito de direito subjetivo, com a inerente descaracterização do vínculo: a obrigação é estruturalmente idêntica, independentemente de esta revestir ou não uma natureza *autónoma*. Sem prejuízo, a sua função, decorrente da inspiração da fonte de onde brota, tem uma manifesta influência modeladora do respetivo regime, implicando a existência de incontornáveis desvios relativamente ao regime-geral das obrigações⁵. São aspetos a explorar.

Noutro prisma, centrado na primazia do escopo *funcional*, apela-se, tendo em conta a *obrigatoriedade* do seu exercício, subtraído à vontade do titular, à qualificação do vínculo como (i) um *poder-dever* ou *poder funcional*⁶; embora outros enquadramentos tenham sido gizados, tal como (ii) os de índole *realista*, com base na sua pretensa oponibilidade *erga omnes*⁷. É, em todo o caso, possível combinar ambos os aspetos, sem se abandonar a noção base de *direito subjetivo*⁸. Isto, note-se,

⁴ Veja-se o exemplo de Diogo Leite de Campos, “Assim, se o marido agredir fisicamente a mulher, não só está a violar o dever familiar de respeito – o que não envolverá a obrigação de indemnizar ou responsabilidade criminal – como também comete um (outro) facto, ilícito, criminalmente punido e envolvendo a obrigação de indemnizar. Agora, se a mulher cometer adultério, nenhuma obrigação de indemnizar terá para com o marido, nem incorrerá em responsabilidade criminal. Trata-se de um facto «danoso», é certo, mas que só o é em virtude da especial situação (familiar) em que um cônjuge se encontra perante o outro”, em *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., Almedina: Coimbra (2008), p. 139 e ss.

⁵ Em linha, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra (2014, reimp.), pp. 12-13, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina: Coimbra (2019, 7.ª reimp.), p. 108, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, I, 10.ª ed., Almedina: Coimbra (2009, 6.ª reimp.), p. 71. Afastando a relevância desta característica da autonomia, afirma-se MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 9.ª ed., Almedina: Coimbra (2010), p. 103. V., ainda, quanto à natureza obrigacional da vinculação, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, 3.ª ed., Almedina: Coimbra (2019), p. 474.

⁶ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, I, p. 199. Para Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, também os direitos do tutor, do testamenteiro e do depositário são *poderes-deveres funcionais*, em *Curso de Direito da Família*, p. 153.

⁷ V., por todos, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Almedina: Coimbra (2004), p. 313 e ss.

⁸ Demonstra-o eloquentemente Jorge Duarte Pinheiro, preferindo a expressão *deveres* conjugais de fidelidade e coabitação, ressaltando que no plano interno aos cônjuges inexistente do lado ativo uma obrigação de exercício da posição jurídica (dever principal) – afastando a natureza de *poder funcional*

no que respeita aos *direitos* (assim os enquadramos) de índole *não patrimonial* – i.e., as relações entre cônjuges, as responsabilidades parentais e a tutela – reservas não sentidas com a mesma premência no espetro oposto, de tipo *patrimonial*, designadamente no regime das dívidas dos cônjuges, de administração de bens, alimentos, etc.

Como antecipado, um aspeto fundamental da caracterização dos deveres familiares, para efeitos do presente estudo, reporta-se à (alegada) falta de sujeição ao regime-geral das obrigações em geral em sede do respetivo incumprimento. Isto, porquanto, o incumprimento reiterado daqueles deveres é, por regra, somente fundamento para a dissolução da respetiva relação jurídica familiar (conjugal ou parental, via *divórcio* ou mediante *inibição* do exercício das responsabilidades parentais, respetivamente). Aliás, deteta-se a existência de mecanismos especiais os quais, ao prevenirem as consequências danosas de um tal cumprimento, impedem o recurso a esta via, sob pena de duplicação injustificada das formas de tutela (v.g. obrigação de prestar alimentos; artigo 2003.º e ss. do CC).

Procuramos de momento (insiste-se) determinar, para aquele efeito, se a especialidade da matéria (genética ou formal) permite o recurso às formas gerais de tutela do incumprimento do dever, designadamente no que respeita à formação de um título *geral* de imputação de danos, em sede da responsabilidade civil.

Nesta medida, quer os títulos de imputação de danos especiais previstos nesta sede⁹, remissivos para os *pretensos* termos gerais de responsabilidade civil (cuja técnica legística é conhecida), quer a qualificação do título de imputação *geral* possível de se formar na ausência daquela remissão, relevam-se de difícil enquadramento para efeitos de determinação, em concreto, da *modalidade* de responsabilidade em causa, considerando a *summa divisio* – a qual opõe, como é sabido, a responsabilidade pelo incumprimento *obrigacional* (artigos 798.º e ss. CC) e aquela disponível para as demais situações (de tipo *extraobrigacional*, portanto; cf., artigos 483.º e ss. CC).

Veja-se, a título explicativo, a dificuldade de qualificação da responsabilidade civil, se obrigacional ou extraobrigacional, do cônjuge administrador (1681.º/1 e 3 CC), do cônjuge lesante (1792.º CC) e a do tutor (1945.º CC).

– a qual se demarca de uma nova posição na vertente externa, oponível *erga omnes* (o *dever instrumental*); *O Núcleo*, pp. 412-484. A figura assume, todavia, contornos próprios: a noção de *status* conjugal é avançada (*idem, maxime* 485 e ss).

⁹ A existência de um título de imputação de danos é admitida mesmo por aqueles que negam a responsabilidade civil em geral decorrente do incumprimento de deveres familiares, tal como PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina: Coimbra (1999, reimp.), p. 301.

Uma breve nota. A dificuldade de apuramento da modalidade de responsabilidade que enquadre devidamente o título de imputação de danos não implica metodologicamente uma negação da existência de responsabilidade pelo respetivo incumprimento. Não tratamos da dificuldade de determinar *quando* existe incumprimento do dever conjugal, porquanto esta tarefa (prévia) apenas se logra a concretizar com a análise minuciosa do conteúdo da prestação, objeto de cada dever; tratamos, de momento e ao invés, de enquadrar a *responsabilidade resultante* daquele incumprimento, se obrigacional, delitual ou, por hipótese, mediante o apelo a um terceira via (*tertium genus, Dritte Spur*¹⁰), a qual quebra com a dicotomia da *summa divisio*.

A especialidade da matéria, para a qual o conteúdo obrigacional é determinante, bem como, adiante-se, a falta de uma disposição legal que expressamente resolva a questão, obriga a um enquadramento casuístico da modalidade de responsabilidade do título de imputação de danos. Análise essa que se fará de seguida.

II. Um segundo aspeto, também de grande interesse, reconduz-se à pretensa relatividade dos *deveres familiares* (uma vez que tradicionalmente a questão não se enquadra da perspetiva positiva, da relatividade do *direito* familiar). Tratamos, neste momento, da *relatividade* dos deveres familiares em termos da sua eficácia externa perante terceiros, ou seja, para efeitos da respetiva *oponibilidade* – e não no plano interno, da relatividade *estrutural*, entre o respetivo credor e o devedor, independentemente da multiplicidade de sujeitos que reúnam aquela qualidade; questão esta (da relatividade *estrutural*) pertinente em alguns deveres familiares, tal como nas responsabilidades parentais pelo número potencial de membros do agregado, mas a qual não se coloca quanto aos deveres conjugais, dada a proibição de *bigamia* (247.º CP), necessariamente restritiva da plurisubjetividade do vínculo obrigacional à mínima, de dois elementos, i.e., *ambos* os cônjuges.

Se a relatividade *estrutural* permite identificar o responsável (devedor) pelo *incumprimento* do dever familiar, o prisma da relatividade (ou falta dela) em *termos de eficácia* (externa), apura a responsabilidade de *terceiros* pelo incumprimento do mesmo dever. Pela sua especial relevância, os deveres familiares principais serão – em ambas as vertentes mencionadas, ou seja, quer para efeito de apuramento da responsabilidade dos obrigados, quer de terceiros – considerados separadamente.

¹⁰ Fundamental a obra de CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Munique (1971).

§ 2. Os deveres conjugais; consagração e natureza

I. Os deveres conjugais decorrem do casamento, qualificado como *contrato*, atendendo à noção expressamente adiantada pelo legislador no artigo 1577.º do Código Civil (a respeito das regras hermenêuticas, cf. 9.º/3 CC)¹¹. Encontram-se taxativamente consagrados, desde a reforma de 1977¹², no artigo 1672.º CC, categorizados como os deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e de assistência¹³; consubstanciam, por outro lado, o verdadeiro correspondente passivo dos *direitos conjugais*¹⁴.

Em resultado de uma regulação especial dos respetivos efeitos, as posições jurídicas geradas não os reconduzem necessariamente a deveres de tipo *patrimonial*, sujeitos às regras gerais do negócio jurídico. Na verdade, a natureza *peçoal* dos efeitos que se produzem e também, quanto aos demais deveres de tipo *patrimonial*, a sua amplíssima margem de injuntividade (v.g., 1714.º CC), afasta essa mesma natureza, de tipo exclusivamente patrimonial. Por este motivo, colocam-se justamente grandes reservas à qualidade *negocial* do casamento em si, enquanto *estado*¹⁵.

Em particular, no contexto dos *deveres* gerados por esta figura é comum *categorizá-los*; processo esse que favorece a respetiva compreensão (tal como sucede, de resto, com os *direitos familiares*). Numa das formulações com maior sucesso, distingue-se pela respetiva natureza os deveres (predominantemente) *peçoais*, tal como o dever de *fidelidade* ou o dever de *coabitação*, de outros com natureza *patrimonial*, designadamente o de *contribuir para os encargos da vida familiar*¹⁶ e o de *assistência*.

¹¹ No artigo 1577.º CC consta: «Casamento é o *contrato* celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código» (itálico nosso).

¹² Pelo artigo 64.º do Decreto-Lei n.º 497/77, de 25 de novembro.

¹³ V., por todos, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, 7.ª ed., Gestlegal: Coimbra, pp. 443-468. Anterior à reforma constavam apenas três deveres: o de fidelidade, coabitação e assistência (cf. o antigo artigo 1671.º na redação inicial conferida pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro).

¹⁴ V. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, p. 461 e ss. O Autor vem reconhecer como principais características das situações jurídicas ativas correspondente aos deveres conjugais a «acentuada funcionalidade», o «carácter estatutário», a «durabilidade virtual», o «carácter *erga omnes*», a «tipicidade», a «indisponibilidade» e o «gozo de uma tutela comum» (*ibidem*).

¹⁵ O presente entendimento não é, aliás, exclusivo do nosso ordenamento. Noutros sistemas, de que é bom exemplo o alemão, no § 1353 do respetivo código civil (BGB) qualifica-se a situação jurídica como um *complexo extracontratual*, uma “vida matrimonial em comum” ou uma “parceria de vida matrimonial” (*eheliche Lebensgemeinschaft*).

¹⁶ Qualificando os primeiros como «deveres (“relativos”) especificamente conjugais», v. FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Os factos no casamento*, p. 87.

Ora, por esta bivalência genética, atendendo em particular aos de natureza (predominante ou exclusivamente) *pessoal*, alguns Autores alegam que os deveres conjugais detêm uma «*fragilidade da garantia*»: existiria uma impossibilidade de o credor exigir coercivamente o seu cumprimento (817.º e ss. CC) e também uma (pretensa) ausência de tutela indemnizatória em caso de incumprimento¹⁷. Não aderimos, porém, a este entendimento, como adiante se demonstrará.

a) Da responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais¹⁸

I. A natureza *sui generis* dos deveres conjugais tem suscitado uma longa querela doutrinária quanto à tutela civil do respetivo incumprimento. Em particular,

¹⁷ Neste sentido, v., por todos, DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições* p. 140 e ss. Contra, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, p. 464 e em *O Núcleo*, p. 11, HEINRICH HÖRSTER, *A respeito de responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Scientia Iuridica, Tomo XLIV (n.ºs 253-255), pp. 113-124 e ÂNGELA CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra Editora: Coimbra (2000), p. 82 e ss.

