



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Filipe Alexandre Indio Pinheiro

**A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE
FRENTE À DO UNIDO DE FACTO:
UMA REALIDADE DESEQUILIBRADA EM VIA DE
IGUALAÇÃO**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito, com
especialização em Ciências Jurídico Civilísticas / Menção em
Direito Civil, orientada pelo Professor Doutor Francisco Manuel
de Brito Pereira Coelho e apresentada
à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Setembro de 2021



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

**A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE FRENTE À DO
UNIDO DE FACTO:
UMA REALIDADE DESEQUILIBRADA EM VIA DE
IGUALAÇÃO**

**THE SUCCESSION RIGHTS OF THE SURVIVING SPOUSE VIS-À-VIS
THOSE OF THE SURVIVING *DE FACTO* PARTNER: AN UNBALANCED
REALITY IN NEED OF EQUALIZATION**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico Civilísticas / Menção em Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho.

Filipe Alexandre Indio Pinheiro

Coimbra, 2021

RESUMO

O Direito da Família é um dos ramos de direito mais intimamente ligado às transformações que ocorrem na realidade social que pretende regular, estando, por esse mesmo motivo, em constante mutação. Contrariamente, o Direito das Sucessões é entre nós caracterizado por um imobilismo que afeta gravemente a sua capacidade de resposta face aos problemas jurídicos que têm surgido nas últimas décadas.

Um desses problemas diz respeito ao tratamento que é designado ao unido de facto sobrevivente no momento da morte do seu companheiro, concretamente quando contraposto à posição de privilégio que tem o cônjuge sobrevivente nas mesmas circunstâncias. Assim, enquanto a sociedade portuguesa vê a união de facto como um modo de constituir família tão válido como o matrimónio, a lei valoriza a contratualidade do casamento e, conseqüentemente, desvaloriza a informalidade da união de facto ao atribuir ao companheiro sobrevivente meras proteções de cariz assistencial, em vez de lhe conceder o merecido estatuto de herdeiro legal do *de cuius*, com quem estava em comunhão de vida nos mesmos termos que um cônjuge.

Reconhecemos que os unidos de facto não querem que lhes seja aplicável o regime do casamento na sua totalidade e defendemos a existência de um direito em viver a relação às margens do direito, mas tal não implica uma completa “a-juridicidade” da união de facto. Há que desenhar um mínimo de proteção para a união de facto, indispensável para que possa haver uma escolha verdadeiramente livre na sua alternatividade com o casamento, especialmente num domínio tão sensível como a morte de um ente querido. Considerando que os unidos de facto muitas vezes pensam estar protegidos por lei no momento da morte e que não é tradição em Portugal realizar testamento, o legislador tem que assegurar que o companheiro sobrevivente não fica desamparado aquando da morte do seu companheiro, e deve fazê-lo sem hierarquizar os dois modelos familiares em questão.

Assim, a discrepância entre os regimes sucessórios da união de facto e do casamento merece ser eliminada através de revisão legislativa. A nova lei deverá refletir os princípios fundamentais presentes na Constituição da República Portuguesa e as convicções da generalidade da população.

PALAVRAS-CHAVE: sucessão; herdeiros legais; cônjuge / unido de facto sobrevivente.

ABSTRACT

Family Law is the field of law more closely connected to the transformations occurring in the social reality it regulates. It is, for that very same reason, in constant mutation. On the other hand, Succession Law is characterized, in Portugal, by its immobility, which gravely affects its capacity to successfully tackle the legal problems emerging in recent decades.

One of those problems concerns the treatment assigned to the surviving *de facto* partner, specifically when opposed to the privileged position in which the surviving spouse finds themselves under the same circumstances. While the Portuguese people believe that the *de facto* union and marriage hold the same worth as means to constitute family, the law values the contractual nature of marriage above the informal nature of the union, attributing social rights of minor significance to the surviving partner instead of granting them the status of legal heir to the deceased, with whom they shared a life in the same terms as a spouse.

We recognize that most civil partners don't wish to be submitted to the marriage regime in its entirety and believe in the right to live the relationship without interference from the law, but that does not mean there can't be *any* interference. In fact, it's necessary to put in place some protections to make sure the *de facto* union is a viable alternative to marriage, especially in an area as sensitive as the death of a loved one. Considering that the civil partners most often wrongfully believe to be protected in case of death and that the writing of wills isn't an established Portuguese custom, the legislator should guarantee that the surviving partner isn't left helpless and should do so without establishing a hierarchy between the two figures.

Thus, the discrepancy in legal treatment offered to the *de facto* union and to marriage should be eradicated through legislative review. The new law should reflect the principles of the *Constituição da República Portuguesa* and the convictions shared by the general public in Portugal.

KEY-WORDS: Immobility in Succession Law; surviving spouse; surviving partner; succession; legal heirs.

SIGLAS E ABREVIATURAS

CC – Código Civil (DL n.º 47344/66, de 25 de novembro);
LUF – Lei de Proteção das Uniões de Facto (Lei n.º 7/2001, de 11 de maio);
CRP – Constituição da República Portuguesa (Decreto de 10 de abril de 1976, cuja última alteração corresponde à Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de agosto);
CT – Código do Trabalho (Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro);
CP – Código Penal (DL n.º 48/95, de 15 de março);
CPP – Código de Processo Penal (DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro);
CRC – Código do Registo Civil (DL n.º 131/95, de 6 de junho);
CS – Código de Seabra (Código Civil de 1867);
CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia;
LLR – Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de junho);
LEC – Lei da Economia Comum (Lei n.º 6/2001, de 11 de maio);
LPMA – Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho);
LPCJP – Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de setembro);
LN – Lei da Nacionalidade (Lei n.º 37/81, de 3 de outubro);
NRAU – Novo Regime do Arrendamento Urbano (Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro);
RRATDP – Regime de Reparação de Acidentes de Trabalho e de Doenças Profissionais (Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro);
BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão);
CCB – Código Civil Brasileiro;
CCH – Código Civil Holandês;
DL – Decreto-lei;
STJ – Supremo Tribunal de Justiça;
TC – Tribunal Constitucional;
AA.VV. – Vários Autores;
Art. – Artigo;
Cf. – Conforme;
Pág. – Página;
Págs. – Páginas;
Coord. – Coordenação;
Proc. – Processo;
Nom. – Nomeadamente.

NOTA: As disposições legais não referenciadas correspondem ao Código Civil, a menos que do contexto resulte pertencerem a outra fonte

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I – PRIMEIRO OLHAR PERANTE DUAS OPÇÕES DE VIDA.....	8
1. CASAMENTO E UNIÃO DE FACTO COMO FONTES DE RELAÇÕES FAMILIARES	8
2. ASPETOS GERAIS DO CASAMENTO.....	12
3. ASPETOS GERAIS DA UNIÃO DE FACTO	16
4. BREVE REFERÊNCIA À EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CASAMENTO E DA UNIÃO DE FACTO.....	23
5. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO DE FACTO	30
CAPÍTULO II – IMPORTÂNCIA SOCIOLÓGICA DAS DUAS FIGURAS	33
1. DIREITO A VIVER ÀS MARGENS DO CASAMENTO.....	33
2. HOMOAFETIVIDADE E O DIREITO DA FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES.....	36
CAPÍTULO III – A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVO FRENTE À DO UNIDO DE FACTO SOBREVIVO	42
1. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO	42
1.1. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO POR RUTURA.....	42
1.2. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO POR MORTE	43
2. DISSOLUÇÃO DA UNIÃO DE FACTO.....	49
2.1. DISSOLUÇÃO DA UNIÃO DE FACTO POR CASAMENTO.....	49
2.2. DISSOLUÇÃO DA UNIÃO DE FACTO POR RUTURA	50
2.3. DISSOLUÇÃO DA UNIÃO DE FACTO POR MORTE	53
3. A ATUAL POSIÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVO <i>VERSUS</i> AQUELA DO COMPANHEIRO SOBREVIVO.....	64
CAPÍTULO IV – REVISÃO LEGISLATIVA NUM PANORAMA INTERNACIONAL.....	71
1. ALEMANHA	72
2. BRASIL.....	73
3. REINO UNIDO	75
4. PAÍSES BAIXOS	76
CAPÍTULO V – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS NORMAS SUCESSÓRIAS DO CASAMENTO À UNIÃO DE FACTO	77
CONCLUSÃO.....	82
BIBLIOGRAFIA	84
JURISPRUDÊNCIA.....	88

INTRODUÇÃO

É inegável que a união de facto conquistou um espaço importante na realidade jus-familiar do século XXI: ao introduzir uma alternativa viável ao casamento na constituição de família, esta figura preenche um vazio com que, ao longo dos tempos, se depararam todos aqueles que, ou por ativamente repelirem os ideais associados ao matrimónio ou por simplesmente não verem necessidade em contratualizar a relação, foram optando pela não celebração do mesmo.

O estudo que se segue propõe-se a analisar de forma séria e crítica as diferenças de regime no ordenamento jurídico português entre a união de facto e o casamento, concentrando-se especificamente nos direitos sucessórios de que são titulares o cônjuge sobrevivente, por um lado, e o unido de facto sobrevivente, por outro. Dos muitos temas que poderíamos abordar relativos à união de facto, este pareceu-nos o mais pertinente por ser aquele que mais está em necessidade de reforma legal, já que foi na hora da morte que o legislador introduziu maiores limitações à proteção do unido de facto e, portanto, mais severamente lhe falhou.

Para tal, dedicaremos a parte inicial da nossa exposição à contextualização da união de facto (e do casamento) no nosso sistema jurídico, fazendo uma breve referência aos aspetos gerais dos dois institutos, à sua evolução histórica, à questão de saber se ambos podem ser considerados “*fontes de relações de família*” e terminando por averiguar se existe um direito constitucionalmente protegido de viver uma relação às margens do direito e, se sim, em que termos. Afastando-nos momentaneamente das considerações jurídicas, iremos também debruçarmo-nos sobre a importância sociológica do casamento e da união de facto na sociedade portuguesa contemporânea, realçando como esta última figura está irremediavelmente ligada à autodeterminação dos casais do mesmo sexo.

Procederemos, de seguida, a uma contra exposição das posições sucessórias dos membros sobreviventes das duas figuras, de forma a concluir se há (ou não) um tratamento discriminatório do unido de facto sobrevivente em via de igualação perante a lei, procurando-se sempre, na eventualidade deste sujeito ser considerado um pária à relação depois da morte do *de cujus*, encontrar soluções dentro e fora do sistema jurídico português que lhe concedam uma proteção que consideramos digna de um sujeito inserido numa comunhão de vida com a mesma estabilidade e seriedade que um casamento.

Ao dar resposta à questão que nos ocupa, pretendemos expor esta problemática de forma clara, mas devidamente completa, atendendo às posições doutrinárias mais relevantes a esta dissertação, analisando detalhadamente a letra da lei e apontando para os acórdãos da jurisprudência nacional que melhor elucidam a complexidade do tema.

CAPÍTULO I – PRIMEIRO OLHAR PERANTE DUAS OPÇÕES DE VIDA

1. Casamento e União de Facto como Fontes de Relações Familiares

A família, uma das unidades básicas da sociedade, é comumente entendida como um grupo de duas ou mais pessoas com algum tipo de ligação entre si, podendo essa ligação ser determinada em vários domínios, nomeadamente a nível socioafetivo ou biológico. Um desses domínios é o jurídico, que se preocupa em estabelecer ligações *legais* entre os membros de uma família. De facto, na nossa sociedade moderna a instituição familiar está sempre submetida, em maior ou menor medida, a tratamento jurídico, o que não significa que o enquadramento da realidade jusfamiliar pelo direito é tarefa fácil.

Talvez tenha sido por esse motivo que o legislador optou por não oferecer qualquer noção legal de “*família*” no nosso Código Civil de 1966¹. Apesar disso, este avança no seu artigo 1576.º, de forma aparentemente taxativa, as fontes das quais podem surgir relações jurídico-familiares, sendo essas “*o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção*”².

O casamento é, deste modo, fonte de relações familiares em sentido jurídico, chegando a relação matrimonial a ser apontada genericamente como a “*relação familiar por excelência*”³. Entende-se bem porquê. É do casamento que surge a realidade social que mais facilmente reconhecemos como família em termos sociológicos: a família nuclear, constituída pelos cônjuges e pelos seus descendentes menores.

Contrariamente à opção que foi tomada relativamente ao conceito jurídico de “*família*”, o Código Civil avança uma noção legal de “*casamento*”, definindo-o como “*o*

¹ Diga-se também, de passagem, que o Código Civil não trata a família como detentora de personalidade jurídica / judiciária própria. Apesar disso, o legislador utilizou fórmulas legais como “*bem da família*” (art. 1671.º/2 CC) ou “*interesses da família*” (art. 1677.º-C/1) de modo a aludir, não aos interesses individuais dos membros que se inserem na realidade familiar, mas sim aos interesses dos membros da família enquanto tais (mas nunca à família como unidade coletiva). Sobre este assunto *vide* PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 6.ª edição. Lisboa: AAFDL editora (2018). Pág. 14.

