

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 Orrego 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

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”

Margarida Silva Pereira**

Resumo: O texto vertente corresponde à arguição que realizei nas provas de doutoramento de Adelino Manuel Muchanga, as quais tiveram lugar a distância no dia 10 de janeiro de 2022 na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane (Moçambique).

O texto versa os seguintes temas: i) natureza pública e privada do Direito da Família; ii) juridicidade dos deveres conjugais; iii) Igualdade de Género.

Palavras-chave: Deveres Conjugais; Dever de Indemnizar; Igualdade de Género.

Abstract: The text corresponds to my intervention in the public discussion of the doctoral thesis presented by Adelino Manuel Muchanga held on the 10th January 2022 at the Faculty of Law of the University Eduardo Mondlane (Mozambique).

It approaches the following subjects: i) Family law as a no longer field of purely private law; ii) The nature of law marital duties; Gender Equality Law.

Keywords: Marital Duties; Duty to Indemnity; Gender Equality.

* Presidiu ao júri o Professor Doutor Henriques José Henriques, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane (Maputo), em representação do Magnífico Reitor daquela Universidade, Professor Doutor Orlando Quilambo. A tese em apreço foi orientada pelo Professor Doutor Dário Moura Vicente, membro do júri. Foram também arguentes os Professores Doutores Nestor Duarte, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Paulo Daniel Comoane, da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane.

** Professora associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. msilvapereira@fd.ulisboa.pt

Sumário: 1. Da relevância do tema; 2. Reflexos dos Direitos Fundamentais e da Igualdade de Género na temática dos deveres conjugais; 3. Continuação. A dimensão simbiótica, pública e privada, do Direito da Família; 4. Significado da dimensão pública no Direito da Família atual e concretizações na Lei da Família de Moçambique; 5. Juridicidade dos deveres conjugais; 5.1. Juridicidade dos deveres conjugais: questões dilemáticas; 5.2. A doutrina recente; 5.3. Questões dogmáticas fundamentais que a juridicidade dos deveres conjugais suscita; 6. Juridicidade dos deveres conjugais e sanções ao cônjuge culpado em caso de divórcio como estratégia de ação positiva pela Igualdade de Género: o argumento constitucional; 7. A defesa dos Direitos Humanos das Mulheres em função das contingências que enfrenta: conclusão.

1. Da relevância do tema

Saúdo a opção de Adelino Manuel Muchanga, ao assumir apresentar-se a provas de doutoramento com uma tese que versa *A Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre Si por Violação dos Deveres Conjugais e pelo Divórcio*¹.

Se bem que o candidato opte por afastar a suscetibilidade de causação de danos pelo divórcio², compreende-se que traga o tema à colação na sua tese e, por coerência e rigor, no título que adotou.

Com efeito, a Lei da Família de Moçambique (Lei n.º 22/2019, de 11 de dezembro) sustenta que o casamento impõe uma densa teia de compromissos pessoais e patrimoniais juridicamente relevantes, a ponto de não ser inequívoco que várias consequências onerosas para o cônjuge culpado em caso de divórcio por incumprimento dos deveres conjugais originem compensações ao cônjuge que sofre a lesão.

O divórcio, momento final de casamento de pessoas vivas, representa o malogro de um projeto de vida comum.

¹ Universidade Eduardo Mondlane. Faculdade de Direito. Tese de Doutoramento apresentada no culminar do Curso de Doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito. Maputo, 2020.

² Escreve: “A situação anterior ao divórcio-sanção é de uma convivência insuportável, provocada pela violação dos deveres conjugais; considerar que o divórcio é em si um dano pode levar a crer que seria mais vantajoso manter a situação anterior (manter o casamento apesar da convivência insuportável e intolerável)”. *A Responsabilidade Civil dos Cônjuges...*, p. 157.

Assim, conclui-se que a Lei da Família prevê alguns efeitos da declaração de culpa³; destarte, os danos na conjugalidade e na rutura do sentido da conjugalidade têm, potencialmente, uma conexão.

E por isso, afigura-se-me que a interpretação da lei não deverá afastar a articulação dos dois temas. Ocorre, isso sim, sugerir um aditamento ao título da tese (*eventuais e questionáveis* danos causados pelo divórcio) e um subtítulo: “a Lei da Família em apreciação”.