¹⁸ A bibliografia sobre a responsabilidade civil entre cônjuges é vasta. V., sem propósito exaustivo, AIDA FILIPA FERREIRA DA SILVA, *Responsabilidade civil entre cônjuges no divórcio: as alterações do art. 1792º do código civil com a Lei nº. 61/2008, de 31 de outubro*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2013), ÂNGELA CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, cit, e *Reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio*, em *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora: Coimbra (2004), pp. 605-610, CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: o novo regime do art.º 1792.º do Código Civil (na redacção dada pela lei n.º 61/2008, de 31 de outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento*, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Direito e Justiça, número especial, Universidade Católica Editora: Lisboa (2011), 389-419, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: lei nº 61/2008, de 31 de Outubro*, 2.ª ed., Almedina: Coimbra (2009) e *Responsabilidade e indemnização por perda do direito ao débito conjugal – considerações em torno do artigo 496.º do Código Civil*, in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Universidade do Minho, Tomo LXI, n.º 329 (Maio-Agos. 2012), pp. 391-420, FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO, *S.T.J. – Acórdão de 12 de Maio de 2016: deveres conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges*, RLJ, Ano 147 (Set.-Out. 2017), pp. 41-67, FERNANDO PIRES VERÍSSIMO, *Do problema de saber, se são aplicáveis, em matéria de violação dos deveres recíprocos dos cônjuges, os princípios gerais sobre responsabilidade civil*, ROA, Ano 8, I, n.ºs 1 e 2 (1948), pp. 234-256, GUILHERME DE OLIVEIRA, *A nova lei do divórcio*, in *Lex Familiae*. Coimbra: Coimbra Editora, A.7, n.º 13 (2010), pp. 5-32, e *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, A. 155, n.º 31, 32 (2019), pp. 17-44 e, por fim, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Núcleo*, p. 662 e ss., com referências bibliográficas completas (*maxime* nota 1612).

V., ainda, além-Reno, ao nível dos grandes comentários, pelo menos no que respeita aos deveres pessoais, a anot. de KOHLENBERG ao § 1353 BGB, *PalandtBGBKommentar* (79.ª ed., 2020), n.ºs 24-25 e, em linha, a anot. ao § 1355 BGB, *Familienrecht Handkommentar* (3.ª ed., 2017), p. 119.

decorrente da acima mencionada (alegada) vertente da *fragilidade da garantia*, vários autores afirmam expressamente que não cabe qualquer tutela indemnizatória aos cônjuges no contexto do casamento. Por outras palavras, os cônjuges não seriam civilmente responsáveis pelo incumprimento dos seus deveres conjugais, *relativos* – os quais revestiriam, assim, uma natureza meramente *programática*, de tipo *sugestivo*. E este entendimento é, admite-se, coerente com a não aplicação das demais regras *gerais* relativas ao *cumprimento* (e outros modos de extinção) das obrigações ou, por sinal, à respetiva *transmissibilidade*, como vimos¹⁹.

Não se pode, todavia, aderir cegamente a semelhante entendimento, o qual, independente da bondade do respetivo propósito, esvazia este contrato de tutela civil de um prisma constitutivo. Vejamos.

O *valor* do incumprimento dos deveres conjugais (e a respetiva apreciação judicial) é, hoje, incontestado enquanto *fundamento para a dissolução do vínculo* (1781.º, d) CC), motivo que trava, desde já, o apelo a uma natureza meramente programática daqueles deveres. Por outro lado, e em concreto, não se identifica qualquer isenção, genética ou formal, que negue pelo menos o (des)valor objetivo do *incumprimento* do dever *conjugal*, para efeitos da formação de um título de imputação dos danos ao respetivo credor (leia-se, ao outro cônjuge, lesado).

O incumprimento dos deveres conjugais é, aliás, alvo de uma regulação especial, o qual compromete uma remissão genérica e integração completa no regime geral do negócio jurídico²⁰. Atente-se, em especial, às seguintes sanções: (i) se a separação de facto for *imputável* a qualquer dos cônjuges mantém-se o dever de assistência (1675.º/2 e 3 CC²¹), (ii) o cônjuge lesado pode exigir judicialmente que lhe seja diretamente entregue parte dos rendimentos ou proventos do outro em caso de violação do dever de contribuir para os encargos da vida familiar (1676.º/4 CC), (iii) o incumprimento do dever de fidelidade afeta a validade das liberalidades, *inter vivos* ou *mortis causa*, a favor do terceiro que seja cúmplice do cônjuge adúltero (953.º e 2196.º CC) e, também (iv) se consagra um impedimento matrimonial, o qual retira capacidade ao nubente que haja sido condenado ou pronunciado como autor ou cúmplice por

¹⁹ Cfr., *supra*, nota 1.

²⁰ Contra, permitindo a integração no regime geral «das relações do mesmo tipo», em tudo quanto não se encontre especificamente regulado, v. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, I, p. 199 (nota 4).

²¹ Contra, Margarida Silva Pereira não enquadra o desaparecimento dos deveres de assistência e dos deveres com expressão patrimonial, em resultado daquela separação imputável a um dos cônjuges, como *uma sanção, em sentido técnico-jurídico*. A ilustre Professora entende, ao invés, tratar-se de «uma consequência da ordem geral, resultante da quebra da investidura no dever de cuidado, existente em muitas outras situações da vida», em *Direito da Família*, AAFDL: Lisboa (2019), pp. 280-281.

homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o cônjuge do outro (1602.º,e) e 1604.º,f)²² CC). A estas sanções pode-se aditar a influência para efeitos penais de proteção dos bens jurídicos que lhe são associados, mediante a previsão e punição de crimes como a violência doméstica (152.º CP) e, em especial *contra a família*²³, o de bigamia (247.º CP), de falsificação de estado civil (248.º CP) e de violação da obrigação de alimentos (250.º CP).

No que respeita em concreto à tutela indemnizatória detetam-se várias previsões que consagram a responsabilidade civil na ótica do inadimplemento de um dever em especial (v.g. a responsabilidade do cônjuge administrador, 1681.º/1 e 3 CC), bem como a previsão genérica de responsabilidade, de *summa* importância (1792.º CC), a qual é remissiva para os termos gerais de responsabilidade. É ponto que devemos aprofundar.

b) A reparação de danos entre os cônjuges

I. Cumpre notar que o entendimento maioritário anterior à reforma de 2008 (pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro) negava a existência responsabilidade civil decorrente do incumprimento daqueles deveres de natureza predominantemente *peçoal*, tal como o dever de coabitação ou o de fidelidade²⁴.

Aliás, a responsabilidade prevista na redação inicial do artigo 1792.º CC atendia apenas aos danos não patrimoniais *causados pelo divórcio*, i.e., pela *dissolução* do casamento, requerido com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, a qual, pela sua gravidade, comprometesse a possibilidade de vida em comum (fundamento esse ainda previsto, 1792.º/2 CC) *ou* (note-se) com fundamento na *culpa*, principal ou exclusiva do outro cônjuge. Esta redação foi, entretanto (e felizmente), alterada. Assim, com a reforma de 2008 prescreveu-se,

²² V., a nossa anotação a estes artigos em *Código Civil anotado*, Livro IV, Direito da Família (Coord. MARIA CLARA SOTTOMAYOR), Almedina: Coimbra (2020), pp. 85-86 (§ 11-16) e pp. 92-93 (§ 16-19). Cumpre ressaltar a falta de correspondência entre a ilicitude penal do crime na forma tentada (cf., supra, o homicídio não consumado) e a (falta) de ilicitude civil nesta tentativa; cf., a propósito, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral*, I, p. 128 (nota de rodapé 1).

²³ Cfr., a secção I do capítulo I (Dos crimes contra a família, os sentimentos religiosos e o respeito devido aos mortos) do título IV (Dos crimes contra a vida em sociedade), do livro II (Parte especial) do Código Penal. A propósito e em sentido contrário, v. MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Deve existir um direito penal da família?*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade (Org. José de Faria Costa et. al.), 1.ª ed., Boletim da Faculdade de Direito. *Ad Honorem*, 8, *Studia Iuridica*, 108, Coimbra, 2017, pp. 919-938.

²⁴ FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO, *Os factos no casamento*, p. 87.

em aditamento à responsabilidade mencionada, nos termos inovadores do novo número 1 daquele artigo que «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».

Feito este breve enquadramento, a inovação da reforma deve ser entendida a três níveis.

Em primeiro lugar, a remissão para os termos “gerais” da responsabilidade civil (1792.º/1 CC, *in fine*) consagra a tutela de *todos* os danos causados pelo cônjuge, independentemente (i) do *momento* em que se produzam – i.e., quer resultem da dissolução do casamento (tal como resultava da redação anterior do preceito), quer ocorram na *constância* do matrimónio²⁵. Determina-se ainda que (ii) o desvalor objetivo da conduta a considerar pode decorrer tanto da violação de direitos *absolutos*, como de direitos *relativos* (neste último caso, com destaque para o incumprimento dos deveres conjugais (de tipo predominantemente *peçoal* ou *patrimonial* de forma indistinta; *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*), e, por fim, (iii) os danos gerados podem ser tanto de natureza *patrimonial* como *não patrimonial*²⁶.

²⁵ Contra, MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito da Família*, pp. 288-295.

²⁶ Embora inexistam termos gerais de responsabilidade civil, de modelo unitário, a remissão é por vezes entendida como sendo referente exclusivamente à modalidade *delitual, extracontratual, aquiliana* (483.º CC; preferimos, tal como indiciado, o conceito de responsabilidade *extraobrigacional*). Discordamos do âmbito desta remissão: estamos perante a violação do crédito conjugal. A remissão deve, portanto, ser entendida como referente à responsabilidade *obrigacional* (artigos 798.º e ss. CC). Todavia, para alguns Autores (em clara minoria, frisa-se) uma remissão singela deste tipo furtaria a tutela dos danos não patrimoniais em resultado do incumprimento dos deveres conjugais. Embora a doutrina maioritária seja favorável à tutela dos danos morais na responsabilidade obrigacional, outro setor nega a hiperextensão da tutela destes prejuízos, particularmente aqueles desconexos com o vínculo – neste sentido, v., entre outros, ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, I, p. 605 e respetiva nota 3, II, p. 106, anot. ao ac. do STJ de 17 de Jun. de 1982, RLJ, Ano 119 (1986), n.ºs 3742-3753, 120-128 (p. 127 e respetiva nota 1) e anot. ao ac. 25-Mai-1985, RLJ Ano 123 (1991), n.º 3796 a 3799, pp. 251-256 e pp. 278-281 (254), MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Almedina: Coimbra (1988), p. 272, DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, II, Almedina: Coimbra (2019), p. 292. O que não se revela admissível, pelo menos no contexto dos deveres em causa. Em qualquer caso, sempre se dirá que uma situação de concurso heterónimo de responsabilidade civil – i.e., quando o cônjuge seja simultaneamente responsável a título extraobrigacional e obrigacional – resolveria a questão, permitindo o acesso à tutela dos danos morais pela via delitual concorrente – é o caso, a título exemplificativo, do cônjuge que agride fisicamente o seu parceiro, já que as lesões provocadas representam uma violação do dever de respeito (gerador de responsabilidade obrigacional), bem como a prática de um delito, porquanto esta última via de tutela precede a relação conjugal e por esta não é afastada. A solução prestada pelo concurso não é, no entanto, apta a resolver os casos em que exista uma responsabilidade *exclusivamente* obrigacional (v.g., por violação do dever de coabitação), dada a manifesta inaptidão da

Em segundo lugar, consagra-se o *momento* relevante para a apreciação da responsabilidade civil dos cônjuges como o da dissolução voluntária do casamento no que respeita aos direitos conjugais, negando-se (*iv*) a sua apreciação na constância do matrimónio²⁷ ou em caso de dissolução por morte e, por outro lado, determina-se (*v*) a *prescrição* da respetiva responsabilidade.

Por fim, em sede de *exercício*, a reforma pôs fim à antiga querela doutrinária relativa à possibilidade de a responsabilidade civil ser apreciada em acção autónoma à do divórcio, (*vi*) consagrando-a expressamente²⁸. Mediante a revogação do anterior número 2, o qual previa que «o pedido de indemnização deve ser deduzido na própria ação de divórcio», evita-se a *preclusão* do direito à indemnização não peticionado nesta acção. Na nova redação conferida ao artigo pela reforma de 2008, *apenas* o pedido de indemnização referente aos danos não patrimoniais causados pela *dissolução do casamento* com fundamento da alínea *b*) do artigo 1781.º deve ser deduzido na própria ação de divórcio (cfr. 1792.º/2 CC, parte final). Mas este é caso único e não deve, por esta razão, ser confundido com a regra. Assim (sublinha-se) o pedido de indemnização dos prejuízos sofridos pelo incumprimento dos deveres conjugais pode ser instaurado tanto na acção de divórcio ou de separação (judicial de pessoas e bens), designadamente na petição inicial (cumulada com o pedido de dissolução) ou na contestação (mediante pedido reconvenicional), dependendo da qualidade processual que o lesado ocupe na instância, bem como (e não apenas) em acção *autónoma* «nos termos gerais da responsabilidade e nos tribunais comuns» (1792.º/1 CC). Esta nova solução promove a economia processual e, nessa medida é de aplaudir, permitindo agregar num único pedido a apreciação de todos os tipos de danos, independentemente de serem *pessoais* ou *patrimoniais*, resultantes da dissolução do casamento ou provocados na sua constância o e decorrente de factos geradores do divórcio ou não, solucionando (espera-se) a anterior querela doutrinária.

via delitual para tutelar todas as situações abrangidas pelos deveres conjugais. Para estes casos, resta saber se existe verdadeiramente a tutela dos danos não patrimoniais, mesmo para aqueles que negam a tutela destes danos no campo contratual. A resposta é claramente afirmativa. Confira-se, neste sentido, que os danos não patrimoniais são *expressamente* tutelados nos termos do número seguinte, embora em termos limitados porquanto apenas são considerados aqueles que sejam provocados pela *dissolução* do casamento fundada na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge (1781.º, b) CC). Em suma, a violação dos deveres conjugais (1781.º, d) CC) é, nestes termos, apta a tutelar os danos não patrimoniais que gere no âmbito da responsabilidade *obrigacional* gerada.