² Como assinalam Francisco Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, o entendimento destes quatro institutos como fontes das relações jurídicas familiares não é tecnicamente responsável. Em termos rigorosos, apenas o casamento e a adoção são *fontes* de relações familiares porque apenas esses são atos jurídicos. Contrariamente, o parentesco e a afinidade são, propriamente, relações familiares em si mesmos. *Vide* COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Pág. 32.

³ *Vide* CORTE-REAL, Carlos Pamplona e PEREIRA, José Silva. *Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica*. Lisboa: AAFDL editora (2008). Pág. 25.

contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições [do código civil]”⁴.

Já quanto à união de facto, a lei apenas se lhe refere como “*a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo*”⁵, *vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos*”⁶. A união de facto é, assim, um instituto maleável que pode tomar vários contornos conforme sejam as expectativas e os interesses individuais de o casal: pode ser temporária e antecedente ao casamento; estado definitivo e completo em si mesmo; ou um intermédio saudável, em que o casamento pode vir ou não a acontecer.

Antes de nos aprofundarmos sobre o que significa viver “*em condições análogas às dos cônjuges*”, podemos já avançar algumas considerações sobre a união de facto como entidade com inegável proximidade à realidade jusfamiliar. Como se percebe pelo que temos vindo a expor, não estando a união de facto plasmada no elenco de institutos que o código civil qualifica como fontes de relações jurídico-familiares, esta não é assim considerada num entendimento tradicional, ou seja, a relação entre os membros de uma união de facto não é uma relação familiar em termos rigorosos.

⁴ Cf. art. 1577.º do CC.

⁵ Iremos, daqui em diante, utilizar o termo “*sexo*” por ser o mais difundido entre a doutrina e o adotado pela lei; refira-se, porém, que entendemos as palavras da lei no sentido de “*independentemente do género*”, abraçando deste modo o consenso da comunidade científica, tanto no ramo da medicina como no das ciências sociais, de que “*género*” e “*sexo*” são conceitos distintos. “*Sexo*” é atualmente o termo utilizado para aludir aos atributos biológicos de seres humanos e animais, sendo este determinado pelos níveis hormonais, pelos cromossomas e pelos órgãos reprodutivos de um ser e correspondendo ao feminino, masculino e, porventura, intersexual; de outro modo, “*género*” corresponde à forma como alguém se identifica socialmente, assentando este conceito em formas de expressão e outros aspetos comportamentais socialmente construídos e podendo corresponder, ou não, com o atributo “*sexo*” do indivíduo em causa. Estes são conceitos que interagem um com um outro, mas não se confundem.

Do mesmo modo, “*género*” não é o mesmo que “*orientação sexual*”, sendo este segundo um conceito que irremediavelmente toca no outro ao estabelecer-se como a atração afetiva, emotiva ou sexual de uma pessoa em relação a um ou mais géneros. O género é uma identidade própria que em nada afeta a orientação sexual do sujeito.

Hoje, encontram-se páginas sobre estas distinções num grande número de portais digitais oficiais, esclarecendo-se, normalmente, que não deve (nem pode!) continuar a existir discriminação com base na orientação sexual ou identidade de género de um sujeito. Alongamo-nos na explicação destes conceitos precisamente por considerarmos que a lei portuguesa está, neste tipo de questões, profundamente desatualizada relativamente a outros ordenamentos jurídicos.

Cf. o glossário português em <https://www.cig.gov.pt/lgbti/glossario-orientacao-sexual-identidade-expressao-genero-caracteristicas-sexuais/> e a página da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre esta temática em https://www.who.int/health-topics/gender#tab=tab_1.

⁶ Cf. art. 1.º/2 LUF.

Apesar desse facto, e considerando o crescente peso que a união de facto tem vindo a assumir na realidade social, parece-nos legítimo questionar se esta figura não pode, ainda assim, ser enquadrada como relação jurídico-familiar⁷.

Face a esta problemática, parte da doutrina⁸ defende intransigentemente que as relações familiares são as indicadas expressamente no artigo 1576.º do Código Civil, e somente essas. Para estes autores, se o legislador tivesse querido qualificar a união de facto como relação familiar então certamente tê-la-ia inserido na lista taxativa do preceito em causa e tomado medidas para que estas relações não fossem livremente extintas⁹; não o fazendo, seria imperativa a sua recondução à categoria de relações jurídicas parafamiliares.

Seguindo outra perspetiva, Vital MOREIRA e Gomes CANOTILHO consideravam que da redação do artigo 36.º/1 da Constituição da República Portuguesa – que nos diz que “*todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade*” – era possível concluir que o legislador teria querido separar a constituição de

⁷ A inclusão da união de facto como fonte de relações familiares é importante a diversos níveis. A título de exemplo, condiciona se esta se enquadra na esfera de proteção constitucional do art. 36.º/1 da CRP ou nos agravantes do art. 361.º do CP, a par da proibição e imposição de condutas do art. 200.º do CPP.

⁸ Como o Dr. Antunes VARELA, que considerava que “*a união concubinária, distinguindo-se da união matrimonial [pela] falta de tecido injuntivo, não constitui portanto uma forma de organização familiar*”. Vide VARELA, Antunes. *Direito da Família*. Vol. I. 5.ª edição, revista, atualizada e completada. Lisboa: Livraria Petrony (1999). Pág. 31.

⁹ Para Jorge Duarte PINHEIRO, uma das vozes contra a qualificação da união de facto como relação familiar, um dos traços distintivos das relações familiares é o facto de estas terem que ser extintas através de ato de uma autoridade estadual ou equivalente. Este autor afirma que a união de facto se aproxima mais da situação de economia comum do que da união conjugal, argumentando que ambas as figuras exigem um prazo de dois anos para produzirem efeitos e que ambas pressupõem comunhão de mesa e uma permanente coabitação, para além de produzirem alguns efeitos idênticos; contrariamente, o casamento não obrigaria a uma coabitação efetiva e, como já mencionámos, não se extingue (nem se constitui) livremente. Vide PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 6.ª edição. Lisboa: AAFDL editora (2018). Págs. 554 e ss.

De modo a evitar considerações repetidas, iremos apenas apontar que a união de facto e a situação de economia comum são dois institutos que, tendo abertamente algumas semelhanças a nível de regime jurídico, se assumem como figuras evidentemente distintas, aproximando-se a união de facto nitidamente mais ao matrimónio. Desde logo, a própria lei traça uma analogia entre a união de facto e o casamento quando afirma que os membros da união de facto vivem em condições análogas às dos cônjuges, o que pressupõe que a comunhão de leito, mesa e habitação opera nos mesmos termos para a união de facto que para o casamento. Depois, não sendo a vivência em economia comum determinada por uma comunhão de leito (confira-se o art. 2.º/1 e 2 da Lei n.º 6/2001, de 11 de maio), dá-se imediatamente uma profunda quebra na proximidade desta figura à união de facto, isto porque a união de facto pressupõe uma afeição entre o casal próxima da *affectio conjugal* (uma harmonia plena de vida a dois), enquanto que a situação de economia comum pode apenas ser movida por uma necessidade económica de entajuda ou partilha de recursos. As intenções dos sujeitos subjacentes às duas figuras não podiam ser mais distintas. Contrariamente, a vivência em união de facto espelha diretamente a vivência do casamento, excetuando-se o desejo das partes de se submeterem a uma contratualidade pré-estipulada em muitos aspetos pelo legislador.

casamento da constituição de família, sendo esta última uma realidade mais ampla capaz de abarcar a união de facto¹⁰.

Já segundo Guilherme de OLIVEIRA¹¹, existem três motivos que parecem apontar para uma resposta afirmativa à questão levantada: em primeiro lugar, assinalando uma tendência de enfraquecimento da Igreja e do Estado na ingerência da vida familiar, este autor nota que a legitimação das relações jurídico-familiares deixou de ser tão “*formal*” para passar a ser mais subjetiva, mais ligada à comunhão de vida que os casais vivem na prática social; depois, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹² quis propositadamente abranger, não só o casamento, mas também outras formas de constituir família que estavam na altura a emergir nos Estados Membros (como a união de facto), através do uso da expressão abrangente “*direito de constituir família*”; por fim, o próprio direito português prevê noções de “*família*” mais amplas, tanto dentro do Código Civil¹³ como noutros diplomas avulsos¹⁴.

Finalmente, tal como indica Telma CARVALHO¹⁵, a própria função teleológica da união de facto – a realização pessoal de cada sujeito através de uma plena comunhão de leito, mesa e habitação com outra pessoa – coincide com a do casamento, não sendo coerente que uma figura alcance, aos olhos da lei, o estatuto de fonte de relações familiares enquanto é recusado a virtualmente a mesma união, simplesmente agora não contratualizada, apenas

¹⁰ Tal não obstante não quererem incluir nas considerações que teceram as uniões de facto do mesmo sexo, o que não defendemos. Vide Anotação ao art. 36.º da CRP in CANOTILHO, J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora (1984). Pág. 220.

¹¹ Seguimos aqui a esquematização estabelecida em COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Págs. 66 e 67.

Note-se ainda que na edição de 2008 estes autores consideravam a união de facto uma relação parafamiliar, a par também do apadrinhamento civil. A atual consideração destes dois institutos como relações familiares é reflexo da evolução que tem vindo a decorrer na doutrina nacional relativamente a este tema.

¹² Cf. art. 9.º da CDFUE.

¹³ Cf. art. 1106.º do CC, por exemplo, que, ao prever que o arrendamento para habitação não caduca por morte do arrendatário quando lhe sobreviva pessoa que com ele vivesse em união de facto há mais de um ano, admite o unido de facto como familiar do *de cujus*.

¹⁴ O art. 4.º do DL n.º 194/91, de 25 de maio e o art. 3.º do DL n.º 166/93, de 7 de maio ambos incluem o unido de facto no conceito de “*agregado familiar*”. Do mesmo modo, também os arts. 4.º e 5.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio se referem à casa comum dos unidos de facto como “*casa de morada da família*”. Outro exemplo é o art. 46.º/2 da LPCJP, que certifica que a união de facto reúne todos os requisitos para efeitos de acolhimento familiar ao estabelecer que “*constituem família duas pessoas casadas entre si ou que vivam uma com a outra há mais de dois anos em união de facto ou parentes que viviam em comunhão de mesa e habitação*”.

¹⁵ Vide CARVALHO, Telma. “*A União de Facto: A sua Eficácia Jurídica*” in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil*. Vol I – Direito da Família e das Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora (2004). Pág. 226.

porque essa não está inscrita na lista do artigo 1576.º, lista essa redigida num contexto sociocultural já não existente.

Concluimos, assim, que a união de facto deve ser considerada fonte de relações familiares de modo a conseguirmos dar resposta jurídica à paulatina normalização da vivência íntima à margem do casamento¹⁶. A união de facto cumpre as mesmas funções e assume o mesmo papel que o casamento na constituição de família, tanto que negar-lhe o dístico de relação familiar seria uma grave injustiça face às muitas famílias que escolheram a união de facto como pilar da sua fundação.

Feitas as nossas apreciações, entendemos, porém, que não há motivo para que a questão da inserção da união de facto nas fontes das relações familiares interfira na análise crítica dos seus efeitos jurídicos, em especial dos seus efeitos sucessórios. O mesmo é dizer que, independentemente de considerarmos a união de facto uma relação familiar ou uma relação parafamiliar, é sempre possível concluir que há um desequilíbrio indevido entre o seu regime e o do casamento, isto porque não há dúvida que o artigo 36.º da CRP confere ao legislador ordinário abertura para dar a regulamentação que considere adequada ao contexto sociocultural em causa. Em Portugal, o regime jurídico da união de facto está condensado na Lei n.º 7/2001, de 11 de maio e vai ser através da lei positiva contida nesse diploma que (máxime) vamos tecer as nossas considerações.

2. Aspetos Gerais do Casamento

Referimos que, segundo o artigo 1577.º do Código Civil, o casamento é definido como “*o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste código*”. Há aqui dois aspetos que importa aprofundar.

O primeiro é relativo ao facto de que, nos termos do artigo 1587.º/1 do Código Civil, existem dois tipos de casamento no ordenamento jurídico português¹⁷: o casamento católico

¹⁶ A par do Acórdão do TC n.º 88/04, Proc. n.º 411/2003, que refere que “*o direito de constituir família (art. 36.º/1 da Constituição) não é apenas produto do casamento, mas pode também resultar de uma situação de união de facto estável e duradora*”, isto apesar de existir uma ampla margem de liberdade dada ao legislador ordinário para prever um regime específico para os cônjuges (cf. Acórdão do TC n.º 410/08, Proc. n.º 1141/07).

¹⁷ Ao utilizar a expressão “*dois tipos de casamento*” queremos enunciar que estes são dois institutos diferentes (aos quais se aplicam, pelo menos em alguns aspetos, corpos normativos distintos) e não meramente duas formas de celebração do casamento.

Através de a Lei n.º 16/2001, de 22 de junho (LLR) passou a admitir-se a celebração do casamento segundo os ritos religiosos da religião que os nubentes professam (desde que, claro, essa seja uma religião reconhecida

e o casamento civil, sendo a definição apresentada respeitante a este segundo tipo de casamento, ao qual vamos dedicar o nosso estudo.