2. Reflexos dos Direitos Fundamentais e da Igualdade de Género na temática dos deveres conjugais

I – O tema da tese reveste enorme pertinência no domínio jusfamiliar.

Com efeito, a maior complexidade do Direito da Família em todo o mundo que pugna pelo modelo democrático da convivência na esfera íntima centra-se hoje em densificar, a par de direitos constitucionais tão complexos e desafiantes como a liberdade e a autonomia da vontade, a igualdade de género.

Como afirmam Nicolás Espejo Yasic/Fabiola Lathrop:

“A constitucionalização das relações de família é, de certo modo, uma extensão de uma forma específica de interpretação constitucional como a desenvolvida por Dworkin (com o argumento de que garante os direitos compreendidos pela melhor conceção dos ideais políticos estabelecidos pela constituição, mesmo quando esses direitos não estejam formalmente reconhecidos por ela)⁴.”

II – O problema, tão relevante no contexto europeu, ganha evidente importância em África. O Direito moçambicano é disso exemplo e Adelino Muchanga bem o evidencia nesta tese.

³ No artigo 430.º da Lei da Família também se encontra a previsão das consequências da culpa no tocante à obrigação de prestação de alimentos, estabelecendo-se, como princípio, a exclusão do direito a alimentos para o cônjuge exclusiva ou principalmente culpado. Porém, a título excepcional, o n.º 2 do artigo 430.º admite que o tribunal possa conceder alimentos ao cônjuge culpado, por motivos de equidade, considerando, em especial, a duração do casamento, a colaboração prestada por esse cônjuge à economia do casal e o seu estado de necessidade.

⁴ Os autores sublinham também a crescente atenção aos modos como as normas constitucionais encaram o Direito da Família. *Hacia la constitucionalización del derecho de familia en Latinoamérica*, Rev. Derecho Privado, n.º 38, Bogotá, Jan./June 2020. Disponível em http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662020000100089

Afirma:

“Assiste-se, em Moçambique, a uma contínua evolução das formas de organização familiar e a uma constante pressão para a implementação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana⁵.”

Sobre as questões do incremento da Igualdade de Género observa:

“...apesar de uma longa campanha de emancipação da mulher e todo o desenvolvimento do direito legislado na consagração do princípio da igualdade, há que reconhecer que as relações de género em Moçambique são caracterizadas pela posição de desvantagem da mulher no casamento, na família e na sociedade, por influência de factores socioculturais, políticos e económicos⁶.”

III – O problema que enfrenta é, pois, central na densificação da democracia, logo, muito relevante.

Coloca o candidato, implicitamente, a questão da dúplice natureza, pública e privada, do Direito da Família.

A Constituição de Moçambique é injuntiva na consideração de que a Igualdade de Género constitui matriz da concretização dos Direitos Fundamentais, afirmando, no artigo 36.º, e sob a epígrafe inovatória “Princípio da igualdade de género”, a igualdade do homem e da mulher em todos os domínios da vida política, económica, social e cultural.

Se bem que o legislador constituinte tenha optado por neutralidade concetual relativamente à realidade jurídica familiar, deixou algumas impositões que ilustram a importância do casamento.

E, no seio do casamento, a Igualdade de Género é uma conquista difícil, sem dúvida, mas da qual não exige a missão do Estado.

E muito importa transcrever, pela eminente relevância e modernidade, o preceito:

⁵ O candidato adita, em manifestação clara da sua preocupação com a assimetria social entre o cônjuge masculino e feminino e a urgência de o Direito da Família a ter em conta, para efeito de contributo para a sua erradicação “O novo regime da LE, ancorado no princípio da igualdade entre homem e mulher (entre marido e mulher), afastou todas as disposições discriminatórias no tocante aos efeitos do casamento, particularmente no que respeita aos direitos e deveres dos cônjuges.” Adelino Muchanga, *A Responsabilidade Civil dos Cônjuges...* cit., pp. 4 e 64.

⁶ Observa, ademais, reforçando o seu entendimento: “A emancipação da mulher e a sua «insubordinação» (pretensão de igualdade) em relação ao homem são vistas como uma ameaça e afronta aos valores da estrutura tradicional”. Adelino Muchanga, *A Responsabilidade Civil dos Cônjuges...* cit., p. 106.