²⁷ Neste sentido, MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito da Família*, p. 286.

²⁸ V., neste sentido, os acs. do STJ de 09-Fev-2012, Proc. 819/09.7TMPRT.P1.S1, e de 17-Set-2013, 5036/11.3TBVNG.P1.S1, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

II. Sem prejuízo do exposto, e causando uma certa perplexidade, um sector da nossa doutrina nega, ainda, a tutela civil do incumprimento dos *deveres conjugais*, rejeitando até, num momento prévio, a existência de danos derivados da própria *dissolução* do casamento²⁹. Para este entendimento, o artigo 1792.º CC é alvo de uma interpretação restritiva: os adeptos da irrelevância do incumprimento dos deveres familiares invocam que a norma se limita a *reproduzir* a tutela geral dos direitos *absolutos*³⁰ em sede de responsabilidade civil extraobrigacional (ou, com plena propriedade neste caso, de tipo *extracontratual*), pelo que o incumprimento dos *deveres* (relativos) *conjugais* permaneceria, afirmam, não tutelável.

São defensores deste entendimento, entre outros³¹, Guilherme de Oliveira³², Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira³³, Margarida Silva Pereira³⁴, Francisco Pereira Coelho³⁵ e Eva Dias Costa³⁶.

²⁹ RITA LOBO XAVIER, *Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster, Almedina: Coimbra (2012), pp. 499-514 (p. 501).

³⁰ Assim, FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Os factos no casamento*, p. 88 e MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito da Família*, p. 284. A ilustre Professora considera que os deveres conjugais são suscetíveis de indemnização apenas quando esteja em causa a «lesão de um direito de personalidade ocorrida na sequência desse incumprimento»; *ibidem* e em *Densificações legislativas do princípio da autonomia da vontade no Direito da Família* (Tema 3), Temas de Direito da Família e das Sucessões, AAFDL: Lisboa (2020), pp. 83-251 (*maxime* 98-105). Guilherme de Oliveira afirma tratar-se da tutela exclusiva dos direitos *absolutos*, porquanto entende que a remissão para os termos gerais implica a desconsideração do estado (anterior) de casado e a consequente irrelevância dos respetivos direitos *relativos*; *A nova lei do divórcio*, p. 21.

³¹ Sobre um compêndio das várias posições doutrinárias e respetiva evolução, v. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, pp. 17-30.

³² O ilustre Professor nega a tutela indemnizatória decorrente da violação dos deveres conjugais, afirmando: “[a] Lei n.º 61/2008 pretendeu esclarecer, no art. 1792.º, que há lugar para o recurso às regras da responsabilidade civil; porém, ao eliminar o divórcio por violação dos deveres conjugais e toda a relevância da culpa, deixou os deveres conjugais sem garantia”, em *Curso de Direito da Família*, I, p. 156, conjuntamente com FRANCISCO PEREIRA COELHO, e em *Manual de Direito da Família*, Almedina: Coimbra (2020, reimp.), pp. 59-61, 137. Até à reforma de 2008, os A. defendiam o oposto, tendo, aliás, afirmado «[p]ensamos, hoje, até, que o art.º 483.º 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 ou não patrimoniais causados pela violação dos deveres do art.º 1672.º – isto, embora a situação 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», na 4.ª edição de *Curso de Direito da Família*, I, p. 56; e, ainda, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, p. 31 e ss.

Não poderemos aderir a esta solução, fundamentalmente por cinco motivos, adiante explanados.

Em primeiro lugar, inexistem termos gerais de responsabilidade que tutelem *exclusivamente* direitos de tipo *absoluto* (embora se possa entender que o preceito remeta apenas para os termos gerais de responsabilidade *delitual*, em particular a primeira categoria de ilicitude; 483.º/1 CC). Em todo o caso, reconhecer a qualidade inovadora neste sentido ao artigo 1792.º CC implica admitir o vazio legislativo neste campo anterior à reforma, o que não sucedia no que respeita à violação de direitos absolutos dos *cônjuges*. Por outras palavras, este entendimento pressupõe que os *cônjuges* eram contemplados previamente à reforma de 2008 com uma proteção inferior à de qualquer outro sujeito³⁷; paradoxo esse agravado pelo facto de a desproteção se dever à formação de um vínculo mais próximo, o qual motiva, por sinal, a criação dos *deveres conjugais* (i.e., o paradoxo da tangência, de o sujeito por uma *maior proximidade* se tornar *menos protegido* e assim mais afastado). Considere-se, ainda, que este entendimento permite *sempre* recorrer à tutela civil, em qualquer momento, dos danos provocados pela violação de direitos absolutos na situação de *namoro*, dos *nubentes* ou dos *unidos de facto*, mas a partir de 2008, no âmbito conjugal, *apenas* em caso de divórcio, denunciando, também por este motivo, a insustentabilidade deste entendimento.

³³ CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL e JORGE DA SILVA PEREIRA, *Direito da Família*, 2.ª ed., AAFDL: Lisboa (2008), p. 17 e ss. e ainda CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Relance crítico sobre o Direito da Família*, em *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra: Coimbra (2016), pp. 107-130 (123-124).

³⁴ MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito da Família*, p. 293. Embora a Autora ressalve, em momento anterior e por título que depreendemos ser excepcional, que «apenas os deveres conjugais com expressão patrimonial são suscetíveis de sanção por incumprimento, uma vez que os fundamento uma obrigação de caráter não pessoalíssimo, mas de ordem social.»; *idem*, p. 270.

³⁵ S.T.J. – *Acórdão de 12 de Maio de 2016: Em Deveres Conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges*, RLJ, ano 147, n.º 4006 (set.-out. 2017), pp. 54-67.

³⁶ *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, Almedina: Coimbra (2005), p. 116.

³⁷ A nossa leitura, no que respeita aos deveres conjugais e sem prejuízo do mérito da reforma, é precisamente a inversa: a relevância da culpa (na violação dos deveres conjugais) como *fundamento* do divórcio dignificava os deveres conjugais, implicando consequências desvantajosas patrimoniais para o conjugue declarado único ou principal culpado em sede de (i) partilha, (ii) apuramento da indemnização devida por danos *em resultado* do divórcio, (iii) validade das liberalidades nas quais tenha sido ou haja de ser contemplado, quer, por fim, (iv) em sede de fixação da obrigação de alimentos. Neste sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, p. 464 (nota 802). Este entendimento não se opõe (cumpre frisar!) à liberdade geral de desvinculação por qualquer um dos *cônjuges*, nem à inexistência de culpa de qualquer um deles no contexto da dissolução matrimonial. É, pois, importante ressaltar que um modelo que atribui relevância à culpa do divórcio não obriga a que este seja o fundamento *exclusivo e necessário*.

Em segundo lugar, os termos gerais da responsabilidade *obrigacional* (798.º e ss. CC) – apreciados nos tribunais comuns, *cíveis*, para os quais o artigo 1792.º/1 CC remete – são abstratamente adequados a tutelar os danos (*patrimoniais e não patrimoniais*³⁸) causados pelo incumprimento dos *deveres* conjugais. Estes deveres caracterizam-se pela sua natureza *relativa*, com especial importância para aqueles de natureza *patrimonial* – tal com o dever de contribuição para os encargos da vida familiar. Negar a tutela destes deveres em consequência do divórcio, independentemente do momento em que o dano se processe, invocando que vinculam apenas o ex-cônjuge, gera uma verdadeira incoerência na tutela dos deveres, essa, sim, inovadora e inadmissível. Atente-se aos vários preceitos do regime do Direito da Família que tutelam o incumprimento na constância do matrimónio (v.g. 1675.º/3 e 1676.º/4, ambos do CC), tutela essa a qual, por este entendimento, seria negada *apenas* em caso de divórcio.

Em terceiro lugar, considerar que a tutela indemnizatória dos deveres conjugais de tipo *pessoal* é um retrocesso relativamente à reforma de 2008, atendendo à exclusão do requisito da *culpa* no divórcio, confunde os termos da discussão, designadamente a culpa enquanto *fundamento* do divórcio e a culpa enquanto *requisito* da responsabilidade civil por incumprimento do dever conjugal³⁹. Ora, embora a culpa já não seja (e bem, por nós) fundamento do divórcio permanece relevante enquanto requisito do título da imputação dos danos gerado por este inadimplemento (1675.º/2 e 3 CC). Assim, negar a sua relevância para efeitos do apuramento da pretensão indemnizatória, apelando apenas ao espectro da reforma, não se revela suficiente. Aliás, pese embora o divórcio já não dependa da atribuição de culpa a título principal ou exclusivo a um dos cônjuges, as demais consequências patrimoniais mantêm-se em vigor *devidamente adaptadas*, ou seja, com a remoção do requisito da *culpa*, designadamente (i) em sede de partilha (1790.º CC), (ii) de validade das liberalidades que tenha recebido ou que haja de receber (1791.º CC) e (iii) em sede alimentar (2016.º CC). Outro entendimento necessita de demonstrar que o atual 1792.º CC não adaptou as consequências do título de imputação anteriormente previsto nesse mesmo artigo – i.e. na redação conferida pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, na qual se previa no respetivo n.º 1 que «o cônjuge declarado único ou principal culpado» e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea c) do artigo 1781.º «devem reparar os danos não patrimoniais causados

³⁸ V., *supra*, nota 26.

³⁹ Aliás, a consequência normativa da ilação (que contestamos) é a de que a reforma obrigaria à consagração de uma responsabilidade *objetiva* (sem culpa) nos casos ainda tuteláveis nos termos do artigo 1792.º CC.

ao outro cônjuge pela dissolução do casamento». A adaptação devida ao preceito, enquadrada no âmbito da reforma de 2008, é, portanto, a remoção do requisito da *qualidade* do lesante, vinculado à obrigação de indemnização, a qual deixou de ser restrita ao cônjuge considerado *culpado* (único ou principal) *no divórcio*, e abrange, hoje, qualquer um dos cônjuges. Elemento que (insiste-se) não se confunde com a posterior necessidade de apuramento de culpa (por dolo ou negligência) na violação dos deveres conjugais. Seria, em todo o caso, estranho ser este o *único* preceito que não beneficiara dos termos de adaptação no âmbito da reforma. Assim, e em suma, a reforma de 2008 assume-se o momento determinante em que se pôs termo à antiga (alegada) *fragilidade da garantia* dos deveres conjugais.

Em quarto lugar, no que respeita ao momento em que os danos se produzem, rejeitar que a *dissolução do matrimónio* (e apenas este facto) possa, em si, causar danos, invocando tratar-se de um *direito* ou de uma *faculdade* de qualquer um dos cônjuges não convence, por dois motivos: por um lado, essa possibilidade encontra-se, hoje, expressamente prevista mediante a tutela dos danos não patrimoniais pela dissolução do casamento requerido com *fundamento na alteração das faculdades mentais* do outro cônjuge (1781.º, b) *ex vi* 1792.º/2 CC), bem como, ainda que *indiretamente*, numa fase preliminar, com o rompimento da promessa de casamento (1594.º CC); por outro lado, a admissão da licitude do comportamento – pela cláusula de ordem geral do exercício regular de um direito (*qui iure suo utitur nemini factir injuriam; feci sed iure feci*⁴⁰) – não afasta necessariamente a responsabilidade civil do agente (1792.º/2 CC): resta, no geral, a responsabilidade por factos lícitos, dita pelo *sacrifício*⁴¹, ou, indiretamente, a responsabilidade pelo risco ou pela *confiança*, para quem a autonomize. Note-se, ainda, que a rejeição da existência de danos provocados *pela dissolução do matrimónio* desenquadra sistematicamente a previsão do artigo 1792.º CC, localizado em sede dos *efeitos* (subsecção IV) do

⁴⁰ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, I, 552.

⁴¹ Neste sentido, RITA LOBO XAVIER, *Direito ao divórcio*, p. 507. Em sentido oposto, ao abrigo da redação anterior do artigo 1792.º CC, v. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Núcleo*, p. 693.

Aliás, são vários os exemplos que permitem apontar uma obrigação de indemnização pela simples desvinculação contratual. Um exemplo próximo – cujo enquadramento dogmático pode ser importado, *mutatis mutandis* – é o da revogação do contrato de mandato (1172.º CC), cuja qualificação da responsabilidade emergente é bastante controvertida. Por todos, Januário da Costa Gomes distingue as áreas de interferência (1) na relação gestória, a qual impõe a *licitude* desta revogação, e (2) o pacto de irrevogabilidade ou a expectativa criada pela renúncia ao direito de revogação, as quais constituem um afloramento da responsabilidade por factos *ilícitos* (1172.º, b), em *Contrato de mandato*, AAFDL: Lisboa (1990), p. 98, e *Em tema de revogação do mandato civil*, Almedina: Coimbra (1989), pp. 208-209.

divórcio (secção I), no capítulo (XII) referente a este e à separação judicial de pessoas e bens do Livro IV, de Direito da Família do nosso Código.