O segundo ponto a discutir foca-se na expressão “*plena comunhão de vida*”, já que a lei não diz explicitamente o que constitui uma plena comunhão de vida. Se imbuirmos este preceito nas restantes disposições do Código Civil, nomeadamente recorrendo às normas do Livro IV relativas aos deveres conjugais, podemos concluir que a lei exige, para a existência de plena comunhão de vida, que os cônjuges estejam reciprocamente vinculados por deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência na sua vivência comum.

Para além disso, a doutrina entende que a comunhão de vida se desdobra numa comunhão de mesa, leito e habitação¹⁸. A comunhão de mesa passa pela obrigação de o casal partilhar recursos económicos, a comunhão de leito pressupõe que os cônjuges tenham relações sexuais entre si¹⁹ e, por fim, a comunhão de habitação traduz-se em os cônjuges terem uma residência de família onde se dá a vivência em comum: a casa de morada de

estadualmente), mas estes casamentos, depois de celebrados, veem os seus efeitos regidos pela lei civil, e unicamente por essa lei.

O casamento católico é o único casamento religioso que tem não só uma forma de celebração própria, mas também efeitos próprios provenientes da lei canónica (e isto apesar de lhe ser reconhecida eficácia civil), daí considerarmos o casamento civil – mesmo que celebrado sobre uma forma religiosa – e o casamento católico institutos diferentes. Sobre o sistema do casamento civil facultativo entre nós vigente *vide* AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito da Família e das Sucessões*. 6.^a edição. Coimbra: Almedina (2019). Págs. 39 e ss.

¹⁸ *Vide* CRUZ, Rossana Martingo. *União de Facto versus Casamento: Questões Pessoais e Patrimoniais*. 1.^a edição. Coimbra: GESTLEGAL (2019). Págs. 74 e ss.

¹⁹ Apesar de partilharmos esta conceção com a doutrina estabelecida, devemos alertar que a sexualidade aplicada ao matrimónio é um tema complexo a vários níveis. Desde logo, apesar de entendermos que a lei admite, pressupõe e, até certo nível, *determina* a comunhão de leito dentro da conjugalidade, esta não pode ser exigida forçosamente por parte de um cônjuge em relação ao outro, constituindo tal ato o crime de violação ou de coação sexual, consoante o ato sexual em causa (arts. 163.º e 164.º do CP).

Lembramos ainda que a lei teve um papel determinante na normalização destes atos ao isentar, num passado não tão distante, a atividade sexual entre cônjuges das margens legais destes crimes. Mesmo quando um dos cônjuges não dava o seu consentimento, este era pressuposto dentro do matrimónio e a própria coação sexual era considerada como parte normal da conjugalidade em muitos lares. O respeito pela autodeterminação sexual e pela igualdade da mulher num contexto marital não pode ser ignorado por nós quando escrevemos sobre a comunhão de leito como parte integrante da comunhão de vida, especialmente quando consideramos que este continua a ser um problema grave em Portugal com mais de 60 mulheres violadas pelos seus maridos no espaço de um ano, de acordo com estudos elaborados pela Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV). Cf. Artigo pelo Diário de Notícias, disponível em <https://www.dn.pt/sociedade/mas-de-60-mulheres-por-ano-sao-violadas-pelos-proprios-maridos-4986304.html> (publicado a 19 de janeiro de 2016 e consultado a 21 de fevereiro de 2021). Para um estudo mais aprofundado sobre este assunto *vide* YLLÖ, Kersti e TORRES, M. Gabriela. *Marital Rape: Consent, Marriage and Social Change in Global Context*. Oxford Scholarship Online (2016).

Por outro lado, entendemos que a prática sexual não deve ser entendida como requisito imperioso para a *existência* ou *validade* de um casamento: em primeiro lugar porque estaríamos a contribuir para a problemática acima apresentada, mas também porque isso implicaria excluir do instituto matrimonial os sujeitos que, por qualquer motivo (nomeadamente por se inserirem no espectro da assexualidade), não tenham interesse na prática de atos sexuais.

família, que deve ser escolhida por ambos²⁰ e onde devem habitar, a menos que existam razões ponderosas para que tal não aconteça²¹.

A lei requer ainda que a comunhão de vida seja exclusiva²², em termos de um sujeito não poder realizar casamento com múltiplos parceiros, e não livremente dissolúvel²³. Apesar de não termos em causa o vínculo tendencialmente perpétuo do casamento, somos críticos quanto à imposição de dificuldades na libertação do casamento quando já não existe plena comunhão de vida. Afinal de contas, impondo a lei uma plena comunhão de vida como traço caracterizante do casamento, porque insiste em apoiar o divórcio sem mútuo consentimento em justas causas de dissolução aquando da rutura dessa mesma comunhão²⁴? Certamente já não estaríamos perante um casamento, mas sim um contrato com efeitos pessoais e patrimoniais injustificáveis sobre outra pessoa. Continuamos a afirmar que o casamento não deve representar uma prisão para o cônjuge insatisfeito e que a fundamentação do divórcio em causas jurídicas que o legislador, em abstrato, considera legítimas não corresponde às tendências de simplificação do regime do divórcio que se têm observado no direito matrimonial pela esfera ocidental e verificadas já em Portugal noutros aspetos, nomeadamente através da eliminação do divórcio com base na culpa e do esmorecimento dos deveres conjugais.

Avançando, o casamento, como negócio jurídico bilateral de natureza pessoal²⁵, vê os seus pressupostos e efeitos fixados imperativamente pela lei. De igual modo, o casamento é um negócio solene, o que significa que a vontade das partes tem que manifestar-se numa certa forma de celebração para a validade do ato jurídico (forma essa que consta do artigo 155.º do CRC²⁶) e tem que ser obrigatoriamente inscrito no registo²⁷, não podendo ser invocado por nenhuma parte enquanto não for registado e, portanto, não valendo até então os seus efeitos²⁸.

²⁰ Cf. art. 1673.º/1 CC.

²¹ Cf. art. 1673.º/2 CC.

²² Cf. art. 1601.º/c) CC.

²³ Cf. art. 1773.º CC.

²⁴ Cf. art. 1781.º CC.

²⁵ Opondo-se aos negócios de natureza patrimonial, que pretendem inferir sobre relações patrimoniais e não sobre o estado das pessoas.

²⁶ Esta característica do casamento distingue-se não só dos negócios que se regem pelo princípio da consensualidade, mas também de negócios solenes cuja validade assenta na forma do documento escrito, e não da celebração do ato.

²⁷ Cf. art. 1.º/1/d) do CRC.

²⁸ Cf. art. 2.º CRC e art. 1669.º CC.

A comunhão de vida pelos cônjuges é, ainda assim, dotada de grande plasticidade, podendo os mesmos definir (e redefinir) os termos da mesma na prática desde que se mantenham dentro destes limites legais. Nas palavras de Carlos Pamplona CORTE-REAL, a comunhão de vida deve ser “*assumida por cada um dos cônjuges e modelada com grande flexibilidade, e a todo o tempo, por ambos*”²⁹. Já Diogo Leite de CAMPOS e Mónica Martinez de CAMPOS vêem-na como “*um constante viver de cada cônjuge, não só com o outro, mas para o outro; enriquecendo e afirmando cada uma das pessoas*”³⁰.

Como aludimos, quando celebrado validamente (isto é, respeitando os requisitos referentes ao consentimento, capacidade e restantes formalidades³¹), o casamento produzirá os seus efeitos, pessoais e patrimoniais, na prática, afetando os nubentes, os seus herdeiros e ainda terceiros. Mas que efeitos são esses?

Quanto aos efeitos patrimoniais, não vamos poder descrevê-los minuciosamente dada a sua complexidade, mas retenha-se que estes se debruçam sobre a administração e disposição dos bens pertencentes aos cônjuges, responsabilidade por dívidas e as várias ilegitimidades conjugais, aplicando-se diferentes regulações conforme o regime de bens que os cônjuges escolheram para o casamento. Para além disso, o casamento importa variadas consequências a nível de celebração de contratos entre os cônjuges durante a vigência do mesmo e, claro, a nível das doações para casamento, sejam elas entre esposados ou feitas por terceiro³². Vamos aprofundar tópicos relativos aos efeitos patrimoniais do casamento conforme sejam relevantes para a exposição que se segue, nomeadamente aqueles que servirão para estabelecer o contraste com a união de facto em caso de extinção da relação por morte.

Já os efeitos pessoais correspondem à constituição de família (como já mencionámos), aos efeitos sobre o nome³³, aos efeitos relativos à nacionalidade³⁴ e à

²⁹Vide CORTE-REAL, Carlos Pamplona e PEREIRA, José Silva. *Direito da Família – Tópicos para uma Reflexão Crítica*. Lisboa: AAFDL (2008). Pág. 28.

³⁰ Vide CAMPOS, Diogo Leite de e CAMPOS, Mónica Martinez de. “*A Comunidade Familiar*” in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho* (Coordenação de Guilherme de OLIVEIRA). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Pág. 12.

³¹ Cf. arts. 1631.º e ss. do CC.

³² Para um estudo aprofundado sobre os efeitos do casamento vide AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito da Família e das Sucessões*. 6.ª edição. Coimbra: Almedina (2019). Págs. 105 e ss.

³³ Cf. arts. 1677.º e ss. do CC.

³⁴ Cf. art. 3.º da LN.

imposição de certos deveres aos cônjuges³⁵. Caso haja descendentes, o casamento cria uma série de responsabilidades parentais e uma presunção de paternidade.

É em relação aos deveres conjugais que os cônjuges mais facilmente conseguem conformar e individualizar o contrato matrimonial, isto na medida em que a lei lhes permite definir livremente o modo de cumprimento de alguns destes deveres, tal como o dever de contribuir para os encargos da vida familiar³⁶, o dever de habitação comum (através da decisão sobre a casa de família)³⁷, entre outros. Apesar dessa possibilidade, exige-se sempre (e bem!) que nessa conformação sejam respeitados os princípios fundamentais enunciados no artigo 1671.º do Código Civil: a igualdade dos cônjuges e a direção conjunta da família, chegando o primeiro princípio a estar constitucionalmente consagrado³⁸ e sendo o segundo um corolário direto e indesviável do primeiro.

3. Aspetos Gerais da União de Facto

Referimos anteriormente que a união de facto é, nos termos do n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, a união jurídica entre duas pessoas que (independentemente do sexo) vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos.

A expressão “*condições análogas às dos cônjuges*” ordena que os unidos de facto se comportem de acordo com os critérios de vivência conjugal exigidos pela lei, ou seja, tem que ser possível estabelecer-se uma analogia entre a experiência vivida num casamento e numa união de facto, excetuando-se apenas o facto de que, na união de facto, os dois membros do casal não aderiram a um vínculo contratual para formalizar a sua relação, algo que pode facilmente passar despercebido a terceiros que entrem em contacto externo com a relação. A união de facto é, precisamente, uma mera situação fáctica com importância legal e a que a lei, por esse mesmo motivo, concede efeitos jurídicos.

Por maioria de razão, e atendendo aos considerandos que fizemos *supra* sobre o casamento, para que exista uma união de facto os dois sujeitos em causa deverão estar numa exclusiva comunhão de vida, com a mesma estabilidade e seriedade do casamento e durante o período mínimo de dois anos.

³⁵ Cf. arts. 1672.º e ss. do CC.

³⁶ Cf. art. 1676.º CC.

³⁷ Cf. art. 1673.º CC.

³⁸ Cf., explicitamente, o art. 36.º/3 da CRP e, indiretamente, o art. 13.º do mesmo diploma.

Quanto à comunhão de vida já aludimos anteriormente, valendo essa nos mesmos termos que no casamento. Convém, no entanto, mencionar que têm que estar cumulativamente reunidas a comunhão de leito, mesa e habitação para a existência da união de facto, sendo a presença de todos esses elementos que a distinguem de outras figuras, como o concubinato duradouro³⁹ (em que há comunhão de leito, mas não comunhão de mesa ou habitação) ou a economia comum (em que há comunhão de mesa e habitação, mas não um relacionamento sexual estável⁴⁰).

A exigência que a relação tenha a mesma “*seriedade e estabilidade*” que o casamento implica que meras relações sexuais fortuitas ou relações de concubinato duradouras não sejam constitutivas de uma união de facto. Inversamente, e apesar de uma “*vivência em condições análogas às dos cônjuges*” implicar claramente a exclusividade da relação, a infidelidade, por um ou ambos os membros da relação, não é causa suficiente para afastar a existência da união de facto, tal como não é capaz de automaticamente desfazer o casamento.

Podemos ainda afirmar que o elemento temporal que a lei demanda não é, em termos de rigor técnico, um critério cuja verificação seja necessária para a existência de uma união de facto. Esta passa a existir logo a partir do momento em que os seus membros passem a viver juntos, em comunhão idêntica à vivida por dois cônjuges. Podemos, sim, dizer que este requerimento – que a união de facto exista há pelo menos dois anos – é elemento necessário para que exista uma união de facto *protegida por lei*, desejando com ele o legislador atestar a condição de durabilidade da relação para lhe atribuir efeitos jurídicos⁴¹.