“Artigo 122

(Mulher)

1. O Estado promove, apoia e valoriza o desenvolvimento da mulher e incentiva o seu papel crescente na sociedade, em todas as esferas da actividade política, económica, social e cultural do país.

2. O Estado reconhece e valoriza a participação da mulher na luta de libertação nacional, pela defesa da soberania e pela democracia.”

3. Continuação. A dimensão simbiótica, pública e privada, do Direito da Família

I – Fica, pois, clara a indefetível tutela da família pelos poderes públicos.

Coisa diferente, que ressalta do texto da Lei da Família, é também a natureza simbiótica, pública e privada, deste Direito.

Pois a família revela-se fundamental para o efetivo funcionamento de uma sociedade democrática e participativa.

Correspondendo à natureza dos seres humanos, a família possui dimensão biológica, mas também espiritual, assim como não lhe são alheios aspetos materiais. Ela é um paradigma da vida coletiva, o que impõe a criação de condições para o seu desenvolvimento.

Por isso, tanto se tem insistido na Europa que os princípios fundadores da ordem democrática levam a admitir que a questão do mundo privado é essencial à construção da Europa dos cidadãos: assumindo, assim, que a questão da conformação do mundo privado é essencial a todos os Estados democráticos.

O Estado Moçambicano e o seu legislador tiveram, por igual, muito presente esta questão.

II – A este propósito importa, contudo, distinguir dois pontos.

Por um lado, as políticas públicas que se estruturam para a família.

Por outro, a natureza intrínseca das normas do Direito da Família, os motivos que as fundamentam e as formas como o Estado assume intervir no contexto das relações jusfamiliares.

É deste segundo aspeto que falamos.

Tradicionalmente, integrou-se o Direito da Família totalmente no Direito Civil, ou seja, como parte exclusiva do Direito privado.

Na perspetiva democrática, a privatização do Direito da Família representou, aliás, um grito de rebeldia contra a doutrina totalitária das primeiras décadas do

século XX. Recordar-se que a natureza pública do Direito da Família é um dado emblemático da obra de Cicu⁷, que sustentou a publicidade jusfamiliar para assignar ao Direito da Família a prossecução de interesses supraindividuais: os interesses do estado autoritário que sustentou.

4. Significado da dimensão pública no Direito da Família atual e concretizações na Lei da Família de Moçambique

I – Hoje, porém, o “regresso”, parcial, ao Direito público tem fundamentos inversos.

Agora, em Estado de Direito Democrático, é a consideração dos temas públicos na construção da personalidade e da liberdade que sugere e impõe a vinda à *res publica* da configuração do modelo familiar e de muitos dos seus conteúdos.

A densificação dos Direitos Fundamentais, e, no seu núcleo contemporâneo, da Igualdade de Género⁸, comprova-o.

Um Direito privado da Família não pode ser alheio a que as suas normas sobre o estatuto pessoal e patrimonial dos cônjuges deverão, não apenas concretizar a igualdade dos cônjuges, como igualmente, contribuir para que a igualdade de género se densifique, através, designadamente, de normas que consubstanciem ações positivas pela igualdade.

II – Consideramos que o privado, como espaço de reivindicações políticas democráticas, humanistas, impõe uma regulação *bottom up*; uma regulação *ascendente* que se substitui, por absoluta necessidade, à mítica regulação *top down*.

A família é, sem dúvida, uma aliada preferencial do Estado na definição da democracia.

Isto está muito presente nos efeitos pessoais do casamento.

Lê-se no artigo 5.º da Lei da Família de Moçambique:

“À família incumbe, em particular:

(...)

⁷ É a fórmula de matriz hegeliana da família como organismo universal que inspira a doutrina de Cicu, *Il diritto di famiglia* (rist. anast. 1914), ed. Forni, 1978.

⁸ A doutrina europeia vem sendo especialmente sensível ao tema, como se comprova na obra de Nina Dethloff, *Forced and child marriages – An international perspective, Gender Discrimination, Marriage Law, International Law Association, The Hague Conference* (2010), Family Law Committee, Report of the 74th Conference, London 2010, pp. 499-501.