Por fim, negar a responsabilidade civil emergente do incumprimento dos deveres conjugais por apelo à *fragilidade da garantia* dos mesmos, é, sem prejuízo do demais, uma petição de princípio (*petitio principii*): nega-se, em concreto, que o artigo 1792.º CC configure base normativa para formar um título de imputação de danos por não existir essa tutela ou apelando à inexistência de uma «uma sanção organizada para o não cumprimento dos deveres respetivos»⁴². Note-se, ainda, que o sentido e alcance literal do n.º 1 do artigo 1792.º CC, numa interpretação distanciada do contexto das sucessivas alterações de que foi alvo, designadamente das reformas de 1977 (cfr. a inclusão do dever de respeito no artigo 1617.º CC) e de 2008, não restringe o desvalor objetivo da conduta do cônjuge àquela violadora de direitos absolutos e, como tal, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Mais: o escopo reformista nacional (desde a década de 70) e internacional, em sede de política legislativa, tem-se pautado pelo reforço da tutela conjugal, em particular pela dignificação do papel dos cônjuges no matrimónio e pelo combate à violência doméstica. Não cumpre, também por este motivo, de *summa* importância, afastar ou atenuar o mecanismo de tutela civil previsto.

Não surpreende, portanto, que o sector maioritário da nossa doutrina admita, hoje, a tutela indemnizatória pela violação dos deveres conjugais. É também o entendimento partilhado por outros ordenamentos, nossos congéneres⁴³. Cabe, todavia, distinguir em novo grau os defensores que (*i*) apresentam reservas ou condicionantes à obrigação de indemnização (*tese intermédia*), em virtude das lesões em causa (restrita a deveres pessoais ou patrimoniais) ou dos danos (com a dissolução ou na constância do matrimónio, bem como apenas os patrimoniais ou morais), daqueloutros que (*ii*) aplicam sem reservas o instituto (*tese ilimitada*).

⁴² PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, p. 183. Por outro lado, para vários Autores o que caracteriza os deveres familiares é precisamente o inverso, designadamente o fortalecimento da posição jurídica dos cônjuges, mediante previsões que a reforçam (v.g., 1594.º, 247.º CP). Da mesma perspectiva, embora sede das responsabilidades parentais, v. o apelo de JORGE DUARTE PINHEIRO ao disposto dos artigos 1887.º/2 CC, 41.º/1 e 49.º a 51.º RGPTC o qual caracteriza a garantia destes deveres como «forte», em *O Direito da Família contemporâneo*, p. 75.

⁴³ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Núcleo*, pp. 663-666. Sobre e evolução da doutrina e jurisprudência italiana e espanhola para o escopo da admissibilidade, v. ARÁNZAZU ALQUÉZAR, *Infedeltà coniugale e responsabilità civile in Italia e in Spagna*, Comparazione e Diritto Civile, G. Giappichelli Editore: Turim (2011).

Como defensores de uma responsabilidade *limitada*, contam-se Autores como Antunes Varela⁴⁴, Menezes Leitão⁴⁵ (restrita à violação de deveres *patrimoniais*) e Dário Moura Vicente⁴⁶ (restrita à tutela dos danos produzidos com a dissolução do matrimónio e não na sua constância).

No segundo plano, enquanto defensores de uma responsabilidade civil *sem reservas* do cônjuge, embora com divergências quanto à qualificação, apresentam-se Autores como Capelo de Sousa⁴⁷, Almeida Costa⁴⁸, Heinrich Hörster⁴⁹, Ribeiro de Faria⁵⁰, Jorge Duarte Pinheiro⁵¹, Cristina Araújo dias⁵², Mafalda Miranda Barbosa⁵³, Rita Lobo Xavier⁵⁴, Ângela Cerdeira⁵⁵ e Paula Távora Vítor⁵⁶. É este, aliás, o entendimento que merece apoio das instâncias⁵⁷: veja-se, neste sentido, o ac. do STJ

⁴⁴ *Das Obrigações*, I, p. 535.

⁴⁵ *Direito das Obrigações*, I, p. 302.

⁴⁶ *Direito comparado*, II, p. 420.

⁴⁷ *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora: Coimbra (1993), p. 496.

⁴⁸ Assim entendemos a posição do ilustre Professor, em *Direito Das Obrigações*, pp. 125-126 (*maxime* a nota 1 da p. 126).

⁴⁹ *A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, pp. 113-124 e, ainda, em *A responsabilidade civil entre os cônjuges*, E foram felizes para sempre: uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio (Coord. Maria Clara Sottomayor, Maria Teresa Fêria de Almeida), Wolters Kluwer Portugal: Coimbra (2010), pp. 91-112 (pp. 108 e 110).

⁵⁰ *Direito das obrigações*, Vol. I, 2.^a ed., Almedina: Coimbra (2020), pp. 409-411.

⁵¹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, pp. 465-98 (*maxime* notas 804 e 808) e em *O Núcleo*, p. 679 e ss.

⁵² *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, pp. 23 e 24.

⁵³ *Lições de responsabilidade civil*, Principia: Cascais (2017), pp. 147-52. V., ainda, a ilustre Professora em *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*, RJLB, Ano 4, (2018), n.º 01, CIDP, pp. 913-967 e *Família e Responsabilidade Civil: uma relação possível? Brevíssimo Apontamento*, Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 10, n.º 20, Julho-Dezembro de 2013, p. 62 e ss.

⁵⁴ *Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Ewald Hörster, Almedina: Coimbra (2012), pp. 499-514 (p. 500).

⁵⁵ *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si, passim* e em *Reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio*, pp. 605-611.

⁵⁶ Em anotação ao artigo 1792.º, em *Código Civil anotado*, Livro IV, p. 570.

⁵⁷ Em linha, note-se o ac. STJ de 12-Mai-2016, Proc. 2325/12.3TVLSB.L1.S1, e o ac. TRC de 14-Mai-2013, Proc. 268/07.1TBRSRT (ambos disponíveis em www.dgsi.pt), analisados por MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito da Família*, pp. 293-95. V., ainda, os acs. STJ de 17-Set-2013, Proc. 5036/11.3TBVNG.P1.S1, e TRE de 26-Jan-2017, Proc. 18/16.1TBRSRPE1 (ambos disponíveis em www.dgsi.pt).

de 12-Mai-2016⁵⁸, no qual se decidiu, com uma fundamentação de salutar: «[c]om efeito, salvo o devido respeito, não se depreende do regime legal elementos decisivos para a tradicional tese da *fragilidade da garantia* dos deveres conjugais» e, ainda, «[n]ão se suscitará, pois, grande dúvida de que, pelo menos nos casos de concomitância da violação dos deveres conjugais e da tutela da personalidade, o mesmo é dizer, da violação dos direitos de personalidade ainda que através da violação dos direitos conjugais, assista ao cônjuge lesado o direito a ser indemnizado pelo danos daí decorrentes nos termos gerais da responsabilidade civil.».

Em suma, pese embora a forma específica de tutela para determinados deveres conjugais, o respetivo incumprimento, independentemente da sua natureza predominante *pessoal* (nos deveres de respeito, fidelidade e coabitação) ou *patrimonial* (por sua vez, nos deveres de cooperação e assistência) é passível, verificados os demais pressupostos do título de imputação – nos quais se inclui a *culpa* – de gerar a responsabilidade civil do cônjuge inadimplente, sem especialidade. Seguimos nesta sede, de perto a lição de Jorge Duarte Pinheiro, defensor de que «o casamento não cria uma área de *excepção*»⁵⁹ no âmbito da responsabilidade civil.

Assumimos, contudo, reservas na remissão geral para o regime geral da formação do título de imputação, a qual indicámos como segunda inovação da reforma: a violação dos deveres conjugais e respetivos direitos, de tipo *relativo*, é apreciada nos

⁵⁸ Proc. 2325/12.3TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt; atente-se, ainda, à evolução jurisprudencial aí citada. V, neste sentido, o ac. STJ de 13-Mar-1985, BMJ, n.º 345, pp. 414-424, no qual se defendia: «[o] artigo 1792.º do Código Civil compreende os danos não patrimoniais causados pelo próprio divórcio, devendo o respectivo pedido de indemnização ser obrigatoriamente formulado na acção de divórcio; Os danos ocasionados directamente pelos factos em que se fundamenta o divórcio, sejam de natureza patrimonial ou não, podem dar lugar à obrigação de indemnizar, nos termos do artigo 483.º do Código Civil, devendo a indemnização ser solicitada em processo comum de declaração; Se, em acção de divórcio, forem provados exclusivamente danos resultantes de factos em que se funda o divórcio, o tribunal não pode conceder indemnização ao cônjuge lesado, ainda que invoque o disposto no artigo 483.º em vez do artigo 1792.º»; bem como o ac. STJ de 26-Jun-1991, BMJ n.º 408, p. 538 e ss, de 15-Jun-1993, CJ, STJ, Ano I (1993), II, 154, de 08-Fev-2001, Proc. 00A4061, de 27-Mai-2003, Proc. 03B664, e de 07-Out-2004, Proc. 04B2767 (todos disponíveis em www.dgsi.pt). V., ainda, no sentido da admissibilidade da tutela dos danos *derivados* da dissolução do casamento, como do incumprimento dos deveres que lhe serviu de fundamento, o ac. do TRE de 04-Out-2007, Proc. 2873/06-2 e do TRL de 18-Abr-1996, Proc. 0009742 (ambos disponíveis em www.dgsi.pt).

⁵⁹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, p. 465 e em *O Núcleo*, pp. 672-677. No mesmo sentido, Muscheler afirma que «O casamento não remove a protecção delitual» (*Ehe beseitigt nicht Deliktsschutz*; em *Familienrecht*, 4.ª ed., Vahlen: Munique, 2017, § 19, p. 163).

casos de maior gravidade apenas no momento *da dissolução do casamento* por divórcio⁶⁰. Para tal contribui o enquadramento sistemático do preceito em sede dos *efeitos* do divórcio, o qual não é inócuo. Este momento corresponde também aquele em que o incumprimento é apreciado enquanto *fundamento* de dissolução do vínculo (na qualidade de facto que demonstre a «rutura definitiva do casamento», 1781.º, d) CC), embora autónomo e eventual à formação do título de imputação de danos⁶¹. Note-se que se nega a apreciação da responsabilidade civil do cônjuge incumpridor dos *deveres conjugais* na pendência do matrimónio, não pela perturbação expectável da dinâmica conjugal pela *instauração* de uma ação deste tipo (com, aliás, o risco de improcedência⁶²), mas pelo risco sério da respetiva *procedência* nos quadros conceptuais hoje existentes. Apela-se ao risco da procedência, porquanto – faltando aqui uma regulação própria da apreciação do incumprimento pela remissão existente (1792.º/1 CC) – nos termos gerais, não é possível apurar-se tecnicamente um incumprimento *definitivo* daqueles deveres primários (v.g. dado o incumprimento reiterado ou por uma declaração antecipada de incumprimento, tal como no caso do cônjuge ser reiteradamente infiel ou quando declara, de forma séria, inequívoca, absoluta e perentória, não respeitar o outro, respectivamente), uma vez que este dever constitui um *efeito essencial* do estado de casado. O casamento, sublinha-se, não sobrevive sem a manutenção dos direitos e deveres conjugais primários. Ora, não é concebível uma extinção superveniente do dever, na pendência do matrimónio, a qual comprometeria geneticamente a *plena comunhão de vida* (fonte dos deveres). Pois bem, negando-se, como suspeitamos, a possibilidade de apreciação de um incumprimento daquele tipo (definitivo) não se deve permitir a apreciação da falta de cumprimento temporário (o qual, como é sabido, não extingue o dever de prestar), por *necessidade* ou *compatibilidade mínima*. Aliás, como é sabido, nem sequer é possível recorrer a meios coercitivos do *cumprimento* destes deveres de prestar. Nega-se, assim, a possibilidade de apreciação da violação daqueles deveres relativos na pendência do casamento, dada injuntividade destes efeitos que caracterizam o vínculo.

Note-se, ainda, que o cônjuge pode, naturalmente, não requerer esta tutela indemnizatória em caso de violação dos deveres após a cessação do matrimónio.

⁶⁰ Neste sentido, v. GUSTAV BOEHMER, *Zur Ebstörungsklage: ein Rechtsgutachten*, AcP, 155, (1956), pp. 181-208, o qual afirma que após a dissolução do matrimónio já não existem restrições a esta tutela por ofensa à *paz conjugal (ehelichen Friedens; idem, 191)*. Contra, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Núcleo*, p. 708 e ss.