Este requisito levanta, porém, a questão de saber se para a sua verificação este prazo tem que decorrer consecutivamente ou se, em caso de separação temporária, fica suspenso. Parece-nos, a par de Jorge Duarte PINHEIRO, que em caso de rutura o prazo deve voltar a ser contado do início a partir da data da reconciliação⁴². No entanto, na eventualidade de não haver qualquer intenção de pôr fim à relação mas, por algum motivo (por exemplo, devido a deslocação profissional), os sujeitos deixem de estar em coabitação, o prazo fica suspenso até que este requerimento volte novamente a estar reunido.

³⁹ A que a lei alude, por exemplo, no art. 1871.º/1/c).

⁴⁰ Cf. art. 2.º/1 da LEC.

⁴¹ Ao longo deste texto, vamos referimo-nos às uniões que cumprem todos os requisitos legais como “*uniões de facto*” e àquelas em que nem todos os elementos exigidos pela lei estão verificados como “*uniões more uxorio*”.

⁴² Vide PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 6.ª edição. Lisboa: AAFDL editora (2018). Págs. 525 e ss.

O artigo 2.º da LUF estabelece um conjunto de circunstâncias cuja verificação impede a concessão de proteção legal a uma união *more uxorio*. Assim, são fatores que obstam à atribuição de direitos e benefícios a uma união os seguintes, correspondendo as alíneas a) a e) às aquelas do artigo em causa:

- a) Idade inferior a 18 anos à data do reconhecimento da união de facto;
- b) Demência notória, mesmo com intervalos lúcidos e situação de acompanhamento de maior, se assim se estabelecer na sentença que a haja decretado, salvo se posteriores ao início da união;
- c) Casamento não dissolvido, salvo se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens;
- d) Parentesco na linha reta ou no 2.º grau da linha colateral ou afinidade na linha reta;
- e) Condenação anterior de uma das pessoas como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado contra o cônjuge do outro.

Ao compararmos este preceito com os artigos 1601.º e 1602.º do Código Civil constatamos que estes impedimentos, referentes à proteção jurídica da união de facto, correspondem quase inteiramente aos impedimentos dirimentes do matrimónio⁴³. Da alínea a) a c) àqueles presentes no artigo 1601.º, ou seja, aos impedimentos dirimentes absolutos, encontrando-se poucas exceções: em vez de dezasseis anos, na união de facto o impedimento é a idade inferior a dezoito anos (alínea a)); já quanto ao casamento não dissolvido (alínea c)), há na união de facto a excepção de impedimento no caso de ter sido decretada a separação de pessoas e bens, o que não acontece para o casamento.

As alíneas d) a e) correspondem aos impedimentos dirimentes relativos do artigo 1602.º do Código Civil, sendo a única excepção o facto de que, para a união de facto, a existência de relação anterior de responsabilidades parentais não constitui qualquer impedimento, contrariamente ao que acontece no que diz respeito ao matrimónio.

Como vimos, apesar de a existência de uma segunda união de facto, paralela à primeira, não constituir um impedimento expresso à proteção jurídica da união de facto, o princípio da monogamia é aqui na mesma imperativamente vigente, tendo consagração legal

⁴³ Vamos, ao longo desta exposição, utilizar a expressão “*matrimónio*” com o mesmo significado que “*casamento*”, isto é, sem querermos com essa denominação introduzir qualquer pendor religioso que lhe esteja associado. Consideramos que, dado o uso corrente da expressão “*matrimónio*” (inclusive pelo código civil), esta já ganhou significado próprio, separado da esfera religiosa.

na expressão “*condições análogas às dos cônjuges*” do artigo 1.º, o que significa que, para uma relação poder ser considerada uma união de facto protegida, esta tem que ser a única relação de intimidade compactuante de gratificação afetiva em que participam aqueles dois sujeitos.

Para além dos elementos objetivos que temos vindo a falar, podemos também apontar um elemento subjetivo decisivo para estarmos perante uma união de facto: a vontade. É necessário que as partes demonstrem “*animus convivendi*”, isto é, querer estar naquela relação de afeto⁴⁴.

Quanto ao regime da união de facto, este é notavelmente diferente da rígida formalidade que compõe o pano de fundo legal do casamento. Desde logo, quem pretende beneficiar do regime da união de facto tem o ónus de fazer prova desse facto, isto é, que vive (ou viveu) numa união de facto legalmente protegida pelo período mínimo de dois anos.

Acontece que, sendo a união de facto uma mera situação de facto, não existe um ato formal capaz de indicar o momento exato em que esta passa a existir (tanto mais considerando que o seu registo não é obrigatório⁴⁵), tornando-se comuns os problemas quanto à sua prova.

Para que a responsabilidade de averiguar a existência (ou inexistência) da união de facto não recaia sobre os tribunais, que a sustentariam através de declaração judicial⁴⁶, é impreterível que se admita qualquer meio de prova para a sua comprovação, incluindo através de declaração emitida pela junta de freguesia, um documento que visa facilitar a prova aos unidos de facto.

É o que nos diz o artigo 2.º-A/1 da LUF. Segundo este preceito, “*na falta de disposição legal ou regulamentar que exija prova documental específica, a união de facto prova-se por qualquer meio legalmente admissível*”. O n.º 2 do mesmo diploma faz referência expressa à declaração da Junta de Freguesia, esclarecendo que, nesse caso, “*o documento deve ser acompanhado de declaração de ambos os membros da união de facto,*

⁴⁴ Vide CRUZ, Rossana Martingo. *União de Facto versus Casamento: Questões Pessoais e Patrimoniais*. 1.ª edição. Coimbra: GESTLEGAL (2019). Pág. 41.

⁴⁵ Não está incluída no elenco do art. 1.º/1 do CRC, ao contrário do casamento, inscrito na alínea c).

⁴⁶ Não se exige, de igual modo, que a dissolução da união de facto seja judicialmente declarada, excetuando-se quando a dissolução operou por vontade de um dos unidos de facto e se pretendam fazer valer direitos que dependam dessa dissolução. Cf. art. 8.º/2 da LUF.

sob compromisso de honra, de que vivem em união de facto há mais de dois anos”, bem como de certidões de cópia integral do registo de nascimento de cada um.

Já nos termos do n.º 3, as falsas declarações são punidas nos termos da lei penal, implicando que o documento em causa apenas prova que foi feito um “*testemunho oral ou escrito pelos dois cidadãos eleitores recenseados na freguesia*” (expressão utilizada pelo art. 34.º/1 do DL n.º 135/99, de 22 de abril, que confirma a competência da Junta de Freguesia para emissão de tal documento) ao funcionário da Junta, e não a veracidade desse facto⁴⁷.

Desse mesmo modo, a declaração emitida pela junta de freguesia não é inexpugnável, ou seja, pode ser afastada por qualquer interessado que consiga provar que a união de facto não é, por qualquer que seja o motivo, legalmente protegida, nomeadamente porque esta ainda não cumpriu o requisito temporal ou não o cumpriu nos moldes plasmados no documento.

Devemos ainda assinalar que, de acordo com o artigo 6.º/2 e 3 do mesmo diploma, no caso de acesso às prestações por morte, a entidade responsável pelo pagamento dessas mesmas prestações pode, quando existem fundadas dúvidas sobre a existência da união de facto, solicitar meios de prova complementares, como por exemplo declaração emitida pela Autoridade Tributária e Aduaneira ou pelo Instituto dos Registos e do Notariado onde se ateste que à data da morte esses sujeitos tinham, de facto, domicílio fiscal comum há mais de dois anos, apenas se recorrendo aos tribunais, através de ação judicial com vista à comprovação da união de facto, em último recurso, caso ainda persistam dúvidas.

Concordamos neste ponto com Rita Lobo XAVIER quando a autora afirma estar em causa uma ação de simples apreciação negativa porque, apesar de incumbir à entidade responsável pelas prestações por morte o ónus de propor a ação, é ao membro sobrevivente que recai a competência de comprovar os factos constitutivos do seu direito nos termos do artigo 343.º/1 do Código Civil⁴⁸.

⁴⁷ Vide COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Págs. 72 e 73.

⁴⁸ Vide XAVIER, Rita Lobo. “*A União de Facto e a Lei Civil no ensino de Francisco Manuel Pereira Coelho e na Legislação Atual*” in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho* (Coord. Guilherme de OLIVEIRA). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Pág. 685.

De qualquer modo, ficam aqui já demarcadas duas diferenças fundamentais da união de facto em relação ao casamento: por um lado, o casamento pode ser celebrado e começar a produzir os seus efeitos a qualquer momento da relação, desde que estejam presentes todos os requisitos exigidos pela lei; por outro lado, após a celebração do casamento, este é facilmente provado devido à forma exigida pelo artigo 155.º do CRC e obrigatoriedade de registo.

Outra diferença expressiva entre o regime da união de facto e do casamento é concernente aos efeitos entre os dois estatutos. Não tendo a união de facto qualquer regulação sobre diversos aspetos importantes da vida conjunta do casal (como em relação aos regimes de bens, responsabilidades por dívidas, proibição de contratos entre ambos, etc.) e ainda, claro, pelo facto de a união de facto não ser tão cognoscível a terceiros como o casamento (devido à não obrigatoriedade de registo e difícil prova), os efeitos da união de facto são, no ordenamento jurídico português, extremamente mitigados.

Segundo o artigo 3.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio as pessoas que vivem em uniões de facto têm direito a:

- a) Proteção da casa de morada de família;
- b) Beneficiar do regime jurídico aplicável a pessoas casadas em matéria de férias, feriados, faltas, licenças e de preferência na colocação dos trabalhadores da Administração Pública;
- c) Beneficiar de regime jurídico equiparado ao aplicável a pessoas casadas vinculadas por contrato de trabalho, em matéria de férias, feriados, faltas e licenças;
- d) Aplicação do regime do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares nas mesmas condições aplicáveis aos sujeitos passivos casados e não separados de pessoas e bens;
- e) Proteção social na eventualidade de morte do beneficiário, por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social e da presente lei;
- f) Prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, por aplicação dos regimes jurídicos respetivos e da presente lei;
- g) Pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País, por aplicação dos regimes jurídicos respetivos e da presente lei.

Apesar de os efeitos da união de facto serem apenas aqueles expressamente previstos na lei, estes não se restringem aos referidos pelo artigo 3.º da Lei n.º 7/2001, podendo constar de outros diplomas. Por exemplo, a união de facto permite que um estrangeiro adquira nacionalidade portuguesa mediante declaração de vontade quando cumpridos certos requisitos, segundo a Lei n.º 37/81, de 3 de outubro (comumente referida como “*Lei da Nacionalidade*”).

Também o Código Civil, no seu artigo 1871.º/1/c), atribui efeitos à união de facto, estabelecendo a presunção que, em caso de ação de investigação da paternidade⁴⁹, o pai é o sujeito com quem a mãe esteve em união de facto (ou concubinato duradouro) durante o período legal de concepção.

Na Lei n.º 7/2001, mas agora no artigo 7.º e já não no 3.º, é “*reconhecido a todas as pessoas que vivam em união de facto [...] o direito de adoção em condições análogas às previstas no artigo 1979.º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais*”.

Como se vê, não existe em termos de efeitos pessoais qualquer obrigação legal de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência⁵⁰, sendo o encanto da união de facto justamente a fraca ingerência da lei na conformação relacional entre os sujeitos. É claro que, ainda assim, não é de todo estranho os unidos de facto optarem por moldar a sua relação exatamente nos mesmos termos que a lei pensou para o casamento.

Já quanto aos efeitos patrimoniais, também não se produzem efeitos na mesma medida do casamento, desde logo porque não há um regime de bens certo e predefinido. Assim sendo, os membros da união de facto terão, em princípio, completa liberdade para delinear as suas relações patrimoniais como desejarem (nos termos gerais do direito das obrigações e dos direitos reais), podendo mesmo organizá-las nos chamados “*contratos de*

⁴⁹ E apenas nesse caso, o que implica que a paternidade não é automaticamente estabelecida, mas antes judicialmente decretada! Esta apenas inverte o ónus da prova da filiação, distinguindo-se assim daquela presente no art. 1826.º/1 CC.

⁵⁰ Do mesmo modo, outros efeitos pessoais que tenhamos mencionado para o casamento e que não tenhamos revisitado neste capítulo não se aplicam à união de facto, como é o caso dos efeitos relativos ao nome presentes no art. 1677.º do CC.

coabitação”⁵¹. Dissemos “*em princípio*” já que esta regra comporta exceções, como aquela prevista no artigo 953.º, por exemplo⁵².

4. Breve Referência à Evolução Histórica do Casamento e da União de Facto

A conceção de família, enquanto fenómeno condicionado pela história e pela sociologia, sofreu grandes transformações ao longo dos tempos. O próprio casamento, hoje indubitavelmente o centro do grupo familiar, nem sempre revestiu esse papel. De facto, se olharmos para os textos clássicos do Direito Romano, constatamos que a família, como organismo político sob a chefia do *pater familias*, pertencia à esfera privada, na qual o direito da *civitas* não se intrometia. Neste contexto, o *matrimonium* era uma situação de facto pois, à semelhança da união de facto contemporânea, assentava num consenso (a *affectio maritalis*) e não dependia da celebração de qualquer ato. Acabando esse consenso, por uma ou outra parte, acabava também de imediato o casamento⁵³.