Disponível em <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1007>

d) assegurar que não ocorram situações de discriminação, exploração, negligência, exercício abusivo de autoridade ou violência no seu seio;

(...)

g) velar para que sejam respeitados os direitos e os legítimos interesses de todos e de cada um dos seus membros.”

E, depois de elencar os deveres dos cônjuges, o legislador apõe uma limitação temporária ao divórcio, determinando no artigo 204.º não poder o marido requerer o divórcio litigioso durante a gravidez da mulher, mantendo-se a proibição até um ano depois do parto, salvo se atribuir a gravidez ao adultério.

Observamos que o legislador veda o divórcio nos casos de gravidez da mulher com o objetivo claro de não perturbar a sua subsistência; de a não vulnerabilizar social e psicologicamente.

Trata-se claramente de uma norma que configura ação positiva pela igualdade de género.

5. Juridicidade dos deveres conjugais

I – A juridicidade dos deveres conjugais, que o Direito e a doutrina mais recentes contestam, tem, na perspectiva de Muchanga, não um propósito de retrocesso tradicionalista, mas inversamente, de contributo para a concretização da igualdade de género.

Assim, justificando a juridicidade dos deveres conjugais inscrita na Lei da Família, escreve:

“A posição de (...) passividade da mulher no exercício dos seus direitos resultantes do casamento acaba por facilitar o processo de normalização das relações conjugais por via da intermediação e «pressão» dos grupos familiares, mesmo nas situações em que aquela é sujeita a maus-tratos⁹.”

E demonstra a retração da mulher face à dissolução do seu casamento com um exemplo assaz expressivo da realidade moçambicana:

⁹ Adelino Muchanga mostra-se muito sensível aos reflexos jurídicos da pressão social exercida sobre as mulheres casadas, também pelas suas famílias de origem, *A Responsabilidade Civil dos Cônjuges...* cit., p. 104.

“... na eventualidade de divórcio, pode ser exigida a devolução do lobolo (...): a mulher não abandonará levemente o marido porque sabe que neste caso a família dela terá de o devolver¹⁰.”

É, pois, evidente a preocupação do candidato com a aquiescência face ao incumprimento por consentimento tradicional das mulheres, a qual justifica a solução legislativa da responsabilidade por incumprimento dos deveres conjugais. Escreve:

“... quanto aos direitos familiares, tendo em conta o disposto nos artigos 44 e 123, alínea b), da LF (...), teríamos sempre de concluir que o consentimento para a sua lesão não afastaria a ilicitude¹¹.”

II – Invoca Adelino Muchanga a Constituição em prol da posição que sustenta:

“... considerando que a violação de deveres conjugais atinge a integridade, a honra, o bom nome, a reputação, a imagem pública ou a intimidade do cônjuge ofendido, qualquer debate sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si não pode descurar do que vem consagrado na Constituição da República. A questão concreta que deve ser colocada é se a exclusão da responsabilidade civil na relação entre os cônjuges não violaria o princípio da igualdade, ou seja, se reconhecer o direito à indemnização na relação entre pessoas não casadas entre si e excluir tal direito na relação entre pessoas ligadas pelo casamento não constituiria um tratamento atentatório ao princípio da igualdade¹².”

III – Apreciando a posição adotada pelo candidato, questiono se não bastaria reconhecer a lesão de direito de personalidade e respeitar, de igual modo, o princípio da igualdade.

No plano da Lei da Família, fundamenta ainda:

¹⁰ Referenciando o lobolo uma realidade do direito consuetudinário, o candidato tem-na bem presente como fator tendencialmente dissuasor do divórcio. Adelino Muchanga, *A Responsabilidade Civil dos Cônjuges...* cit., p. 113.

¹¹ O afastamento do consentimento como causa de exclusão do dever de indemnizar pelo incumprimento de deveres conjugais atesta a dimensão não estritamente privada e mesmo, não contratual em sentido tradicional, destes deveres. Adelino Muchanga, *A Responsabilidade Civil dos Cônjuges...* cit., p. 131.