⁶¹ V., também assim, à luz do código civil de 1867, a emblemática obra de Manuel Andrade dedicada ao tema *Algumas questões em matéria de “injúrias graves” como fundamento de divórcio*; Coimbra (1956).

⁶² Hipótese gizada já em 1965 por Pereira Coelho (*Curso de Direito da Família*, p. 21).

Todavia, esta *liberdade de exercício* não se confunde com a restrição à apreciação do incumprimento destes deveres na pendência do matrimónio, e sem dependência da acção de divórcio, cuja gravidade compromete a necessária plena comunhão de vida.

A presente restrição quanto ao momento de apreciação da responsabilidade emergente (com a dissolução do casamento) é, todavia, temperada (*i*) pela salvaguarda da não prescrição desta responsabilidade obrigacional até ao momento da dissolução do casamento (1789.º/1 CC), como vimos, ainda que esteja decorrido o prazo ordinário desde o momento da verificação do evento determinante de responsabilidade (como decorre dos termos gerais, 318.º, a) CC)⁶³ e (*ii*) pela possibilidade de se responsabilizar o outro cônjuge enquanto *terceiro*, ou seja, pela via delitual, *a todo o tempo*. Sublinha-se este último aspeto. Nesta última hipótese, estaremos *em regra* perante um concurso heterogéneo de responsabilidade, i.e., o evento consubstancia em simultâneo uma violação dos deveres conjugais e a prática de um delito, não sendo *absorvido* pelos termos contratuais. A autonomia dos títulos de imputação de danos obriga a esta conclusão. Neste último caso, no apuramento da responsabilidade do lesante o *estado de casado* revela-se meramente acidental ao delito praticado, não se podendo prejudicar o cônjuge lesado com a negação da tutela aquiliana (483.º/1 CC), derivado exclusivamente daquele estado civil. Em suma, a prática de um *delito* não afasta, nesta segunda vertente (a par da responsabilidade obrigacional, pelo incumprimento dos deveres conjugais) a aplicação das *regras gerais da responsabilidade civil* (1792.º/1 CC)⁶⁴.

A doutrina diverge, para além da simples admissibilidade da responsabilidade civil entre cônjuges, como vimos, entre as próprias vozes concordantes com esta possibilidade, em novo grau: abre-se a discussão quanto à *qualificação* da responsabilidade emergente, se *extraobligacional* ou *obligacional*. Como defensores da natureza *delitual* da responsabilidade emergente afirma-se Almeida Costa⁶⁵, Heinrich Hörster⁶⁶, Cristina Araújo dias⁶⁷ e Mafalda Miranda Barbosa⁶⁸; por oposição, defendendo a

⁶³ Numa solução aproximada ao disposto no artigo 337.º/1 do Código do Trabalho.

⁶⁴ Neste sentido, v. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, p. 395 (nota 830) e em *O Núcleo*, p. 679 e ss.

⁶⁵ Assim entendemos a posição do ilustre Professor, *Direito das Obrigações*, pp. 125-126 (*maxime* nota 1 da p. 126).

⁶⁶ *A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, pp. 113-124.

⁶⁷ *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, pp. 23 e 24.

⁶⁸ Enquadrando de forma irrepreensível as consequências normativas do não reconhecimento de um *direito conjugal* perante a violação dos deveres conjugais. Apela, ao invés, a um “*interesse da*

natureza obrigacional da responsabilidade emergente, veja-se Jorge Duarte Pinheiro – embora o ilustre Professor afaste a aplicação da presunção de culpa prevista no artigo 799.º/1 CC⁶⁹ –, Cristina Dias⁷⁰, Ângela Cerdeira⁷¹ e Rute Pedro Teixeira⁷². Aderimos a este último entendimento⁷³.

A responsabilidade emergente da violação dos deveres conjugais qualifica-se como *obrigacional*, derivada do incumprimento das obrigações primárias do contrato de casamento, a qual é apreciada nos termos respetiva norma-padrão de responsabilidade (798.º CC). A remissão para os «termos gerais da responsabilidade civil» (1792.º/1 CC) não se dirige à de tipo delitual (483.º CC), antes para as regras gerais que regulam o incumprimento do contrato ou, em sentido amplo, da obrigação pelo devedor (798.º CC); passo lógico que tem sido ignorado pela nossa jurisprudência⁷⁴. O casamento, enquanto estado, distancia-se da pura e simples relação de namoro ou da união de facto, as quais não são fonte de deveres deste tipo, i.e., de deveres de natureza pessoal e patrimonial bivinculantes e, nesta medida, cuja tutela se restringe à de tipo delitual. O casamento constitui obrigações em sentido técnico (1617.º CC) – os

integridade da sociedade conjugal», estendendo a previsão do artigo 483.º CC, em sede de ilicitude, e permitindo responsabilizar o cônjuge pela respetiva violação; em *Lições*, pp. 147-52 e *Reflexões a propósito do casamento*, p. 956 e ss. Veio aderir a este entendimento KARENINA TITO, *Responsabilidade civil extracontratual por violação dos deveres conjugais: à descoberta da ilicitude*, em Novos Desafios da Responsabilidade civil – Atas das II Jornadas Luso-brasileiras de responsabilidade civil (Coord. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, NELSON ROSENVALD, FRANCISCO MUNIZ), IJFDC (2019), pp. 201-218. Em todo o caso, a doutrina e a jurisprudência alemãs, colocam sérias reservas ao enquadramento do direito conjugal como de natureza absoluta, em particular perante a lesão por terceiro; cfr. anot. de HAHN ao § 1353 BGB, em *BeckOK BGB* (56.ª ed., de 1-Nov-2020) n.ºs 39-43 e GUSTAV BOEHMER, *Zur Ehestörungenklage*, p. 186.

⁶⁹ Em *O Núcleo*, p. 677 e ss. (*maxime* pp. 695 e 698-699). Embora o ilustre Professor remeta no seu manual para a responsabilidade civil ao «abrigo das regras gerais (cf. art. 483.º e ss.)» (*Direito da Família contemporâneo*, p. 465), invoca posteriormente a não aplicação do princípio da presunção de culpa (799.º CC, *ob. cit.*, p. 467, nota 808). Ora, esta última ressalva apenas se compreende enquanto a responsabilidade em causa seja, por regra, *obrigacional*, em linha com o entendimento expresso do Autor na primeira obra citada. Também concluindo pelo afastamento da presunção de culpa emergente da violação de deveres conjugais, v. a anotação de Pires de Lima/Antunes Varela ao art. 799.º CC (*Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, reimp., p. 55).

⁷⁰ *Responsabilidade civil e direitos familiares conjugais*, p. 354 (nota 12).

⁷¹ Com prevalência sobre a qualificação delitual em sede de concurso, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, p. 114.

⁷² Em *A responsabilidade civil como (derradeira) manifestação de juridicidade dos deveres conjugais?*, CDP, n.º 61 (jan-mar 2018), pp. 33-62.

⁷³ Sobre as qualificações de responsabilidade no Direito comparado v. a súmula de JORGE DUARTE PINHEIRO, em *O Núcleo*, pp. 695-697 (nota 1685).

⁷⁴ V., por todos, o ac. do STJ de 12-Mai-2016, Proc. 2325/12.3TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

nossos já conhecidos *deveres conjugais* – embora com desvios perante o regime-geral. Assim, ao abrigo da responsabilidade *contratual (rectius, obrigacional)* tutelam-se as várias formas do inadimplemento destes deveres, nomeadamente o incumprimento temporário, defeituoso ou definitivo, bem como a impossibilidade provocada, equiparável a esta última modalidade, independentemente da natureza, patrimonial ou pessoal, do dever em causa ou do dano gerado – negando-se concomitantemente as teses intermédias, de admissibilidade limitada (no plano da natureza dos deveres ou dos danos a considerar) neste contexto. Sem prejuízo, a especificidade do vínculo parece obstar à tutela do interesse contratual *positivo*, dada a dificuldade de se sindicarem o cumprimento devido (ou seja, o estado perfeito conjugal); ao invés, esta parece esgotar-se no *interesse negativo*, ou seja, na indemnização dos prejuízos pelos quais uma das partes incorreu considerando *indevidamente* o estado de casado (p.ex., venda de bens, desemprego voluntário)⁷⁵ e, por sinal, circunscrita causalmente a apenas alguns prejuízos (p.ex., é discutível se são indemnizáveis os custos com o divórcio do cônjuge fiel, com a sua doença mental e sofrimento gerado, com o reconhecimento da paternidade ou com os alimentos de um filho que se revela ser de terceiro, etc.⁷⁶).

O concurso heterónimo de responsabilidade civil (obrigacional e delitual) tem plena aplicação em caso do incumprimento de um dever conjugal que constancie, em simultâneo, a prática de um delito. Em todo o caso, cumpre ainda ressaltar que o incumprimento do dever familiar não ofusca a aptidão do evento que lhe serve de base para apurar a responsabilidade *criminal* concomitante do agente, tal como sucede perante as agressões entre cônjuges⁷⁷.

⁷⁵ Esta é a posição dominante na Alemanha, cf., JOACHIM GERNHUBER/DAGMAR COESTER-WALJEN, *Familienrecht*, 7.^a ed., C.H.Beck: Munique (2020), § 8, p. 65. A tutela varia entre o disposto nos §§ 823 I, II e 826 BGB. No primeiro caso, é pacífica a tutela delitual do espaço físico dos cônjuges (*räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe*; já davam nota deste conceito, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, BT, 2, C.H.Beck: Munique (1984), § 76, III, p. 399), devendo, p.ex., o cônjuge adúltero que recusa a entrada do seu parceiro em casa que indemnizar o seu parceiro pelas despesas acrescidas que este tenha com a utilização de um quarto de Hotel (o exemplo é de MUSCHELER, *Familienrecht*, § 19, p. 164). Por sua vez, e noutro exemplo, é possível o recurso à cláusula dos bons costumes (§ 826 BGB) para se tutelar as despesas em que o marido incorre com uma criança, filha da sua mulher, cuja paternidade real lhe é dolosamente ocultada (cf., NINA DETHLOFF, *Familienrecht*, 32.^a ed., C.H.Beck: Munique (2018), § 4, p. 62).

⁷⁶ Cf., com estes e outros exemplos, v. s anotação de ROTH ao § 1353 BGB, em MüKoBGB, Vol. IX (8.^a ed. 2019), n.ºs 48-49.

⁷⁷ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições*, p. 142. No mesmo sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, p. 394.

c) A responsabilidade do terceiro por violação dos deveres conjugais

I. Problema distinto do anterior, dedicado ao apuramento da existência da responsabilidade *entre* os cônjuges, reconduz-se à determinação da responsabilidade do terceiro que *interfere* com o dever, lesando o crédito conjugal.

Será o *cúmplice* do cônjuge adúltero (vulgo o *amante*) responsável civilmente perante o outro cônjuge, lesado, em virtude do incumprimento do dever de fidelidade?

Esta lesão deve ser equacionada pelo prisma da *eficácia externa* dos deveres conjugais. Mas, antes, cumpre elucidar o ponto, com base no exemplo paradigmático que resulta do n.º 4 do artigo 496.º CC⁷⁸ no alcance que a nossa jurisprudência lhe concede, ou seja, mediante uma interpretação *contra legem* dos danos sofridos por terceiros, os quais deixam de se restringir aos danos não patrimoniais sofridos em consequência *da morte* da vítima (496.º/4 CC, segunda parte).

É, nesta sede, emblemático o ac. do STJ⁷⁹, mediante o qual se que fixou jurisprudência em 2014, com o seguinte teor: “Os artigos 483.º, n.º 1 e 496.º, n.º 1 do Código Civil devem ser interpretados no sentido de abrangerem os danos não patrimoniais, particularmente graves, sofridos por cônjuge de vítima *sobrevivente*, atingida de modo particularmente grave”. [itálico nosso]

Ora, em resposta àquela questão, poder-se-ia equacionar várias vias de tutela do cônjuge lesado perante aquele terceiro.

Em primeiro lugar cogita-se o apelo a uma tutela *reflexa* ou *indireta* dos danos (não patrimoniais) sofridos pelo cônjuge lesado, reportados a uma esfera jurídica distinta daquela onde se produziu a lesão ou o perigo de lesão. Existiria, assim, uma *extensão* do leque dos danos a reportar ao evento lesivo, ou, melhor, das esferas jurídicas tuteladas com a ilicitude considerada, não coincidentes com a do titular

⁷⁸ V. Francisco Pereira Coelho e Guilherme Oliveira, que entendem trata-se de uma oponibilidade *erga omnes* excecional dos direitos familiares (*Curso*, p. 184).