Mais tarde, na época pós-clássica, Constantino reconfigurou totalmente o conceito de “*consenso*” aplicado à esfera matrimonial, passando este apenas a *criar* o casamento, ou seja, já não se exigia a continuidade do consenso, mas apenas a existência do mesmo aquando da criação do vínculo matrimonial. Dissolvendo-se o casamento por *repudium-divorcium*, seria agora necessário os ex-cônjuges munirem-se de documentos comprovativos dessa dissolução para que não fossem acusados de adultério ou bigamia na eventualidade de entrarem em nova relação⁵⁴.

A influência espiritual da Igreja Católica eventualmente levou a que o casamento se entrelaçasse com a disciplina jurídica, casando-se os professantes de acordo “*com as leis das suas cidades*”⁵⁵ mas vivendo segundo os ideais da moralidade cristã. Segundo estes, o casamento era um “*mal menor*” que permitia fazer frente ao pecado da fornicação perante a

⁵¹ Se assim é para os efeitos patrimoniais da união de facto, o mesmo não se pode dizer relativamente aos efeitos pessoais desse instituto. Tais cláusulas estariam a ultrapassar o espaço de autodeterminação pessoal demarcado pela ordem jurídica, não sendo englobados pelo princípio da liberdade contratual (art. 405.º CC).

⁵² Sobre esta exceção vide COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Págs. 85 e ss.

⁵³ Vide CID, Nuno de Salter. *A Comunhão de Vida à Margem do Casamento: entre o Facto e o Direito*. Coimbra: Almedina (2005). Págs. 99 a 102.

⁵⁴ Vide CAMPOS, Diogo Leite de. *A Invenção do Direito Matrimonial*. Coimbra: Almedina (1995). Págs. 4 a 7.

⁵⁵ Vide CAMPOS, Diogo Leite de. *A Invenção do Direito Matrimonial*. Coimbra: Almedina (1995). Pág. 13.

fragilidade do Homem⁵⁶. Talvez a maior alteração introduzida pelo pensamento cristão no direito matrimonial tenha sido a absoluta indissolubilidade do casamento cristão, um traço que permaneceu inalterado durante séculos.

Ainda assim, no decorrer de grande parte da Idade Média, a Igreja operava apenas através do meio consuetudinário, não tendo poder formal para “legislar” a respeito do casamento, do divórcio e sobre as sanções às correspondentes transgressões da fé. Foi em 1031, com os Concílios de Bourges (1 de novembro) e de Limoges (18 de novembro), que a jurisdição sobre este domínio foi exigida pelo grupo eclesiástico, tendo sido conquistada e consolidada nos anos subsequentes⁵⁷.

Com o passar do tempo, a família transforma-se progressivamente de organismo político sob supremacia do *pater familias* para “*uma comunidade natural, de pessoas ligadas entre si pelo vínculo do matrimónio e pelos laços biológicos da procriação*”⁵⁸, sob constante escrutínio religioso e como unidade estratégica em termos de disposição e conservação de património. O modelo do “*casamento aliança*”⁵⁹ lança as suas raízes nas profundezas do solo da sociedade ocidental, permanecendo relativamente intocado até ao século XIX.

Com o advento da Revolução Francesa e, mais tarde, da Revolução Industrial, esta comunidade de pessoas interligadas pelos laços matrimoniais e biológicos começa a diminuir em número (desabrochando a denominada “*família nuclear*”, constituída pelos cônjuges ligados pelo casamento e os seus descendentes menores) e o casamento acaba por perder a sua natureza sacramental para assumir uma base laica de contrato bilateral. Surge assim o casamento civil obrigatório, um casamento identificado por ideais românticos e

⁵⁶ “É bom para um homem não tocar numa mulher. No entanto, por causa da fornicção, que cada homem tenha a sua mulher e que cada mulher tenha o seu marido. [...] Se não conseguem dominar-se, que casem. Pois é melhor casar que arder”. Vide S. PAULO. 1.^a Carta aos Coríntios. Capítulo 7, versículos 1-2 e 9. in LOURENÇO, Frederico. *Bíblia*. Vol. II. Lisboa: Quetzal (2017). Pág. 237.

Mais tarde, com a Escola de Aberlardo, a relação matrimonial passou a pressupor, e mesmo impor, a prática de relações sexuais entre os cônjuges.

⁵⁷ Vide CAMPOS, Diogo Leite de. *A Invenção do Direito Matrimonial*. Coimbra: Almedina (1995). Págs. 86 e ss.

⁵⁸ Vide CHAVES, João Queiroga. *Casamento, Divórcio e União de Facto*. 2.^a edição, revista, atualizada e aumentada. Lisboa: Quid Juris (2010). Pág. 55.

⁵⁹ Vide COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.^a edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Págs 121 e ss.

como assunto apenas dos nubentes, não se regendo pelos interesses da família, nem pedindo a intervenção do Estado e cada vez menos da esfera religiosa.

O domínio do casamento ter voltado para as mãos da lei civil abriu oportunidade para que fosse permitida a dissolução do casamento enquanto contrato. Entre avanços e recuos, os vários Estados foram eventualmente decretando a possibilidade do divórcio aplicado a casamentos civis, de modo acessível em termos económicos e de forma generalizada para a população, isto é, independentemente do género do pedinte.

A supremacia totalitária do *pater familias* e os valores rígidos dos casamentos aliança não eram, contudo, uma realidade completamente ultrapassada. A erradicação dos papéis assumidos tendo em consideração o género dos cônjuges é apenas conquistada no século XX, quando a II Guerra Mundial, impelindo as mulheres para um mercado de trabalho até então predominantemente (quase inteiramente) masculino, origina “*um processo de autonomização e libertação da mulher*”⁶⁰ que culminou na igualdade dos cônjuges perante a lei nos países europeus. Resta-nos apenas questionar se essa foi uma libertação meramente formal⁶¹, sendo que na prática muitas mulheres ainda se encontram numa situação de dependência económica face ao marido⁶², contribuem em maior percentagem na realização das tarefas domésticas⁶³ e, perante o nascimento do primeiro filho, a sua taxa de emprego diminui, enquanto a da contraparte masculina chega a aumentar⁶⁴.

Portugal não escapou a esta ordem de acontecimentos. Na Idade Média, o casamento era um sacramento católico, indissolúvel e entre pessoas de sexo diferente. Aliás, o Código

⁶⁰ Vide SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*. Coimbra: GESTLEGAL (2019). Pág. 21.

⁶¹ De modo a não nos desviarmos do objeto de estudo, a análise da desigualdade entre homens e mulheres cinge-se à esfera matrimonial e a aspetos conexos.

⁶² Segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico, a participação no mercado de trabalho por mulheres é, em média, apenas de 64%, correspondendo a participação masculina a cerca de 80%. Cf. Artigo da YaleGlobal Online: “*More Women Stay at Home than Men*”, disponível em https://yaleglobal.yale.edu/content/more-women-stay-home-men?fbclid=IwAR2P74l_ZuYMTxjuhlzF4RdCI fzE9ymMrUc3kiz3Ot9B_iJKTrEWpiTKMrY (publicado a 25 de janeiro de 2018, e consultado a 21 de janeiro de 2021).

⁶³ Em média, na UE, 79% das mulheres cozinham e tratam da lide doméstica todos os dias, enquanto apenas 34% dos homens realizam essas tarefas num dia. Cf. Artigo da Statista: “*Who’s Doing Europe’s Housework?*”, disponível em https://www.statista.com/chart/15880/housework-europe-gender-split/?fbclid=IwAR2RJ8oAXsuUIR_FWFOwiU5h5-wHkuM9-RpiY55bM8Lx_BggNDYyQmxYrqU (publicado a 25 de outubro de 2018, e consultado a 25 de janeiro de 2021).

⁶⁴ Cf. Yale Global Online. Cit. https://yaleglobal.yale.edu/content/more-women-stay-home-men?fbclid=IwAR2P74l_ZuYMTxjuhlzF4RdCI fzE9ymMrUc3kiz3Ot9B_iJKTrEWpiTKMrY (consultado a 21 de janeiro de 2021).

de Seabra (1867), prevendo já a possibilidade de celebrar casamento civil paralela à possibilidade casar perante a lei canónica, ainda definia o casamento como “*um contrato perpétuo feito entre pessoas de sexo diferente*, com o fim de constituírem *legitimamente família*”⁶⁵ (sublinhado nosso). Indicava assim a lei que, por um lado, o casamento era o único modo legítimo de constituir de família e, por outro, que era um contrato para a vida, permitindo-se apenas a separação de pessoas e bens⁶⁶.

O divórcio viria apenas a ser permitido⁶⁷ com a I República, em 1910, através da apelidada “*Lei do Divórcio*”: o Decreto de 3 de novembro de 1910, alterando-se a noção de casamento para que estabelecesse esse contrato como “*presuntivamente perpétuo*”⁶⁸. Hoje, o direito ao divórcio de qualquer casamento, independentemente da forma da sua celebração, é um direito pessoal, potestativo e irrenunciável com proteção constitucional consagrada no artigo 36.º/2 da CRP.

Já quanto ao princípio fundamental da igualdade entre os cônjuges, esse foi apenas expressamente previsto em Portugal com a Constituição da República de 1976⁶⁹, tendo o Código Civil sido adaptado ao novo contexto constitucional com a reforma de 1977. O casamento tornou-se mais igualitário, passando a mulher a poder, por exemplo, administrar os próprios bens, a ter o dever de exercer responsabilidades parentais nos mesmos termos que o marido e deixando de ter que obter permissão do mesmo para exercer certas profissões⁷⁰.

No que se refere ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, a exigência de o matrimónio ser entre um homem e uma mulher deixou de ser exigida pela Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, suprimindo-se as palavras “*de sexo diferente*” do artigo 1577.º do Código Civil e revogando-se a alínea e) do artigo 1628.º que expressamente determinava a inexistência do casamento entre duas pessoas do mesmo sexo.

⁶⁵ Cf. art. 1056.º CS.

⁶⁶ Cf. arts. 1204.º e ss. CS.

⁶⁷ Apesar de o divórcio ter sido reconhecido pela primeira vez durante a I república, este foi posteriormente proibido com o Estado Novo. Sobre a evolução legislativa do divórcio e as suas modalidades *vide* COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Págs. 684 a 692.

⁶⁸ Decreto n.º 1, de 25 de dezembro de 1910, intitulado “*Lei do Casamento como Contrato Civil*”.

⁶⁹ Cf. art. 36.º/3 CRP.

⁷⁰ *Vide* COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Págs. 148 a 149.

A questão na altura era se o requisito da heterossexualidade fazia parte do núcleo essencial do instituto do casamento ou se, de outro modo, tal exigência representava uma exclusão discriminatória dos casais homossexuais ao matrimónio. Concordamos com Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA quando estes autores referem que a alteração do artigo 13.º/2 da CRP em 2004⁷¹ (alteração essa que fez com que a “*orientação sexual*” figurasse nas circunstâncias sobre as quais a lei não se pode apoiar para prejudicar ou privilegiar certas categorias de pessoas) não era clara o suficiente para que houvesse uma aplicação direta e imediata do artigo 13.º ao casamento, sentindo-se a necessidade do legislador se pronunciar especificamente sobre a questão para que o casamento fosse aberto a todos os casais⁷².

Dito isso, e tendo em conta que a legalização do casamento homossexual representou uma conquista histórica para a comunidade LGBT+ em Portugal, defendemos que deve haver nova revisão constitucional para que seja expressamente representada na lei máxima portuguesa a legalização do casamento entre membros do mesmo sexo, somando-se ao artigo 36.º/1 da CRP a seguinte adenda (presente em itálico): “*todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade, independentemente da orientação sexual.*”.

Quanto à união de facto, é mais difícil traçar a sua evolução histórica. Apesar da convivência íntima à margem do instituto matrimonial sempre ter existido, esta nem sempre foi vista como uma matéria que merecesse tratamento jurídico.

Durante a Roma Antiga, por exemplo, a coabitação entre dois sujeitos não casados, podendo comportar, ou não, *affectio maritalis*, era comum na *societas*, mas vista como um “*casamento de segunda*” remetido àqueles que, não podendo contrair casamento (normalmente pela diferença do seu estatuto social), eram forçados a viver em concubinato (*palakia*)⁷³.

Com o passar do tempo, a convivência *more uxorio* foi sendo cada vez menos vista com lentes pejorativas, assumindo-se hoje como um instituto merecedor de proteção legal.

⁷¹ Pela Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de julho.

⁷² Vide CANOTILHO, J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.ª edição. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora (2007). Pág. 568.

⁷³ Vide JUAN, Agüero de. “*El Fenómeno Social y Jurídico de Las Uniones de Hecho*” in *Parejas de Hecho – Ilustre Colegio Notarial de Granada*. Granada: Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado (1996). Pág. 11.