¹² O candidato que procede também a um exame da responsabilidade civil dos cônjuges entre si no Direito comparado, parte dos ensinamentos deste para a solução que preconiza no Direito de Moçambique. Adelino Muchanga, *A Responsabilidade Civil dos Cônjuges...* cit., p. 142. Cf. ainda p. 8 e ss..

“A dificuldade de determinação do montante exacto da indemnização, (...) não pode ser usada para afastar a indemnização. (...) a dignidade da pessoa humana (...) não pode desaparecer com o casamento¹³.”

Entendo que deveria ter cindido de forma clara as consequências do incumprimento de deveres patrimoniais e de estritos deveres pessoais; pois, se o incumprimento dos primeiros nunca deverá eximir o infrator de responsabilidade jurídica, já sobre o incumprimento dos segundos se verifica uma forte separação nas posições doutrinárias atuais.

É, creio, possível e dogmaticamente correto considerá-los dicotomicamente, distinguindo-se entre direitos com e sem expressão patrimonial, distinção essa que acompanha de perto aquela outra doutrinação referente a efeitos pessoais e patrimoniais do casamento, tal como transparece da sistemática da Lei da Família.

5.1. Juridicidade dos deveres conjugais: questões dilemáticas

I – Considerando a *summa divisio* entre responsabilidade pelo incumprimento obrigacional (vertida nos artigos 798.º e ss. CC) e aquela outra, disponível para as demais situações (de tipo extracontratual, portanto, consagrada nos artigos 483.º e ss. CC), o que concluir?

Não será o tempo de caminhar agora, olhando sobre a nova Lei da Família, e pese o carácter recente da mesma, em sentido mais ousado?

Refiro a modificação de modelo jusfamiliar, já anteriormente mencionada, que avança no mundo democrático.

Com efeito, este vem sendo o tempo legislativo em que se assiste, em muitos países do mundo democrático, a uma marcada transição da família/instituição para aquela outra realidade, que poderemos denominar de família/convivência; e para as consequências que daí decorrem.

II – A evolução em Portugal é interessante a este propósito como ensejo de reflexão.

Foi ponto de partida para a igualdade dos cônjuges, em Portugal, a Reforma civilista de 1977: o artigo 1671.º, n.º 2 do Código Civil:

¹³ Ocupando-se da adequação da solução jurídica ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à igualdade, o candidato analisa a Constituição moçambicana. Adelino Muchanga, *A Responsabilidade Civil dos Cônjuges...* cit., respetivamente, p. 138 e p. 123; e também p. 141 e ss..

“A direção da família pertence a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre a orientação da vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro”.

Assim, a Reforma de 77 instalou com firmeza, cumprindo a Constituição da República de 76, a necessidade de compatibilizar a relevância social e jurídica do casamento com o reconhecimento dos direitos fundamentais dos cidadãos casados.

E, com a Reforma de 77, o dever de respeito ganhou uma expressão desconhecida antes, pois passou a valer por igual para marido e mulher¹⁴.

Coerente com isso, a Reforma admitiu ainda o divórcio litigioso por violação dos deveres conjugais e impôs efeitos onerosos, como vimos, ao cônjuge declarado único ou principal culpado pela dissolução do casamento.

Mas sucede que hoje, perante casos graves de incumprimento dos deveres familiares, a única possibilidade que assiste ao cônjuge lesado é dissolver o vínculo conjugal.

Isto releva, obviamente, de uma nova conceção da conjugalidade, que tomou a dianteira sobre a dos anos 70 do século passado.

5.2. A doutrina recente

I – Reconhecendo-se que o casamento é autopoiético, ou seja, que recebe estímulos do exterior, os quais altera e adapta afeiçoando-o às suas modalidades de comunicação, assume-se, nas palavras de Guilherme de Oliveira, que “O casal é, pois, o seu próprio legislador¹⁵.”

E, aliada a imposição constitucional da igualdade dos cônjuges à perda de influência e relevância da religião, dos costumes – diminuiu o conteúdo imperativo do casamento.

II – Mais do que isso, alterou-se já sobremaneira o modelo matrimonial.

¹⁴ Sustentando que a modificação operada no Livro da Família do Código Civil de 66 pela Reforma de 77 é sobretudo fundamentada na Constituição de 76 mas vai bem mais longe do que esta exigia, Maria Margarida Silva Pereira, *Temas de Direito da Família e das Sucessões*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 67-71.