⁷⁹ Ac. n.º 06/2014, publicado no *Diário da República*, Série I, n.º 98, de 22 de maio. O douto Tribunal acompanhou a linha de entendimento em vários acs. citados, entre os quais destacamos o de 08-Set-2009, Proc. 2733/06.9TBBCL.S1, de 26-Mai-2009, Proc. 3413/03.2TBVCT.S1, e o de 28-Fev-2013, Proc. 60/2001.E1.S1 (todos disponível em www.dgsi.pt). A evolução germânica radica, hoje (contrariando o entendimento tradicional, ressalva-se), na admissibilidade da responsabilidade de terceiro em caso de infidelidade, cfr. a anotação de ROTH ao § 1353 BGB em *MüKoBGB*, Vol. IX (8ª edição 2019), n.ºs 48, 49; é também desta opinião, GUSTAV BOEHMER, *Zur Ehe störungsklag*, pp. 181-208.

do direito violado ou do interesse protegido pela disposição legal infringida (ou em perigo de lesão). Por outras palavras, tomando como exemplo o acidente de viação que cause lesões graves à vítima, admitir-se-ia que a pretensão indemnizatória imputasse os danos sofridos pelo *cônjuge do lesado* sem se reconhecer qualquer lesão à sua integridade física, ou do interesse subjacente à disposição legal infringida, embora tenha sofridos danos (não patrimoniais) pelo sofrimento que o acidente lhe causou, desde que, sublinha-se, haja uma lesão reportada *ao seu cônjuge* (i.e. o comportamento seja ilícito), ainda que não de morte. Nesta medida, determinar-se-ia, via nexos de causalidade, o grau de reflexão dos danos (não patrimoniais, desde que particularmente graves) a considerar por determinada conduta, sem dependência do filtro dos interesses tutelado pelo seu desvalor objetivo, vulgo ilicitude: *in casu*, os sofridos pelo *cônjuge* da vítima⁸⁰. Deve-se notar que este enquadramento não reconhece oponibilidade *erga omnes* aos deveres conjugais, porquanto não depende da demonstração de ilicitude (ou incumprimento do dever) reportada a um interesse do cônjuge da vítima, a quem seria reflexamente tutelado um dano. Por fim, e principalmente, o entendimento não vence a necessidade de reconhecimento da ilicitude reportada à lesão do direito subjetivo *conjugal*, sofrido a *título próprio* pelo cônjuge lesado, motivo pelo qual, desde logo, deve ser abandonado.

Em segundo lugar, pode-se alternativamente configurar a conduta do lesante como geradora de como um dano na esfera do cônjuge da vítima por *lesão própria*: ou seja, o evento determinante de responsabilidade seria, num primeiro plano, causa *direta* dos danos processados na vítima, e, num segundo, causa também *direta* dos danos *subsequentemente* provocados no cônjuge da mesma. Por outras palavras, ao invés de uma *bifurcação* dos danos tutelados pela mesma causa jurídica, uma direta e outros indiretamente, haveria, ao invés, dois desvalores objetivos da conduta (ou dois ilícitos), sendo este último referente ao círculo de interesses que tutelam diretamente o cônjuge do lesado. Esta tutela *direta* do cônjuge do lesado ocorreria por salvaguarda do *interesse* subjacente mediante três submodalidades, *alternativas*, nomeadamente:

- a) pela identificação de um *direito absoluto* violado, por exemplo, o direito geral de personalidade⁸¹, ou outro, tendo por objeto a manutenção da *relação jurídica*

⁸⁰ Critério, aliás, extremamente variável: tome-se o exemplo do artigo 10:301, dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil (PETL) para o qual a violação do interesse pode abranger as «pessoas que tenham uma *relação de grande proximidade* com o lesado».

⁸¹ Assim, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, p. 316.

familiar, bem como, por outro lado, segundo Carneiro da Frada, as «aptidões familiares e afectivas»⁸² de natureza *existencial*;

- b) de uma norma destinada a proteger este interesse, se alheio; ou
- c) pelo reconhecimento de um *direito relativo oponível* a este terceiro, tutelando-se o incumprimento que provoque a impossibilidade culposa⁸³ ou (para outros) a lesão da *qualidade de titular desse direito de crédito*, de vertente absoluta.

Esta última possibilidade (englobante de todas as alíneas, *supra*, por referente ao dano derivado de *lesão própria*) afigura-se como a única passível de enquadrar uma pretensa quebra da *relatividade* dos deveres familiares. O que não surpreende.

O primeiro entendimento (reportado à tutela de danos reflexos, por ricochete) esbarra na assimetria das esferas onde se produz a lesão ou perigo de lesão e, por outro lado, o dano. O dano reflexo não é mais do que um parasitismo da causa jurídica de um outro dano, dito *principal*, i.e., a responsabilidade por este dano (morte) fundamentaria a responsabilidade por outros danos (não patrimoniais) sofridos por outrem destes derivados, independente do desvalor objetivo ou subjetivo da conduta perante este. Por outras palavras, prescinde-se de uma mínima correspondência entre a esfera jurídica protegida pelo desvalor objetivo da conduta – i.e. onde recaia o interesse protegido pela norma (a da vítima) – e aquela onde o dano se produza em consequência da respetiva lesão ou perigo de lesão (a do cônjuge da vítima). Reconhece-se, pese embora as nossas maiores reservas, que este é o entendimento que melhor corresponde àquele cuja jurisprudência fixou em 2014, uma vez que para na consagração da tutela daqueles danos não patrimoniais não houve necessidade em apelar a uma violação de direito absoluto ou relativo do *cônjuge da vítima*, tomando-se antes em conta *apenas* dois vetores, nomeadamente o da *gravidade (i)* das *lesões* na vítima e *(ii)* do *sofrimento* do cônjuge da vítima⁸⁴.

⁸² CARNEIRO DA FRADA, *Nos 40 anos do código civil português. Tutela da personalidade e dano existencial*, em Themis, Edição especial, Código civil português, evolução e perspetivas atuais, Almedina: Coimbra (2008), p. 52.

⁸³ É este o entendimento em JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, p. 468, o qual qualifica o dano sofrido pelo cônjuge da vítima, reportando-se ao acórdão mencionado, como «um dano directo» (*ibidem*).

⁸⁴ Leia-se, na fundamentação do douto acórdão mencionado «[T]emos de ter sempre presente que estamos a abrir uma brecha na dogmática geral de que é a vítima, se sobreviver, a pessoa a indemnizar. Não podemos interpretar o preceito acabado de referir como se dissesse “Na fixação das indemnizações...”. Por isso, entendemos dever reservar a extensão compensatória apenas para os casos de particular gravidade. Decerto que, com esta posição, fica uma linha delimitadora algo incerta. Nalguns casos a subsunção é evidente, mas noutros será sempre exigido esforço jurisprudencial. Contudo, cremos não poder, nem dever ir mais além na tentativa, que seria vã, de procurar nitidez. O que cremos

Por sua vez, o último entendimento mencionado (o da existência de *dano próprio*), embora meritório no respeito dos pressupostos gerais da responsabilidade para a formação do título de imputação, em especial no que respeita ao desvalor objetivo da conduta, aufere-se com fraca solidez no que respeita às duas primeiras alternativas (alíneas *a*) e *b*), *supra*), i.e., de consagração de uma nova categorial *delitual* pela criação de um novo direito *absoluto* ou no apuramento de uma vertente de um outro direito ou norma de protecção para este efeito, *familiar*, designadamente o *direito geral de personalidade*⁸⁵). Na verdade, considerar a existência de um direito absoluto nesta vertente é de rigor duvidoso, quando lhe é, em simultâneo, negada qualquer tutela em sede de *exercício*. Suscita-nos, assim, as maiores reservas considerar uma quebra da (alegada) natureza programática dessas disposições meramente utilitária para este único efeito⁸⁶. Isto, porquanto, um direito absoluto à *família*, com pelo menos a protecção da sua existência, tutelaria as respetivas lesões ou perigos de lesão (fundando a criação de títulos de imputação), mas não as formas de exercício ativo da respetiva posição jurídica. Estar-se-ia a evitar o apelo ao princípio *neminem laedere*, pelo reconhecimento (forçado) de uma posição jurídica, mediante uma hiperextensão da personalidade juscivilística nas várias dimensões, começando por esta, familiar, mas em termos coartados, ou seja, apenas para efeitos de tutela do respetivo incumprimento. O que não convence.

Ora, o enquadramento devido reporta-se, ao invés, ao prisma da *relatividade dos deveres familiares*, com a consagração limitada da sua eficácia externa perante terceiros. Aqui brota nova proximidade com o regime geral das obrigações, ditas *não autónomas*.

Exploremos, então, este ponto.

Cumpre, no entanto, fazer apenas três reparos, necessariamente prévios a maiores aprofundamentos.

dever ser precisada é a exigência de particular gravidade em duas vertentes: uma, quanto aos ferimentos da vítima sobrevivente e outra quanto ao sofrimento do cônjuge. Geralmente uma determina a outra mas pode assim não ser e a argumentação no sentido da interpretação atualista só se concebe, verificadas as duas.».

⁸⁵ No que respeita à norma destinada a proteger interesses alheios, a protecção resultaria quer da inclusão deste prisma familiar quer nos interesses protegidos (fim de protecção), quer do âmbito material de protecção (âmbito de protecção) desde que, em concreto, o modo de ocorrência corresponda ao risco que a lei visa prevenir; v. JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina: Coimbra (1989), p. 286. Pressupostos esses que não se encontram verificados.

⁸⁶ Neste sentido, Maria dos Prazeres Beleza apela, em voto de vencido ao ac. de uniformização de jurisprudência mencionado, estar em causa a violação *do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade*.

Em primeiro lugar, assumimos a eficácia externa destes deveres enquadrando a conduta de um terceiro como interferindo (total ou parcialmente) no conteúdo da prestação a que os cônjuges se encontram adstritos, embora a lesão do crédito também possa ocorrer de forma absoluta, reportada à *quebra da titularidade do dever*⁸⁷.

Em segundo lugar, cumpre precisar que o reconhecimento da violação do dever conjugal não é incompatível com a existência de danos *reflexos*⁸⁸.

Cumpre distinguir várias realidades, pelo prisma das lesões como pelo dos danos. Considere-se uma hipótese de agressões físicas a um cônjuge (A), as quais o deixam incapacitado de cumprir os seus deveres conjugais (perante B). Uma coisa é (i) o *dano real* sofrido pelo cônjuge lesado (A no exemplo; o qual fundará, por regra, a responsabilidade delitual do terceiro, quando não decorra do incumprimento de uma obrigação em sentido técnico), outra (ii) o dano *reflexo* sofrido por B pelas agressões a A (496.º/4 CC; p.ex. o *sofrimento* decorrente das lesões do cônjuge por B, para além da morte, tal como tem sido entendido pela nossa jurisprudência); distingue-se, por fim, (iii) o dano *próprio* em resultado da lesão do crédito conjugal (do crédito conjugal de B, frise-se; tal como aqueles derivados da impossibilidade do cumprimento do dever de coabitação pelo outro cônjuge, A)⁸⁹. Em particular, estes últimos dois danos distinguem-se pela dissonância entre a esfera jurídica onde se processa a *lesão* e o *dano*: a lesão processa-se no outro cônjuge (danos reflexos) ou não (danos próprios; é o caso referido da lesão do crédito conjugal). Todos estes danos (incluindo o dano real) podem ser cumulativamente tutelados. O plano da nossa reflexão centra-se, neste momento, na admissibilidade daquela terceira forma de *lesão*.

Em terceiro lugar, enquadrámos a tutela no âmbito *ressarcitório* dos prejuízos sofridos (ou de verificação certa) pelo cônjuge lesado, embora concorra com esta tutela *ex post* ao facto lesivo (i) uma tutela (ii) *ex ante*, preventiva, cautelar e antecipatória, perante terceiros⁹⁰ ou, ainda, uma (iii) *concomitante* ao evento

⁸⁷ Sobre a figura, na vertente de ofensa da titularidade do crédito (*Rechtzuständigkeit des Gläubigers*; frisa-se que a tradução não é linear), v. LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, I, AT, § 2, II, C.H.Beck: Munique, 1987, p. 18).

⁸⁸ Neste sentido, expressamente, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Núcleo*, p. 725.

⁸⁹ Em sentido contrário, numa divisão somente dualmente dicotómica dos danos sofridos, v. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, p. 468.

⁹⁰ Jorge Duarte Pinheiro defende, por exemplo, a legitimidade da tutela cautelar para a proibição de permanência do cúmplice do cônjuge adúltero na casa de morada de família, bem como a aplicabilidade de «uma sanção pecuniária compulsória ou da pena aplicável ao crime de desobediência», em *O Direito da Família contemporâneo*, pp. 468-469. O Autor recorre ao exemplo do médico que lese a capacidade sexual, por violação do dever de coabitação (*idem*, pp. 467-468). V., o ilustre

determinante de responsabilidade do terceiro, justificando, noutra prisma, a conduta danosa do cônjuge lesado, por apelo aos meios de autotutela (acção direta e legítima defesa *contra a honra* do cônjuge ofendido, 336.º e 337.º CC) ou à ausência de culpa, particularmente perante os prejuízos causados a terceiros. Centremo-nos naquela primeira forma de tutela, *posterior* à verificação do evento determinante de responsabilidade, genericamente destinada ao suprimento dos prejuízos gerados.