O primeiro momento em que se deu uma jurisdicionalização da união de facto em Portugal foi durante as Ordenações Filipinas, prevendo-se já então a atribuição de efeitos para os casais que, não sendo casados, gozassem de uma posse de estado como se assim fossem⁷⁴.

Apesar disso, esta transição do meramente social para o jurídico não seria representativa de uma “mudança de tom” no modo da sociedade encarar a união de facto, sendo esta ainda considerada um fenómeno impudico e divergente. Não estaríamos ainda no “*period of change and acceptance*” de que fala AZNAR GIL⁷⁵.

De facto, essa aceitação entre nós aconteceu apenas com a Constituição da República Portuguesa de 1976⁷⁶, cuja abertura a novas formas de constituir família, autónomas face ao casamento, funcionou verdadeiramente como catalisador para uma mudança positiva no modo de olhar para a união de facto, mudança essa refletida na sua posterior regulamentação jurídica. Antes da Revolução de 25 de abril de 1974, a vivência *more uxorio* era apenas relevante para a determinação da paternidade da criança concebida da “*união concubinária*” dos pais⁷⁷.

A reforma de 1977 do Código Civil (DL n.º 496/77, de 25 de novembro) viria a decretar que a convivência em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos poderia produzir o direito de exigir alimentos da herança do falecido pelo unido de facto sobrevivente⁷⁸. O primeiro efeito jurídico proveniente da união de facto foi, assim, um efeito sucessório.

A partir dessa data foi sendo construído um quadro normativo de proteção à união de facto, surgindo em 1999 o primeiro diploma focado exclusivamente nesse modo de constituir família e na sua institucionalização – a Lei n.º 135/99, de 28 de agosto – que reuniu

⁷⁴ Vide CRUZ, Rossana Martingo. *União de Facto versus Casamento: Questões Pessoais e Patrimoniais*. 1.ª edição. Coimbra: GESTLEGAL (2019). Pág. 64.

⁷⁵ Este autor entende que a evolução histórica da união de facto pode ser caracterizada por três momentos: o primeiro, em que esta era mal vista (“*deviant phenomenon*”); um segundo momento, em que a união de facto passa a ser progressivamente aceite (o tal “*period of change and acceptance*”); e, finalmente, um último momento, em que esta é institucionalizada (“*social institution*”). Vide AZNAR GIL, Federico R. “*Las Uniones de Hecho ante el Ordenamiento Canónico*” in *Revista Española de Derecho Canónico*. Vol. 40, N.º 130. Págs. 50 e 51.

⁷⁶ Para uma leitura pronunciada sobre os vários episódios históricos desde a fundação da nacionalidade à Constituição da República de 1976, passando pelo escrutínio do direito eclesiástico, da instauração da República e pelo regime ditatorial do Estado Novo, vide CID, Nuno de Salter. *A Comunhão de Vida à Margem do Casamento: Entre o Facto e o Direito*. Coimbra: Almedina (2005). Págs. 125 a 348.

⁷⁷ Vide VARELA, Antunes. *Direito da Família*. Vol. I. 5.ª edição, revista, atualizada e completada. Lisboa: Livraria Petrony (1999). Pág. 25.

⁷⁸ Cf. art. 2020.º CC, na redação do diploma mencionado. Tal direito só existiria se o unido de facto sobrevivente não pudesse obter os alimentos nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009.º.

num único documento as proteções já reconhecidas noutras leis avulsas sobre essa temática, sem introduzir alterações substanciais⁷⁹.

Do mesmo modo, a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, que a revogou e substituiu, veio novamente fazer sumário da legislação precedente, mas estabeleceu pela primeira vez uma inovação de extrema relevância: a união de facto, e os seus efeitos jurídicos, passavam finalmente a não se restringir aos casais heterossexuais, aplicando-se agora também às uniões entre pessoas do mesmo sexo (art. 1.º).

Este foi um passo importantíssimo para estes casais porque marcou um precedente atribuidor de visibilidade e validade legal às uniões homossexuais, determinando-se que não é pela orientação sexual dos indivíduos que as suas uniões são menos merecedoras da proteção oferecida pela lei a casais de sexo diferente. Note-se que, como dissemos, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo só viria a ser reconhecido em 2010, 9 anos mais tarde.

Outras alterações notáveis foram aquelas respetivas à adoção *conjunta* de menores por casais em união de facto nos mesmos termos que dois cônjuges (ainda que essa possibilidade fosse restringida às uniões heterossexuais (art. 7.º⁸⁰) e à concessão de um direito real de habitação sobre a casa de morada de o casal pelo prazo de cinco anos em caso de morte de um deles (sendo esse o proprietário do imóvel), a par de um direito de preferência na venda do mesmo, igualmente pelo prazo de cinco anos (art. 4.º⁸¹).

Esta é a lei respetiva à união de facto que se mantém em vigor, apesar de ter sofrido alterações pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto. Esta veio introduzir novas considerações em matéria de dissolução da união de facto por morte, com as quais nos debateremos adiante.

Note-se aqui, porém, que os efeitos atribuídos à união de facto cingem-se muitas vezes a um espaço temporal após a morte de um dos seus membros. Isto porque o legislador considerou (e bem!⁸²) que a união de facto é muitas vezes escolhida como um modo de

⁷⁹ Vide COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Págs. 67 e ss.

⁸⁰ Limitação ultrapassada em 2016, com a Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro. A adoção conjunta passa nesta data a ser permitida independentemente de orientação sexual.

⁸¹ Que veio consolidar o decidido pelo Tribunal Constitucional nos acórdãos n.º 359/91 e 1221/96, respeitantes a casos com filhos menores.

⁸² As regras respetivas ao modo de viver em união de facto devem ser estabelecidas pelos membros da união por consentimento, e não pela mão do legislador. A união de facto é um instrumento a-jurídico por excelência, e assim deve permanecer. Em detrimento, claro está, de não se conseguir distinguir entre a união de facto e o

escapar à imperatividade e formalidade jurídica do casamento, sendo os efeitos atribuídos à união de facto aqueles que não se podem dispensar a dois sujeitos unidos sem cair em graves injustiças relativamente aos casais que contraíram casamento. Ora, acontece que muitas dessas eventuais injustiças são particularmente evidentes no caso de dissolução da união por morte, devendo-se esse facto em grande parte à forte proteção legal do cônjuge sobrevivente, como iremos ver adiante.

Ao analisar a evolução histórica da união de facto, constatamos que, apesar de esta ter vindo a reclamar progressivamente cada vez mais importância no direito da família e na realidade social como instrumento alternativo ao casamento para a constituição de família, não conseguiu conquistar na mesma proporção uma extensão da sua força legal, sem desprezar, claro, a ampliação dos seus efeitos jurídicos ao longo do tempo em várias matérias de segurança social, fiscal, laboral, etc. O facto permanece que, quer consideremos que este instituto desvaloriza o casamento ou não, a união de facto cá está, como aliás sempre esteve, e veio para ficar.

5. Proteção Constitucional da União de Facto

Já aludimos que parte da doutrina, incluindo as vozes de Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, entende que o artigo 36.º/1.ª parte da Constituição da República Portuguesa abrange a união de facto no direito de constituir família pelo facto de o distinguir do direito de contrair casamento⁸³. Para estes autores, a contraposição entre “*constituir família*” e “*contrair casamento*” no texto da lei fundamental é propositada, podendo este preceito ler-se como “*todos têm o direito de constituir família, nomeadamente através da contração do casamento, em condições de plena igualdade*”, pressupondo assim outros

casamento. Apesar de ambas as figuras assentarem nos mesmos valores de interrelacionalidade (respeito, igualdade, fidelidade, cooperação, liberdade, intimidade), a índole de um e outro é diferente: o casamento assume-se como um compromisso formal na forma de contrato; a união de facto como um compromisso material constantemente renovado e comprovado pela sua continuidade, que deseja permanecer à margem da lei. Reportar a diferente natureza dos dois institutos não significa nunca subalternizar a união de facto ao casamento, coexistindo ambos em paralelo como alternativa mútua para a constituição de família. A necessidade de regular a união de facto provém diretamente da necessidade de proteger o cerne indispensável de qualquer relação para que não falte liberdade na escolha entre a alternativa apresentada.

⁸³Vide CANOTILHO, J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.ª edição. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora (2007). Pág. 568.

modos de constituir família em que estaria sempre incluída a união de facto, como alternativa ao casamento⁸⁴.

Outros autores interpretam a expressão “*todos têm o direito de constituir família*” como apenas respeitante à matéria de filiação, ou seja, à constituição de família através de relações de maternidade e paternidade, respeitando esta interpretação o artigo 1576.º do CC por inteiro.

Somos da opinião, como já fizemos transparecer, que a letra do texto constitucional torna possível concluir que a união de facto está efetivamente consagrada no artigo 36.º/1/1.ª parte da CRP, não só porque a expressão “*direito de constituir família*” tem sido utilizada na lei internacional precisamente com o propósito de incluir a união de facto nas suas disposições, mas também porque assim o exige a sociedade portuguesa. Lembramos ainda que é a lei ordinária que tem que moldar-se à lei constitucional e não o oposto, tanto que o artigo 1576.º do CC está em necessidade gritante de revisão.

Mas sendo controversa a sua inserção no artigo 36.º/1/1.ª parte, será que poderíamos considerar que a união de facto tem consagração constitucional na 2.ª parte do mesmo preceito com base numa vertente negativa do direito de contrair casamento? A resposta não pode deixar de ser negativa. A dimensão negativa do direito de contrair casamento não se consubstancia num direito de constituir união de facto, mas sim no direito de *não* contrair casamento. Assim, quando o legislador constitucional afirma que ninguém pode ser obrigado por lei a casar-se, isso não quer imediatamente dizer que há um direito a constituir união de facto. Se assim fosse seria igualmente plausível concluir que a dimensão negativa do direito de constituir família, para aqueles autores que não enquadram a união de facto como relação jurídico-familiar, implicaria necessariamente um direito a constituir união de facto, já que

⁸⁴ É o que parece também concluir o Tribunal Constitucional no Acórdão da 2.ª Secção, n.º 275/2002, Processo n.º 129/2001. Neste caso, o Exmo. Representante do Ministério Público pronunciou-se junto do Tribunal Constitucional no sentido da inconstitucionalidade do artigo 496.º/2 do Código Civil – que não permitiria a unidos de facto o direito de indemnizar por danos morais pessoalmente sofridos por quem convivia maritalmente com a vítima de um crime doloso – face ao artigo 36.º/1 da Constituição da República Portuguesa. Com base nessa premissa, o Tribunal Constitucional decidiu referindo que “*a Constituição da República consagrou, logo em 1976, no artigo 36.º, n.º 1, o “direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”, inculcando, assim, que a família constitucionalmente protegida não assenta necessariamente no casamento, pois previa-se a constituição de família não fundada no matrimónio*” e que “*o legislador constitucional dispensa no artigo 36.º, n.º 1, protecção à família, enquanto “elemento fundamental da sociedade”, distinguindo-a, no n.º 1 e no n.º 2 desse artigo, do casamento.*”. Acórdão disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/1964181/details/maximized> (consultado a 10 de março de 2021).

não essa não é uma relação familiar, o que significaria que a união de facto estaria constitucionalmente protegida. Não é o caso.

Mais sentido faria argumentar pela consagração constitucional da união de facto com base no preceito 26.º/1 da CRP, segundo o qual “*a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, [...]*”. Ora, apesar de estar largamente estabelecido na doutrina que a escolha pela união de facto na sua alternatividade ao casamento está, de facto, abrangida pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo essa escolha uma parte vital e integrante da identidade de cada um de nós, as consequências legais que podemos retirar de tal consagração constitucional são consideravelmente menores daquelas que poderíamos extrair da sua consagração no artigo 36.º/1/1.ª parte. Assim, com base no preceito 26.º/1 da CRP podemos meramente concluir que seria inconstitucional qualquer legislação que proibisse a união de facto ou penalizasse discricionariamente aqueles que optaram por tal figura.

Não podemos, contudo, utilizar o direito ao desenvolvimento da personalidade como pedra basilar para equiparar a união de facto ao casamento, na medida em que tal direito não toca nas considerações da união de facto como verdadeira e legítima relação jurídico-familiar que exige, por essa mesma razão, um tratamento igual ao do casamento nas questões que merecem igual tratamento e um tratamento distinto nas questões que, por tocarem no cerne de as duas figuras, no que as distingue uma da outra, exigem imperativamente regimes distintos.

Permanece que, considerando a união de facto como constitucionalmente protegida pelo artigo 36.º/1/1.ª parte da Constituição da República Portuguesa, temos também que a incluir nas disposições do artigo 67.º do mesmo diploma. Assim, “*a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros*”⁸⁵.

⁸⁵ Cf. art. 67.º/1 da CRP.