¹⁵ Desta fundamentação parte para o afastamento da responsabilidade civil contratual dos cônjuges pela violação dos deveres conjugais pessoais, Guilherme de Oliveira, *Responsabilidade Civil por Deveres Conjugais*, *Lex Familiae*, Ano 16, N.º 31-32 (2019), p. 21.

Assim se entende a consagração em tantos países do casamento homossexual¹⁶, bem como de vários efeitos pessoais e patrimoniais, muitos ainda por resolver.

Cito, a título de exemplo (e olhando apenas a realidade pessoal do casamento), a idade imposta para contrair casamento em regime imperativo de separação de bens; a persistente imutabilidade das convenções antenupciais; o casamento urgente e seus efeitos, entre os quais ressalta o regime imperativo de separação de bens, em caso de iminência de parto.

Daqui resulta que o casamento é um contrato mais frágil do que os contratos vulgares, de índole patrimonial, regulados minuciosamente nos momentos do cumprimento imperfeito, ou do não-cumprimento.

5.3. Questões dogmáticas fundamentais que a juridicidade dos deveres conjugais suscita

I – Afigura-se relevante que o candidato tivesse abordado a questão da natureza do casamento: é ele sobretudo um contrato diferente; um negócio pessoalíssimo¹⁷ nos seus aspetos mais íntimos.

Por isso, a contratualização dos deveres conjugais afigura-se muito problemática¹⁸.

Com efeito, olhando o Código Civil português, conclui-se que o sentido do artigo 1792.º CC é o de afirmar que apenas são indemnizáveis as violações de direitos absolutos; os atos dos cônjuges ou ex-cônjuges serão irrelevantes pela qualidade dos sujeitos, e apenas relevantes enquanto atos de cidadãos que violam direitos de personalidade e direitos fundamentais de outros cidadãos.

Assim, o dever de fidelidade só pode ter sentido dentro do matrimónio e por causa do matrimónio; a sua existência não radica em qualquer direito de personalidade que qualquer indivíduo traz consigo pelo facto de nascer.

¹⁶ Apreciando a evolução do casamento de pessoas do mesmo sexo e a sua consideração pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, observa também que o instituto se vem aplicando com expansão evidente fora da Europa. Masuma Shahid, *The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments Concerning Equal Marriage Rights*, Erasmus Law Review, Issue 3, 2017.

Disponível em http://www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2017/3/ELR_2017_010_003_006

¹⁷ A disposição de direitos pessoalíssimos é admitida com caráter restrito por Eleonora Lamm, *Disposición de derechos personalísimos*, Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina, 2017. Disponível em <https://salud.gob.ar/dels/printpdf/35>

¹⁸ Em sentido diverso, sustenta parte da doutrina a responsabilidade contratual por incumprimento de deveres conjugais pessoais. É paradigmática a opinião de Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª edição, 2020, Coimbra, Gestlegal, p. 461 e ss..

II – Por tudo isto, questiona-se a juridicidade dos deveres conjugais de caráter pessoal¹⁹.

Acresce que, na liturgia da classificação tradicional, as normas que definem os deveres conjugais revestiriam a natureza de *leges imperfectae*; pondero se poderá haver normas jurídicas cuja violação não importe efeitos jurídicos²⁰.

Questiono se devem, assim, os deveres conjugais, a serem colocados, por pedagogia, na Lei, possuir natureza meramente programática, de tipo sugestivo? Uma espécie de Direito da Família Simbólico?

Pergunta-se. Não redundará, pesem as melhores, meritórias, intenções, em devassa da vida pessoal a prova judicial de muitas violações que ocorrem no seio da conjugalidade?

Recordo de novo a Constituição de Moçambique, cujo artigo 41.º afirma a titularidade do direito à honra, ao bom nome, à reputação, à defesa da sua imagem pública e à reserva da respetiva vida privada.

Não seria de repensar a natureza da responsabilidade, sem prejuízo de reconhecer a sua altíssima relevância?

Questão relevante na lógica de quem afirma, como o candidato, a contratualidade dos deveres contratuais é, sem dúvida, a responsabilidade de terceiro.