Ora, no que respeita à lesão do direito de crédito, importa afastar o apelo pretensamente absoluto à lesão da *titularidade* do crédito (*Rechtszuständigkeit*): este enquadramento tem total pertinência para efeito, por exemplo, da tutela dos danos não patrimoniais sofridos por terceiros em caso de *morte* da vítima, tratando-se de prestações infungíveis ou nos demais casos em que um dos cônjuges fique (por factos iníquos) impossibilitado de cumprir com os seus deveres (791.º CC). Mas não tem aptidão para resolver todos os casos neste contexto: resta saber a solução legal para os demais, porventura de verificação mais frequente.

Admitimos a lesão (própria) do *crédito* conjugal por ato de terceiro. A tutela desta lesão decorre também da dignificação da qualidade de *cônjuge*. Assim – e sublinha-se a importância da leitura adequada daquela decisão – para efeito do mencionado acórdão de 2014 o doutro tribunal não considerou apenas dois requisitos para a tutela do cônjuge do primariamente lesado, correspondentes à *gravidade* (i) dos danos provocados *na vítima* e (ii) dos danos (não patrimoniais) provocados *no cônjuge da vítima*. O terceiro (e último) requisito corresponde subliminarmente (note-se) à *qualidade* de (iii) o terceiro ser *cônjuge da vítima* para se considerar *lesado*. Sublinha-se: não se trata da qualidade de cônjuge como uma mera referência ao estado civil de casado. A qualidade de cônjuge releva nesta sede porquanto gera uma relação obrigacional complexa entre os sujeitos, onde proliferam direitos e deveres conjugais, os quais ficam (em concreto) irremediavelmente comprometidos com o evento lesivo em causa. Note-se que o segundo requisito, da gravidade dos danos (não patrimoniais) sofridos pelo cônjuge da vítima, deve ser encarado como um travão ao abuso que se podia gerar em duas hipóteses, nomeadamente (i) com a aceitação automática da existência de danos não patrimoniais pela mera qualidade de *cônjuge* deste terceiro – pense-se no caso de o cônjuge da vítima se encontrar separado de facto há vários anos e não ser materialmente afetado, de todo, com a situação – e, por outro lado, (ii) com a aceitação de uma tutela de danos não patrimoniais mais benéfica do que aquela existente para a própria vítima, cujos danos

Professor em *O Núcleo*, p. 586 e ss., e em *A tutela da exclusividade sexual entre os cônjuges na casa de morada da família*, em Estudos sobre o Direito da Família e das crianças, AAFDL: Lisboa (2015), p. 35 e ss.

se limitam aqueles que «pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito» (496.º/1 CC)⁹¹.

Por fim, a referência à qualidade de *cônjuge*, nega a tutela destes danos a outros terceiros, com uma proximidade equiparável (tal como, outros familiares próximos, quer sejam ascendentes, descendentes ou colaterais, ou com quem mantenha uma relação análoga à dos cônjuges, por exemplo, em razão de união de facto ou de namoro), pela *elevação prioritária* (anacrónica, dir-se-á) daquela relação jurídica familiar (casamento enquanto estado). A prioridade⁹² deriva da especialidade do laço estabelecido entre a vítima e o seu cônjuge, de plena comunhão de vida, o qual implica a assunção de deveres *conjugais*, de tipo pessoal e patrimonial. Não existem, nesta medida, razões ponderosas que limitem o entendimento expresso no acórdão uniformizador de jurisprudência de 2014 àquelas pessoas que estabeleçam vínculos obrigacionais equiparáveis, nomeadamente ao unido de facto. Este foi, aliás, o sentido da reforma de 2010 (Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto) ao artigo 496.º CC, mediante a qual se aditou no n.º 3 deste artigo o unido de facto ao elenco dos beneficiários do direito de indemnização por morte da vítima.

Suscita-nos, portanto, as maiores reservas o entendimento do douto Tribunal Constitucional vertido no seu acórdão n.º 624/2019⁹³, mediante o qual não julgou inconstitucional «a norma contida no artigo 496.º do Código Civil, interpretado no sentido de que o unido de facto que convivia com a vítima, em situação estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges, não tem direito a indemnização por danos não patrimoniais, em caso de lesão corporal grave do outro membro da união de facto.».

⁹¹ Neste sentido, o STJ havia decidido no ac. de 26-Mai-2009, Proc. 3413/03.2TBVCT.S1 (disponível em www.dgsi.pt) conceder uma indemnização ao cônjuge da vítima *sobrevivente* de um acidente de viação, pelo «estado de impotência sexual» do seu marido no montante considerável de €50.000,00.

⁹² A qual não deve ser exclusiva ao outro cônjuge: pense-se por exemplo na tutela dos menores dependentes, quando a lesão comprometa o exercício das responsabilidades parentais. O poder paternal é, além-Reno, protegido de ilegítimas interferências: qualifica-se como um “outro direito” para efeitos da aplicação do disposto no § 823, I BGB; dá, aliás, nota deste aspeto, entre nós, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina: Coimbra (2009), p. 481.

⁹³ Publicado no Diário da República n.º 231/2019, Série II, de 12 de fevereiro. Esta, aliás, tem sido a linha de orientação do Tribunal Constitucional na interpretação do alcance do artigo 496.º CC. Veja-se, que em sentido prévio à reforma de 2010, o Tribunal negava a inconstitucionalidade da interpretação da norma que excluía o membro sobrevivente da união de facto do elenco dos beneficiários da indemnização por morte (n.ºs 86/2007, 87/2007 e 210/2007). V, ainda, na sequência destas decisões, o ac. TRC de 04-Mai-2010, Proc. 2701/06.0TBACB.C1, disponível em www.dgsi.pt.

Assume-se, todavia, a limitação do presente entendimento com base na referida decisão uniformizadora de jurisprudência do STJ em 2014, designadamente a falta de tutela de outros direitos familiares, para além dos conjugais (entres os quais avultam as responsabilidades parentais) e, dentro destes, note-se, os deveres familiares com natureza *patrimonial* (v.g. o dever de contribuir para os encargos da vida familiar).

II. Fora das amarras da tentativa de enquadramento da decisão uniformização de jurisprudência, a qual não constitui direito *objetivo*, precisa-se os termos da responsabilidade por violação dos deveres conjugais pelo terceiro. Para este efeito, qualifica-se a responsabilidade do terceiro enquanto *extracontratual*, ou melhor, *extraobrigacional*, sem reservas, atendendo à impossibilidade de enquadramento da responsabilidade daquele que não é *devedor* (o terceiro) na lesão do crédito ao abrigo da norma-padrão de responsabilidade obrigacional (798.º CC). Ressalva-se, contudo, o eventual concurso da responsabilidade deste terceiro (delitual) com a do outro cônjuge (obrigacional) perante o lesado (v.g. no caso típico de infidelidade).

Cumprе, todavia, notar que a atuação do terceiro pode ser de todo alheia à conduta dos cônjuges, embora não seja, em regra, enquadrada por este prisma pela nossa doutrina. Por outras palavras, não cumpre apelar permanentemente à lesão do crédito por terceiro atuando conjuntamente com o cônjuge, no caso típico do *affair*, consentido e pretendido por todos, com exceção do cônjuge lesado. Quando inexistir aquela plurisubjetividade (cônjuge e terceiro) na verificação do evento lesivo, a natureza sinalagmática dos deveres conjugais afetados – eventualmente os mesmos créditos – tutela a posição de *ambos* os cônjuges. Por sinal, a conduta do terceiro pode lesar o cumprimento do dever conjugal de ambos os cônjuges, p.ex. com a lesão da capacidade sexual de um dos nubentes para efeitos do cumprimento do dever de coabitação em virtude de um acidente de viação por culpa exclusiva de terceiro ou em caso de atentado contra a sua liberdade sexual. Por fim, perante uma atuação conjunta do terceiro com o cônjuge, a exclusão da responsabilidade do terceiro pela lesão do *crédito próprio* decorre da relevância do consentimento ou, antes nos parece, perante direitos indisponíveis, por mero efeito excludente da responsabilidade decorrente da culpa do próprio (e pretense) lesado (570.º/1 CC)⁹⁴.

⁹⁴ Aliás, a hipótese também pode ser enquadrada pelo prisma do cônjuge lesado, o qual pode consentir na infidelidade, caso em que inexistir de todo uma conduta *ilícita* derivado do consentimento do lesado (340.º/2 CC). Em sentido contrário, JORGE DUARTE PINHEIRO entende estarmos neste caso perante uma causa de exculpação da conduta, a qual não exclui a natureza ilícita do mesmo; em *O Núcleo*, p. 724.

Em todo o caso, previne-se a duplicação de tutela ressarcitória quando as pretensões indemnizatórias se encontrem dirigidas ao ressarcimento dos *mesmos* danos.

§ 3. O incumprimento das responsabilidades parentais

I. No âmbito das relações jurídicas familiares, cumpre ainda indagar a eventual responsabilidade pelo incumprimento das responsabilidades parentais.

Pergunta-se: o pai que abandona o filho responde civilmente pelo prejuízo que lhe cause?

Desmistificando-se a velha ideia da intangibilidade das relações familiares⁹⁵, enquanto uma pretensa área fora do âmbito de aplicação de institutos como a responsabilidade civil, a resposta é claramente afirmativa: também o incumprimento destas responsabilidades é tutelável civilmente⁹⁶. Cumpre, no entanto, fazer algumas precisões.

Em primeiro lugar, a natureza jurídica das responsabilidades parentais não se reduz ao prisma *passivo*, ou seja, não se esgota num *dever* dos vinculados, embora nada obste à qualificação da conseqüente responsabilidade como de apenas tipo obrigacional (798.º CC), por incumprimento de uma obrigação em sentido técnico (derivada da lei). Por este motivo e em sentido inverso, não surpreende o enquadramento da responsabilidade civil derivada do incumprimento dos *deveres paternofiliais* (de respeito, auxílio e assistência, 1874.º/1 CC) – i.e., verdadeiros deveres, ainda que bivinculantes entre pais e filhos, manifestamente demarcados das responsabilidades parentais em questão, sem prejuízo dos espaços de sobreposição⁹⁷ – como *obrigacional*. Ao invés, as responsabilidades parentais são qualificadas como um *poder-dever* ou, melhor, um *poder funcional*⁹⁸, nas suas várias vertentes, incluindo

⁹⁵ Neste sentido, v. RUI ATAÍDE, *Poder paternal, direitos de personalidade e responsabilidade civil. A vigência dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada*, em Estudos de Direito Privado, AAFDL: Lisboa (2020), p. 389.

⁹⁶ Contra, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, I, p. 535, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, p. 302.

⁹⁷ Nesta medida, Jorge Duarte Pinheiro afirma que os deveres paternofiliais “estão “encobertos” durante a menoridade pelas responsabilidades parentais», em *O Direito da Família contemporâneo*, p. 248.

⁹⁸ V., por todos, com referências, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, p. 268 (nota 594). A qualificação constitucional é conforme com o enunciado: no artigo 36.º/5 da Constituição da República Portuguesa determina-se que os «pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos».

a de suprir a incapacidade do menor não emancipado (à qual se limita, 1877.º CC), o poder de representação e o poder-dever de administração dos bens, bem como, por fim, os poderes-deveres de guarda, sustento e de dirigir a educação (124.º, 1878.º a 1881.º, todos do CC)⁹⁹.

Em segundo lugar, a aplicação do regime da responsabilidade não colide com outras formas de tutela, com as quais pode ser conjugado. No conjunto dos institutos que tutelam o inadimplemento deste poder funcional (1878.º CC), irrenunciável (1882.º CC) e de exercício vinculado, conta-se a inibição do seu exercício (1915.º CC) ou o decretamento de providências entendidas por adequadas (1918.º e 1920.º CC), bem como a própria obrigação de prestar alimentos, quando haja lugar (1905.º/1 e 2003.º e ss. CC), cuja cumulação com a indemnização devida não pode colidir com a proibição de múltiplo ressarcimento do mesmo dano, como é sabido.

II. Não existe, no entanto, uma previsão expressa que determine a responsabilidade civil por incumprimento das responsabilidades parentais. Esta responsabilidade resulta dos termos gerais, cuja qualificação pode, em sim, suscitar dúvidas ao intérprete mais prudente. Vejamos.

As responsabilidades parentais podem ser reguladas convencionalmente dentro do espaço de supletividade que contemplam, ainda que subordinadas ao *magnus* interesse superior da criança (1755.º/1,b), 1776.º-A, 1905.º/1, 1907.º/1, 1909.º/2, 1911.º/2, 1912.º/2 todos do CC). Essa regulação é, aliás, *obrigatória* em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento (1905.º/1 CC e 34.º/1 RGPTC¹⁰⁰), e, por outro lado, meramente *facultativa* quanto aos cônjuges separados de facto (1909.º/2 CC), dos progenitores não unidos pelo matrimónio (quer vivam, quer não, em condições análogas às dos cônjuges, 1911.º/2 e 1912.º/2 CC), das crianças apadrinhadas civilmente quando os padrinhos cessem a vida em comum (43.º/1 RGPTC), e, em geral, de qualquer pessoa a quem incumba o exercício destas responsabilidades (43.º/2 RGPTC).