CAPÍTULO II – IMPORTÂNCIA SOCIOLÓGICA DAS DUAS FIGURAS

1. Direito a Viver às Margens do Casamento

Vimos que houve, num momento da história relativamente recente, um crescente desapareço do casamento dos valores externos da Igreja, do Estado e da consciência comunitária, o que lhe permitiu uma total reconfiguração. Os cônjuges reclamaram controlo sobre o objeto contratual que os unia e, assim, reconfiguraram-no num pacto à sua imagem⁸⁶, dedicando-o à sua gratificação e felicidade íntima, mútua e exclusiva. Felizmente, o tempo em que os casamentos operavam em benefício dos interesses que pairavam em redor dos cônjuges, das tristes uniões maritais indissolúveis e da servidão da mulher ao marido já terminou.

Uma consequência imediata dessa metamorfose foi inegavelmente a contração do conteúdo imperativo do casamento. O direito da família, e do casamento, continua a conter um grande número de disposições imperativas⁸⁷ (é, aliás, o que o distingue de outros domínios, como o direito das obrigações, caracterizado pelas suas normas dispositivas), mas deixou de entender-se haver interesse público na definição de certos efeitos pessoais, tanto que a existência de normas como aquela célebre disposição do Código Prussiano de 1794 – que estabelecia a idade em que os cônjuges deveriam de passar a não permitir que o seu filho dormisse na cama do casal⁸⁸ – nos parecem hoje risíveis.

Mais relevante ainda será o inevitável desaparecimento das causas de divórcio (sendo este comandado pela mera constatação da rutura da relação conjugal, perceptível através do pedido) e, conseqüentemente, dos próprios deveres conjugais⁸⁹, como parece indicar logicamente o abandono do divórcio com base na culpa.

⁸⁶ Nas palavras de Francisco Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, “*o casal e a família acompanham o movimento para a criação de sistemas internamente referenciais, característico da sociedade moderna e, assim, dentro de o casal a lei é a ausência de lei, o amor tornou-se um assunto exclusivo dos amantes e o casal tornou-se o seu próprio legislador*”. Vide COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Pág. 124.

⁸⁷ Continuam a ser normas imperativas aquelas que dizem respeito, por exemplo, aos requisitos formais, requisitos de fundo e impedimentos do casamento, às presunções de maternidade e paternidade, às causas de divórcio e de separação de pessoas e de bens, à adoção, aos direitos pessoais dos cônjuges, etc.

⁸⁸ Vide GLENDON, Mary Ann. *The transformation of Family Law*. Chicago: The university of Chicago Press (1996). Pág. 32 e 33.

⁸⁹ Na Alemanha, por exemplo, apenas subsiste um dever geral de atuar como duas pessoas que escolheram entrar para uma comunhão de vida.

Mas o fenómeno da privatização do amor traduziu-se também, a nosso ver, num decrescer do número de casamentos e num ganho de expressão por parte da união de facto. De facto, o número de casais que preferem constituir família à margem das disposições formais do Código Civil tem vindo a aumentar exponencialmente na última década, praticamente duplicando em Portugal de 2001 a 2011⁹⁰.

Irving SLOAN explica este fenómeno recorrendo a um conjunto de fatores individuais e um importante fator comunitário: quanto aos fatores individuais, estão entre eles o facto de casais mais jovens optarem por submeter a relação a uma espécie de coabitação experimental antes de mergulharem nas águas do matrimónio⁹¹, a hesitação em casar sem que um deles consiga suportar economicamente o outro e a preferência por parte de casais idosos em manter os benefícios de um casamento extinto (que terminariam aquando da celebração de novo matrimónio); quanto ao fator comunitário, este passa pela crescente aceitação social de outros modos de ligação afetiva, entre eles a coabitação à margem do casamento⁹².

No entanto, não obstante o peso desses fatores, a liberdade na conformação das relações privadas e o enfraquecimento de pressões externas ao casal teve um importante papel na atual conformação da vida conjunta. O amadurecer da aceitação social da união de facto está irremediavelmente ligado a ideais individualistas que valorizam o autogoverno da relação. Assim, cada vez mais a população jovem rejeita as pressões sociais ligadas ao casamento e o peso religioso com o qual este se foi entrelaçando ao longo dos tempos, preferindo a união de facto precisamente para se afastarem do domínio rígido da contratualidade.

De qualquer modo, seja qual for o motor que leva o casal a constituir união de facto, há que notar que a ausência de formalidade associada ao casamento não implica um menor

⁹⁰O número de pessoas que casaram em Portugal foi 58.390 em 2001, decrescendo para 36.035 em 2011 e, na atualidade, para 33.272. Já quanto à união de facto existiam 381.120 pessoas em união de facto em 2001, crescendo esse número para 729.832 em 2011. Cf. <https://www.pordata.pt/Portugal/Popula%C3%A7%C3%A3o+residente+segundo+os+Censos+em+uni%C3%B5es+de+facto-2649-222898> (consulta feita a 25 de novembro de 2020).

⁹¹ Cada vez mais os jovens casam mais tarde. Em 1980, a idade média das pessoas aquando da celebração do primeiro casamento era de 24 anos; em 2019, os dados mais recentes indicam ser por volta dos 33 anos. Cf. dados da PORDATA, disponíveis em <https://www.pordata.pt/Portugal/Idade+m%C3%A9dia+ao+primeiro+casamento++por+sexo-421-5200> (consultado a 25 de novembro de 2021).

⁹² Vide SLOAN, Irving J. *Living Together: Unmarrieds and the Law*. New York: Oceana Publications (1980). Pág. iv.

comprometimento com uma vivência em comum e que, crescendo em número, cabe ao direito garantir-lhes a devida proteção legal. Nas palavras de Rossana Martingo CRUZ, “o próprio conceito de família, como vimos, não é estanque, daí que esteja sempre recetivo a fenómenos que pela sua evidência social mereçam o seu abrigo”⁹³.

Defendemos, por este motivo, a existência de um direito a estabelecer uma convivência afetiva à margem do casamento que o ordenamento jurídico tem o dever de proteger⁹⁴. Este é um direito imediatamente decorrente do artigo 26.º (direito ao livre desenvolvimento da personalidade) e 36.º/1 (direito à constituição de família por outros meios que não o casamento) da Constituição da República Portuguesa e do preceito 16.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) que enuncia que “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”.

Mas apesar de este ser um direito a viver à margem do casamento, tal não implica necessariamente que seja um direito a viver à margem da interferência absoluta do direito. É precisamente o oposto que se retira da análise do regime jurídico da união de facto: o legislador tem pecado por não consagrar à união de facto efeitos suficientes, nomeadamente quanto à sua dissolução por morte, para que este direito receba a proteção que lhe é digna e a exequibilidade prática que implica não ficar aquém do casamento em certos aspetos nucleares da comunhão de vida.

Já explicámos que a união de facto é uma situação de facto com relevância jurídica, o que significa que não se quer uma equiparação total ao regime do casamento, mas sim uma igualação jurídica nos aspetos cuja diferenciação implicaria uma discriminação injustificada. O princípio da igualdade exige que situações iguais recebam o mesmo tratamento jurídico, enquanto situações distintas recebem tratamento distinto⁹⁵. A união de facto é inerentemente distinta do casamento pelo seu carácter informal e fáctico, o que não quer dizer que estas figuras não tenham características em comum que mereçam o mesmo tratamento legal. Assim, apesar de a lei poder conceder ao casamento um regime próprio consoante as suas

⁹³ Vide CRUZ, Rossana Martingo. *União de Facto versus Casamento: Questões Pessoais e Patrimoniais*. 1.ª edição. Coimbra: GESTLEGAL (2019). Pág. 56 e ss.

⁹⁴ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 57/95, em que se pode ler o seguinte: “*Havendo liberdade de contrair casamento (art. 36.º/1 da Constituição), não seria razoável impor às pessoas que, conscientemente e voluntariamente não quiseram unir-se matrimonialmente, o regime jurídico pensado para as famílias fundadas no casamento, que elas até poderão considerar inconveniente*”.

⁹⁵ Cf. Definição apresentada no Diário da República Eletrónico, presente em <https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/117357316/view> (consultado a 20 de dezembro de 2020).

especificidades, distinto daquele relativo à união de facto (por exemplo, ao exigir um tempo mínimo de convivência à união de facto para reconhecimento dos seus efeitos jurídicos que não exige ao casamento), com o qual não discordamos, há um núcleo essencial às duas figuras sobre o qual não é viável um tratamento diferenciado, onde se inclui os aspetos sucessórios.

Existem autores que receiam que oferecer proteção adequada aos casais que escolhem constituir família através da união de facto (e confiam que essa factualidade com peso jurídico lhes concede a devida proteção, particularmente em caso de morte de um deles) significa enfraquecer o casamento⁹⁶. Ora, sendo o casamento um instituto jurídico de peso que pede a atenção do legislador e da doutrina, lembramos que este não é, juridicamente, o meio santificado para a realização do cidadão.

A lei tem o dever de acompanhar a realidade social e não manter estagnantes valores do passado com os quais parte da população já não se identifica. Proteja-se o casamento sim, porque tal é exigido pelos indivíduos que o desejam utilizar para estabelecer formalmente as suas uniões; mas não em detrimento da união de facto, um meio igualmente legítimo de constituir família. De igual modo, o casamento não está, a nosso ver, em vias de extinção. Continua a figura por excelência do direito da família, e prevemos que assim se manterá durante muitos anos e independentemente do tratamento que seja dado à união de facto.

2. Homoafetividade e o Direito da Família e das Sucessões

Está atualmente mais que estabelecido que a homoafetividade, ou homossexualidade⁹⁷, não é um fenómeno recente, remontando aos inícios da própria civilização. Ao longo da história, a postura da lei perante estas uniões foi mudando consoante a sua aceitação pela comunidade em que se inserem⁹⁸. Durante muito tempo, em Portugal, na Europa e no mundo, as uniões homossexuais sofreram diretamente do preconceito

⁹⁶ Vide OLDHAM, Thomas J. “Lessons from *Jerry Hall v. Mick Jagger* regarding U.S. regulations of heterosexual cohabitants or, can’t get no satisfaction” in *Notre Dame Law Review* (2001). Vol. 76, Art. 7. Pág. 1425, disponível eletronicamente em <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1570&context=ndlr>.

⁹⁷ Utilizamos, ao longo desta exposição, as denominações “*homossexualidade*” e “*homoafetividade*” como expressões permutáveis de modo a sinalizar que as relações entre pessoas do mesmo sexo não são apenas determinadas por atração sexual, mas também por atração afetivo-romântica.

⁹⁸ Sobre uma análise histórica da homoafetividade no direito da Grécia Antiga, no Direito Romano, na Idade Média e na Lei Canónica, vide CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade*. 3.^a edição, revista e atualizada. Curitiba: Juruá Editora (2015). Págs. 53 a 61.

predominante entre a população. Hoje, contudo, a orientação sexual é entendida como extensão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁹⁹ (previsto entre nós no artigo 26.º da CRP) e, portanto, é reconhecida proteção legal a estas uniões nos mesmos termos que para os casais de sexo diferente¹⁰⁰.

Mencionámos anteriormente que foi a Lei n.º 7/2001 que admitiu, pela primeira vez em Portugal, que relações entre membros do mesmo sexo produzissem efeitos jurídicos. Em 2001, esses efeitos circunscreviam-se aos casais que, não podendo casar-se, podiam invocar estar em união de facto e daí retirar consequências legais nos mesmos termos que os unidos de facto de sexo diferente.

Feita essa consideração, antes de a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto vir assegurar, no seu artigo 3.º/3, que todos os efeitos de proteção da união de facto eram atribuídos independentemente do sexo dos seus membros, existiam autores que interpretavam a expressão “*condições análogas às dos cônjuges*” como prova suficiente que o legislador não queria estender tais efeitos às uniões de facto homossexuais, afirmando que apenas uniões heterossexuais poderiam viver em condições análogas às dos cônjuges na medida em que os cônjuges eram, na altura, forçosamente de sexo diferente¹⁰¹.

Não podemos concordar com a interpretação “*literalista*”¹⁰² da lei nesse sentido por considerarmos que exclui uma parte substancial dos efeitos jurídicos que a lei efetivamente quis, logo em 2001, conceder aos casais do mesmo sexo. Note-se que, para estes autores, importantes preceitos concernentes às prestações por morte (como o artigo 2020.º/1 do CC, para a qual o artigo 6.º da LUF remetia, que nos diz que “*o membro sobrevivente da união de facto tem o direito de exigir alimentos da herança do falecido*”) não tinham, por esta via, aplicação a estes casais.

⁹⁹ É também o afirmado por Aída Kemelmajer de CARLUCCI, que o qualifica como um direito humano. Nas palavras da autora, “*El derecho a la libre determinación de cada uno es considerado hoy un derecho humano. La circunstancia de que no este mencionado en el catálogo que contienen los tratados nacionales e internacionales sobre derechos humanos no significa que no exista*”. Vide CARLUCCI, Aída Kemelmajer. “*Derecho y homosexualismo en el derecho comparado*” in *Homossexualidade – Discussões Jurídicas e Psicológicas*. Curitiba: Juruá (2001). Pág. 24.

¹⁰⁰ Note-se, porém, que há efeitos jurídicos produzidos pela união de facto que pressupõem a diversidade de sexo, não se aplicando esses, naturalmente, às uniões do mesmo sexo. É o exemplo de os efeitos em matéria de filiação, previstos nos art. 1911.º e 1871.º/1/c) do CC.