Considere-se, para o efeito, a eventualidade de agressões físicas a um cônjuge, as quais o deixam impotente e logo, incapacitado de cumprir o débito conjugal.

III – A este propósito, creio que urge distinguir:

- (i) O dano real sofrido pelo cônjuge lesado, o qual fundará, em princípio, a responsabilidade extracontratual do terceiro infrator;
- (ii) O dano próprio em resultado da lesão do crédito conjugal (do alegável crédito conjugal de B.

Mas, questiono, existe tal dever?

Ou os deveres conjugais, porque pessoalíssimos, não têm como gerar expectativas de conjugalidade paradigmática?

Terá um cônjuge direito à sexualidade conjugal nos casos em que o seu cônjuge perdeu a possibilidade de a exercer? Ou significa, como se me afigura a única maneira de respeitar os Direitos Fundamentais, os direitos de personalidade, essa impossibilidade algo que inere à atual circunstância do cônjuge lesado na sua

¹⁹ Também o Direito germânico passou de uma enumeração extensa dos deveres conjugais, no Código Prussiano de 1794, para a afirmação de que os cônjuges devem adotar uma vida em comum.

²⁰ Defende que os incumprimentos de deveres conjugais pessoais são apenas passíveis de responsabilidade aquiliana Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 3.ª Edição revista e atualizada, 2.ª Reimpressão, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 275-308.

integridade física, de acordo com a qual o casamento se manterá ou, inversamente, se dissolverá por divórcio, caso isso corresponda agora, e por esse motivo, à vontade de um dos membros do casal, ou até de ambos?

6. Juridicidade dos deveres conjugais e sanções ao cônjuge culpado em caso de divórcio como estratégia de ação positiva pela Igualdade de Género: o argumento constitucional

Como afirmei, Adelino Muchanga sustenta a responsabilidade por incumprimento dos deveres conjugais na circunstância de a solução contrária implicar violação do princípio constitucional da igualdade²¹.

Por regra, e de acordo com a experiência atual das leis e da doutrina, assume-se que a não juridicidade dos deveres conjugais pessoais é corresponsável, como dissemos, do reconhecimento da autonomia e da liberdade de cada pessoa dentro do casamento e do seu direito a organizar a vida conjugal em pura intimidade, não competindo assim à lei e depois aos tribunais aferir da existência de um modelo prototípico e relevante de conjugalidade.

Esta vem sendo a grande inflexão no Direito matrimonial desde os finais do século XX, que, em Portugal, a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, introduziu.

7. A defesa dos Direitos Humanos das Mulheres em função das contingências que enfrenta: conclusão

I – Ora, dando provas de que bem conhece o novo rumo jurídico, Adelino Muchanga não adere aos seus princípios, fundamentando a importância da juridicidade dos deveres conjugais na proteção do cônjuge mais desfavorecido: a mulher.

Sublinho esta sua outra afirmação:

“Assim, a mulher, normalmente vítima de violação de deveres conjugais, educada tradicionalmente para obedecer ao marido e convencida pela fé que este é, por direito divino, o chefe, tem pouco espaço para agir judicialmente, exigindo indemnização por violação de deveres conjugais²²”.

O candidato, ciente de que a rutura conjugal e as consequências indemnizatórias que favoreceriam em princípio as mulheres (no caso, as mulheres moçambicanas)

²¹ Cf. a este propósito, entre outros excertos do texto, a nota 9 e as afirmações que a sustentam.

²² Perpassa, ao longo da tese, o entendimento de que está muito longe da realidade jurídica moçambicana uma mulher intentar ação judicial contra o seu cônjuge por violação dos deveres conjugais por parte deste. Adelino Muchanga, *A Responsabilidade Civil dos Cônjuges...* cit., p. 180.

acabam por não se concretizar na maioria dos casos, já que a pressão, social em geral e familiar em particular, para que não exerçam o direito a serem indemnizadas na constância do casamento ou, sobretudo, a intentar uma ação de divórcio, é intensa.

II – E assim, lança mão das virtudes da juridicidade dos deveres conjugais como arma de favorecimento; como forma de modernizar a sociedade conjugal e não de anquilosamento da mesma sociedade.