É natural, portanto, que esta regulação esteja sujeita ao crivo externo: pelo Ministério Público (1776.º-A/1 CC), a quem o processo é remetido para pronúncia nos casos de divórcio de mútuo consentimento (1776.º/1 CC, parte final) ou pelo tribunal, no caso de falta de acordo (1778.º/3 e 1779.º CC) ou quando o acordo alcançado não acautele devidamente os interesses do menor (1776.º-A/2 e 4 CC)

⁹⁹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, pp. 260 e 270-271.

¹⁰⁰ Aprovado em anexo à Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro, na sua redação atual.

ou dos próprios cônjuges (1776.º/1, 1778.º CC), cf. 1778.º-A/2 e 3 CC)¹⁰¹. Ora, quando é incumprido o acordo que regule as responsabilidades parentais, prevê-se expressamente a possibilidade de se responsabilizar civilmente o inadimplente por essa (frisa-se) *falta de cumprimento*. A base legal revelante é número 1 do artigo 41.º RGPTC, quando se determina:

«Se, relativamente à situação da criança, um dos pais ou a terceira pessoa a quem aquela haja sido confiada não cumprir com o que tiver sido acordado ou decidido, pode o tribunal, oficiosamente, a requerimento do Ministério Público ou do outro progenitor, requerer, ao tribunal que no momento for territorialmente competente, as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até vinte unidades de conta e, verificando-se os respetivos pressupostos, em indemnização a favor da criança, do progenitor requerente ou de ambos.».

O preceito contempla, em linha com o antigo artigo 181.º da Organização Tutelar de Menores¹⁰² três realidades perante uma situação de incumprimento do acordado (mas também do *decidido*), naturalmente *autónomas*¹⁰³: (a) as diligências necessárias ao cumprimento coercivo, (b) a condenação em multa até vinte Unidades de Conta e, por fim, (c) a obrigação de indemnização.

Note-se que o preceito abrange tanto a responsabilidade civil do progenitor (a favor da criança ou do progenitor requerente) como a de «terceira pessoa a quem aquela haja sido confiada» (desta vez, a favor a criança, do progenitor requerente ou de ambos; melhor seria, aliás, a menção a *todos*). Consagra-se, assim, a responsabilidade pela lesão deste crédito pelo devedor, i.e., o progenitor (798.º CC), como por terceiro (483.º/1 CC). Remete-se, sem reservas, para a emergente qualidade obrigacional e delitual das respetivas responsabilidades, respetivamente.

¹⁰¹ V. a anotação ao artigo 1905.º em *Código Civil* Anotado, IV, p. 910.

¹⁰² Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro, cuja solução foi transposta para o RGPTC, v. HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA, *A criança e a família – uma questão de Direito(s)*, Coimbra Editora: Coimbra (2009), p. 194 e ss. e, ainda, HELENA GOMES MELO, JOÃO VASCONCELOS RAPOSO, LUÍS BATISTA CARVALHO, MANUEL DO CARMO BARGADO, ANA TERESA LEAL e FELICIDADE D'OLIVEIRA, *Poder paternal e responsabilidades parentais*, Quid Juris: Lisboa (2009).

¹⁰³ Neste sentido, no ac. do TRG, de 26-Out-2017, Proc. 2416/15.9T8BCL-C.G1 (disponível em www.dgsi.pt), julgou-se não procedente o pedido de condenação na indemnização solicitada por não se encontrarem reunidos os pressupostos daquela obrigação, pese embora a condenação em multa. Ao abrigo do disposto no anterior artigo 181.º/1 OTM, v. os acs. TRG, de 25-Nov-2013, Proc. 910/10.7TBGMR-C.G1, e TRL de 10-Out-2013, Proc. 4926/08.5TBVFX-C.L1-7 (ambos disponíveis em www.dgsi.pt).

Confirmando, aliás, a existência de uma responsabilidade emergente de violação das responsabilidades parentais¹⁰⁴ do nosso Código Civil resulta ainda (i) a previsão da responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem por lei ou negócio jurídico (491.º CC)¹⁰⁵, (ii) a responsabilidade do tutor (1940.º/4 e 1945.º CC) e (iii) o exercício das responsabilidades parentais enquanto *causa bilateral de suspensão da prescrição* (318.º, b) CC).

É devida uma brevíssima nota quanto à responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem (491.º CC). No que respeita aos menores, quando incapazes naturais, compete aos progenitores (quando incumbidos do exercício das responsabilidades parentais) o cumprimento desta obrigação, sem reservas. Contudo, tal como ressalvado no preceito (491.º CC), é admissível a contratualização do cumprimento desta obrigação em termos que não colidem com a irrenunciabilidade das responsabilidades parentais (1882.º CC). Ora, a primeira dificuldade radica na deteção da existência de um substrato negocial para essa transmissão, caso em que o respeito inadimplemento será tutelado em termos obrigacionais (798.º CC), p.ex., a responsabilidade do estabelecimento de ensino pelos atos lesivos que o menor cometa durante o período lectivo¹⁰⁶. No que respeita às *pretensas* situações contratuais de facto (*faktischen Vertragsverhältnisse*) que aqui possam emergir¹⁰⁷, quando não constituam verdadeiras relações negociais, elas são tuteladas ao abrigo da responsabilidade delitual (483.º/1 CC)¹⁰⁸.

¹⁰⁴ RUI ATAÍDE, *Poder paternal*, pp. 337-409. O mesmo se passa além-Reno, onde o direito parental é incluído no elenco dos outros direitos (§ 823, I BGB), como vimos; pode, p.ex., um progenitor socorrer-se da tutela delitual para recuperar os custos em que incorreu na localização do menor, ilegalmente sonogado pelo seu parceiro (o exemplo é de MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht* II, BT, 18.ª ed., C.H.Beck: Munique (2018), p. 484).

¹⁰⁵ V., em especial, RUI ATAÍDE, *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*, Almedina: Coimbra (2015), p. 533 e ss.

¹⁰⁶ Este não é, todavia, um enquadramento negocial único. Se o incapaz é for apenas *representado* pelos seus pais nas relações negociais que estabelece com o estabelecimento educativo ainda é, para todos os efeitos, contraente, e nessa qualidade (i.e., a de credor) tem a acesso à tutela obrigacional (arts. 798.º e ss.).

¹⁰⁷ Reconduzidas à primeira categoria de Haupt, nomeadamente as relações emergentes do contacto socil (*Über faktische Vertragsverhältnisse*, 1941, a obra seria incluída em *Festschrift für Siber*, Vol. II, Leipzig, 1942, p. 5 e ss).

¹⁰⁸ Neste sentido, Rui Ataíde afirma, com toda a pertinência, «embora as situações de vigilância assumida seja a título de cortesia, por simples amizade ou proximidade familiar (v. g., vizinhos, amigos ou parentes que se prontificam, por exemplo, a passear com o incapaz ou a trazer a criança da escola, guardando-a até ao regresso dos pais), impliquem a constituição de deveres no tráfego destinados a impedir não apenas que o incapaz sofra danos mas também que os cause a terceiros, porquanto a condução do perigo está confiada à sua guarda, ainda assim a pessoa que aceita a

Assim, deteta-se uma complexidade de vinculação, legal e negocial, a qual aparentemente concorre ao ressarcimento dos prejuízos gerados. Esclarecendo, se a pessoa vigiada em virtude da sua incapacidade natural lesa um terceiro pode concorrer o dever *legal* de vigilância (dos progenitores), o *negocial* (a que o terceiro contratado se vinculou) ou no *tráfego* (também de terceiro, por exemplo ao abrigo da mera cortesia na vigilância do incapaz), gerando-se uma situação de concurso *plurisubjetivo* (vários sujeitos) e *heterónimo* (a vários títulos) de responsabilidade¹⁰⁹. Note-se, no entanto, que as responsabilidades emergentes *perante o terceiro lesado* serão todas de tipo delitual (491.º CC, *in fine*): a dos progenitores e a do vigilante contratado, com culpa presumida (ambos nos termos do artigo 491.º CC)¹¹⁰, a do terceiro (por cortesia, amizade, etc.), por violação do dever de tráfego nos termos gerais (483.º/1 e 487.º/1 ambos do CC); em todo o caso, a responsabilidade *obrigacional* não beneficia o terceiro lesado, e apura-se, exclusivamente entre os vinculados (v.g. entre os pais e a Escola, no exemplo mencionado¹¹¹).

III. Não choca, portanto, admitir a tutela indemnizatória em caso de incumprimento das responsabilidades parentais, cuja obrigação recai quer sobre os devedores (por fonte legal ou convencional), quer sobre terceiro que interfira com a situação jurídica, mesmo quando estas não se encontrem judicial ou convencionalmente reguladas (41.º/1 RGPTC). Estranho seria, aliás, que a materialidade subjacente ao exercício das responsabilidades parentais, traduzida no *interesse superior da criança*, fosse apenas merecedora da tutela indemnizatória quando exercida por terceiro, que não os progenitores, tal como o tutor (1945.º CC) ou, ainda, como visto, quando *fixadas* judicial ou convencionalmente (41.º/1 RGPTC), fundamentando, por outro lado, uma excecional responsabilidade delitual com culpa presumida perante os *terceiros lesados* em virtude do incumprimento da obrigação de vigilância (491.º CC).

Em suma, o incumprimento das responsabilidades parentais gera responsabilidade *obrigacional* – derivada do incumprimento técnico de obrigações legais – do

incumbência deve responder pelo seu correto cumprimento nos termos gerais da culpa provada (artigos 483º/1 e 487º/1), de modo a manter a adequada diferenciação com o regime especial da culpa presumida, previsto para o vigilante legal ou contratual.», em *Responsabilidade civil*, p. 570.

¹⁰⁹ Aderindo, expressamente, a esta tripartição v. GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht – Struktur, Prinzipien, Schutzbereich*, Springer: Berlim (2006), p. 528.

¹¹⁰ Resta, no entanto, saber em que termos a contratualização do dever de vigilância desonera os primitivos responsáveis, no caso legais. Na ausência de norma expressa resulta clarividente uma situação de concurso.

¹¹¹ Nesta hipótese estaremos perante uma contratualização dos deveres acessórios de protecção, cuja violação obriga à qualificação da responsabilidade emergente como *obrigacional*. Neste sentido, entendemos situar-se DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, II, 198.

progenitor inadimplente perante o único e respetivo credor, o *filho* (1878.º/1 CC), nos termos gerais (798.º e ss. CC), e não, note-se, perante o outro progenitor. No entanto, esta responsabilidade pode naturalmente concorrer com outra(s), de tipo *delitual*, quando aquele inadimplemento reúna os pressupostos destoutra responsabilidade, em particular a verificação de um delito, ou *obrigacional* perante o outro progenitor, em caso de violação da *convenção reguladora deste exercício*, caso esta exista ao abrigo da autonomia privada¹¹². Já é, no entanto, exclusivamente *delitual* a responsabilidade do terceiro que lese este crédito familiar, provocando o incumprimento ou a impossibilidade de exercício das responsabilidades parentais, como visto¹¹³.

§ 4. Considerações finais

I. No contexto do Direito Familiar um enquadramento tradicional evita aplicar os quadros gerais da responsabilidade civil ao incumprimento dos respetivos deveres, invocando a sua autonomia dogmática nesta sede. Este entendimento provoca, no entanto, graves iniquidades. Na verdade, um cônjuge ou um filho não são menos lesados do que um qualquer terceiro, contraente ou não. Afinal, a relação de proximidade estabelecida entre estes sujeitos, a qual fundamentou uma regulação própria (cf. o livro IV do nosso código civil), não implica uma renúncia à protecção geral prévia (delitual), predisposta a qualquer indivíduo, nem à tutela específica (obrigacional) derivada das especificidades inerentes ao respetivo regime.

Os deveres conjugais e o incumprimento das responsabilidades parentais, em particular, não constituem, portanto, áreas de exceção à imputação dos danos que ilicitamente se produzam na esfera dos lesados. Todavia, a hesitação sentida no reconhecimento da tutela indemnizatória neste campo, tanto no plano doutrinário, como jurisprudencial, é, ainda hoje, manifesta. É algo que no futuro se poderá alterar, justamente (esperamos).

¹¹² Admitindo expressamente esta hipótese, conformando-a como um «concurso de títulos de imputação», v. RUI ATAÍDE, *Poder paternal*, p. 407. Numa expressão próxima, senão mesmo equivalente, MENEZES CORDEIRO apela a um «concurso de imputações» (*Tratado de Direito Civil*, VIII, Almedina: Coimbra, 2010, reimp., p. 736).

¹¹³ Aderindo à presente qualificação, com base num argumento de identidade ou maioria de razão, v. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, pp. 266 e 269 (nota 497).