Decorre da tese que outra solução legislativa, ainda que expressiva de modernidade e reconhecimento de direitos pessoais, redundaria em desproteção, maior ainda, do membro mais frágil da sociedade conjugal.

O Direito da Família não se desenvolve igualmente em todo o mundo. E importa reconhecer que os condicionamentos culturais podem ditar soluções que não são retrógradas, porque são, na realidade, judiciosas, tendo em conta a realidade.

III – Reconheço que não é fácil introduzir as mais modernas decorrências da dignidade e da igualdade de género quando se os dão passos pioneiros e essenciais na sua senda.

Mas não é possível, simultaneamente, ignorá-las.

O candidato tem presente o Direito de outras latitudes; e assumidamente não pugna pela sua introdução hoje e agora no seu país, em nome da defesa da Igualdade de Género.

Ciente de que as indemnizações por incumprimento dos deveres conjugais sancionarão sobretudo o cônjuge masculino, é, afinal, uma medida de ação positiva que propugna.

Por isso, a solução que preconiza não deve ser considerada retrógrada ou desadequada, do ponto de vista dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos das Mulheres²³.

Reconheço a pertinência do ponto de vista sufragado na tese.

Pois admito que a construção da Igualdade de Género é por vezes tributária de soluções incoerentes com a modernidade atingida numas esferas jurídicas; e não se compadece com o ponto social e cultural a que importa atender e acudir noutras latitudes.

²³ Declaração que consta das Conclusões da II Conferência Mundial das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, e retomada, em 1995, pela IV Conferência Mundial das Nações Unidas sobre as Mulheres, conhecida como a Conferência de Pequim: “Os Direitos Humanos das Mulheres e das raparigas fazem parte, de modo inalienável, integral e indivisível, dos Direitos Humanos em geral.”

Posto que a solução adotada – responsabilidade contratual pelo incumprimento de deveres conjugais pessoais – se mostre a que melhor incrementa, no presente, os direitos das mulheres em Moçambique, nada obsta a que seja considerada uma solução adequada do ponto de vista jurídico.

IV – Cito Maria Teresa Féria de Almeida a este propósito:

“A determinação de várias gerações de Mulheres (e alguns homens, também) introduziu na doutrina dos Direitos Humanos o seu carácter verdadeiramente universal ao pleitear pela necessidade de realizar um exame crítico do Direito à luz da questão de saber como e de que maneira este afecta a vida quotidiana das mulheres, reproduz, ou não, a desigual repartição de poderes e da capacidade de exercício de direitos, ou ao invés tem potencialidades para modificar essas mesmas circunstâncias. É minha convicção que só um conhecimento profundo da realidade circundante, do mundo, do país em que vivemos, das suas gentes, das suas concretas condições de vida e trabalho, poderá trazer para o Direito, para a Ciência Jurídica, as necessárias modificações para fazer consagrar a plena assumpção da Igualdade de todos os seres humanos²⁴.”

V – E termino a minha arguição recordando os termos em que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa em 3 de setembro de 1981, define a ação positiva para a igualdade como uma estratégia destinada a estabelecer a igualdade de oportunidades por meio de medidas (temporais) que permitam contrastar ou corrigir aquelas discriminações que são o resultado de práticas ou de sistemas sociais, ou seja, um instrumento que desenvolve o princípio da igualdade de oportunidades e que tende a corrigir as muitas desigualdades entre homens e mulheres que teimam em subsistir.

Esta estratégia de ação positiva teve origem nos anos 60 nos Estados Unidos da América, devido à pressão de movimentos sociais favoráveis à participação de afroamericanos em aspetos vários da vida social. Mas avançou dando frutos noutras esferas, esta é uma delas, muitíssimo relevante.

O candidato teve o ponto presente. Espera-se (e convida-se a) que mantenha a ousadia, continuando o seu trabalho científico, também nesta direção: o amor pelo Direito da Família não é incompatível com nenhum outro afeto jurídico!

²⁴ Maria Teresa Féria de Almeida, *Se as mulheres fossem seres humanos...*, Julgar – n.º 22, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 115. O estudo apresenta, em sustento da tese, a génese histórica do reconhecimento dos Direitos Humanos das Mulheres (pp. 98-102).