¹⁰¹ Vide COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Pág. 76.

¹⁰² Carlos Pamplona CORTE-REAL chama-lhe uma interpretação “*literalista*” e “*exagerada*”. Vide CORTE-REAL, Carlos Pamplona e PEREIRA, José Silva. *Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica*. Lisboa: AAFDL editora (2008). Pág. 47.

Ainda sobre a Lei n.º 7/2001, parte da doutrina¹⁰³ acredita que a união de facto, do modo como era conformada nesse diploma inicial, nada mais passava que uma tentativa mal disfarçada de construir um casamento de segunda ordem para os casais do mesmo sexo. Os argumentos apresentados referem a ineptidão por parte do legislador em acolher a união de facto como uma verdadeira alternativa ao casamento, crítica fundamentada, em primeiro lugar, na timidez dos efeitos jurídicos que lhe foram atribuídos e, em segundo, na ilegalidade que essa alternatividade constituiria aos olhos do artigo 1576.º do Código Civil.

Quanto à taxatividade do preceito 1576.º na enumeração das relações que podem ser consideradas fontes de relações familiares já nos pronunciámos: acreditamos que, atendendo à importância que a união de facto tem atualmente na realidade social, não podemos deixar de inseri-la na lista de relações capazes de constituir família, considerando o preceito em causa apenas *aparentemente* taxativo. Não nos cabe a nós, nem a ninguém, afirmar que as relações afetivas construídas com base em uniões de facto, que irremediavelmente e diretamente espelham aquelas constituídas através de matrimónio, não são relações familiares.

Voltamos a mencionar que a união de facto é uma situação de facto a que a lei atribui efeitos jurídicos de modo a satisfazer imperativos de justiça. Apesar de as uniões *more uxorio* conterem na sua génese uma vivência prática idêntica à que se encontra num casamento, estas não pretendem ser um casamento. Querem-se, sim, como uma opção em que há mais liberdade para a conformação da relação, em que é possível escapar à rigidez e formalidade inerente ao casamento. É aí que reside a alternatividade ao casamento, e é devido a essa característica que não consideramos que uma figura desvirtua a outra.

Dito isto, não podemos deixar de reconhecer que houve, de facto, um intuito encoberto por parte do legislador em oferecer esta opção aos casais homoafetivos em vez de se reconhecer os motivos discriminatórios em que assentava a ilegalidade do casamento entre casais do mesmo sexo, moldando-se uma espécie de “*subalternidade jurídica*”¹⁰⁴ da união de facto em relação ao casamento e à sua respeitabilidade. Não se vê como pode ser legítima a admissão que estes casais conseguem “*viver em condições análogas às dos*

¹⁰³ Representada, nomeadamente, pelas vozes de Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira. Cf. CORTE-REAL, Carlos Pamplona e PEREIRA, José Silva. *Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica*. Lisboa: AAFDL editora (2008). Págs. 45 e ss.

¹⁰⁴ Vide CORTE-REAL, Carlos Pamplona e PEREIRA, José Silva. *Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica*. Lisboa: AAFDL editora (2008). Pág. 46.

cônjuges”¹⁰⁵, enquanto simultaneamente se lhes barra o acesso ao casamento civil. Estamos perante um verdadeiro contrassenso legal.

Este tratamento discriminatório ficou comprovado, aliás, pelo facto de se ter restringido a permissibilidade para adotar conjuntamente aos casais heterossexuais, tratamento legal que se manteve até à entrada em vigor da Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro. Para além disso, o requisito da heterossexualidade opera ainda hoje quanto ao recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, sendo vedado o seu uso a casais do sexo masculino. Esta é uma grave violação de um direito fundamental com origem legal. Fazendo das palavras de Marianna Chaves as nossas, “*todo e qualquer país que se diga democrático e guardião dos direitos humanos não deve, nem pode, compactuar com discriminações arbitrárias, como é o caso da discriminação por razão de sexo ou em virtude de orientação sexual*”¹⁰⁶.

Talvez tenha até sido por esse motivo, a tal lógica de subordinação da união de facto de todos relativamente ao casamento de alguns, que os efeitos talhados para a união de facto ficaram tão aquém do esperado. Sabemos que figuravam nos trabalhos preparatórios da alteração à Lei da União de Facto, levada a cabo em 2010, presunções de compropriedade que seguiam uma lógica semelhante ao regime de separação de bens no casamento¹⁰⁷, normas que permitiriam aos membros da união de facto convencionar cláusulas sobre a propriedade dos bens adquiridos¹⁰⁸, normas relativas à responsabilidade solidária por dívidas contraídas para satisfazer os encargos da vida familiar¹⁰⁹ e ainda a possibilidade de ser concedido a um dos membros a “*compensação dos prejuízos económicos graves resultantes de decisões de natureza pessoal ou profissional por ele tomadas em favor da vida em comum*”, podendo tal direito ser exercido contra o outro em caso de rutura ou contra a sua herança em caso de morte¹¹⁰. O veto do Presidente da República enunciou estas possibilidades como prova que o legislador tentava aproximar o regime da união de facto do

¹⁰⁵ Cf. art. 1.º LUF.

¹⁰⁶ Vide CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade*. 3.ª edição, revista e atualizada. Curitiba: Juruá Editora (2015). Pág. 40.

¹⁰⁷ Cf. art. 1736.º do CC e art. 5.º-A/2 do Decreto da Assembleia da República n.º 349/X, de 2009, vetado pela Presidência da República e que foi excluído do texto da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto.

¹⁰⁸ Cf. art. 5.º-A/1 do Decreto da Assembleia da República n.º 349/X, de 2009, vetado pela Presidência da República e que foi excluído do texto da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto.

¹⁰⁹ Cf. art. 5.º-A/3 do Decreto da Assembleia da República n.º 349/X, de 2009, vetado pela Presidência da República e que foi excluído do texto da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto.

¹¹⁰ Cf. art. 5.º-A/4 e 5 do Decreto da Assembleia da República n.º 349/X, de 2009, vetado pela Presidência da República e que foi excluído do texto da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto.

regime do casamento e que tal “*alteração de fundo*” carecia de debate nacional, palavras que podem facilmente ser enquadradas na ótica que temos vindo a expor.

Guilherme de OLIVEIRA critica fortemente este veto presidencial. Segundo este autor, com o qual concordamos, nenhuma das soluções apresentadas é merecedora da súplica aberta por um debate nacional, que considera “*exagerada*”, cabendo a um Estado de Direito e a uma sociedade organizada, justa e solidária regular sobre estes assuntos que, sem querer desconsiderar a complexidade do tema, não passavam de resoluções modestas que ou visavam simplificar a divisão de bens ou proteger os unidos de facto e os seus credores¹¹¹.

No que diz respeito ao casamento homoafetivo, já estabelecemos algumas considerações. Há ainda que mencionar, contudo, que antes da entrada em vigor da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, persistia doutrina que considerava que a *finalidade* do matrimónio impedia a sua celebração entre dois sujeitos do mesmo sexo. Que fim tinha então o matrimónio?

A lei apenas dizia que o casamento servia “*para estabelecer entre os cônjuges uma plena comunhão de vida*”. Deixando claro que a lei não reconhecia, de forma alguma, o casamento entre membros do mesmo sexo antes de 2010 (como vimos, considerava-o inexistente pelo artigo 1628.º/e) do Código Civil), não era a finalidade do casamento que constituía impedimento à celebração do casamento homossexual: desde logo, porque é erróneo considerar que o casamento possui como finalidade a atividade reprodutiva entre as partes, até porque se assim fosse barrava a celebração do casamento a casais que não fossem férteis, o que nunca fez; mas também porque nada impede que dois indivíduos do mesmo sexo constituem plena comunhão de vida, ou seja, a vivência matrimonial em nada fica afetada pelo sexo dos cônjuges. Parece-nos elementar que dois membros do mesmo sexo podem facilmente constituir comunhão de mesa, comunhão de habitação e comunhão de leito e cumprir todos os deveres conjugais que a lei impõe: os valores recíprocos de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

A história prova que a lei nem sempre é justa e que a realidade jurídica avança em incrementos. Hoje o casamento entre casais do mesmo sexo é legal, mas os efeitos jurídicos que a união de facto é capaz de produzir continuam modestos e a distância injustificada entre

¹¹¹ Vide OLIVEIRA, Guilherme de. “*Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)*” *Crónica Legislativa in Lex Familiae, Revista Portuguesa do Direito da Família*. Ano 7, N.º 14 (2010). Págs. 150 a 153.

o regime da união de facto e do casamento, particularmente no que diz respeito do domínio patrimonial, continua abismal.

Este é um problema grave, especialmente quando temos em consideração que ainda existem casais do mesmo sexo que, por se lhes ter sido inculcada a ideia de que o casamento é um instituto estritamente heterossexual, optam pela união de facto¹¹².

¹¹² Infelizmente não temos dados relativos à percentagem de casais homossexuais que estão em união de facto relativa àqueles que contraíram casamento desde a sua legalização, tendo a Comissão Nacional de Proteção de Dados emitido decisão no sentido de eliminar-se “*a informação respeitante às variáveis relativas à união de facto, entre pessoas do mesmo sexo e entre pessoas de sexo diferente, [dos censos de 2011] por se enquadrarem na esfera de dados sensíveis, designadamente de dados sobre a vida privada*”. Em 2021, novamente não foram abrangidos estes dados pelos censos nacionais.

CAPÍTULO III – A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVO FRENTE À DO UNIDO DE FACTO SOBREVIVO

1. Dissolução do Casamento

Mencionámos já que a união matrimonial é uma relação jurídica tendencialmente perpétua, o que significa que, esperando-se que dure durante toda a vida das partes, esta pode eventualmente extinguir-se por dois modos: ou por invalidação ou por dissolução. A extinção da relação conjugal por invalidação dá-se quando existe um vício respeitante ao ato originário, enquanto a extinção por dissolução ocorre em consequência de um ato superveniente a que a lei atribui esse efeito¹¹³.

1.1. Dissolução do Casamento por Rutura

Nos termos do artigo 36.º/2 da Constituição da República Portuguesa, o casamento pode ser dissolvido, independentemente da forma de celebração, por morte ou divórcio, cabendo à lei civil regular os termos em que opera tal dissolução¹¹⁴. Independentemente da forma de dissolução, porém, a extinção da relação matrimonial por morte ou por divórcio tem, como princípio geral, os mesmos efeitos, já que o artigo 1788.º do Código Civil prevê que o divórcio “*tem juridicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte, salvas as exceções consagradas na lei*”.

Quanto ao divórcio, este tem uma regulamentação complexa sobre a qual não vamos aprofundar. Sumariamente, o divórcio pode ser por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges, como constata o artigo 1773.º/1. Já segundo o n.º 2 do mesmo preceito, o divórcio por mútuo consentimento é requerido na conservatória do registo civil, por ambos os cônjuges, quando haja comum acordo (divórcio administrativo) ou no tribunal competente caso as partes não tenham encontrado acordo em relação às matérias previstas no preceito 1775.º (divórcio judicial), devendo sempre o tribunal informar os cônjuges da existência e dos objetivos dos serviços de mediação familiar¹¹⁵. Note-se ainda que o processo corre, de igual modo, no tribunal se o conservador entender que os acordos

¹¹³ Vide COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Págs. 66 e 67.

¹¹⁴ Há ainda uma forma de dissolução específica para o casamento católico – a “*dispensa do casamento rato e não consumado*” – que está prevista no art. 1625.º do CC e no art. 16.º da Concordata com a Santa Sé.

¹¹⁵ Cf. art. 1774.º do CC.

não acautelam os interesses de algum dos cônjuges ou dos seus descendentes menores, quando existam, apesar de primeiro os cônjuges serem convidados a alterar esses mesmos acordos¹¹⁶. Aplicam-se aqui as normas dos artigos 1775.º a 1778.º-A do Código Civil, 994.º a 999.º do Código de Processo Civil e 14.º do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro.

No que toca ao divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, mais uma vez deve o tribunal fornecer todas as informações necessárias relativamente aos serviços de mediação familiar¹¹⁷ mas, para além disso, há agora uma tentativa de converter o divórcio sem consentimento em divórcio por mútuo consentimento (podendo essa conversão dar-se em qualquer momento do processo¹¹⁸), a par de uma tentativa de alcançar acordo entre os cônjuges relativamente aos alimentos, responsabilidades parentais e utilização da casa de família¹¹⁹.

Contrariamente ao divórcio por mútuo consentimento, no divórcio sem consentimento de um dos cônjuges o requerente tem que fundamentar o pedido numa das causas de divórcio constantes do art. 1781.º: a separação de facto por um ano consecutivo (alínea a)); a alteração das faculdades mentais do outro cônjuges, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a vida em comum (alínea b)); a ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano (alínea c)); ou quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a rutura definitiva do casamento (alínea d)).

Esta última cláusula é propositadamente abrangente de modo a albergar todas as circunstâncias que consigam comprovar a inexistência de comunhão de vida conjugal, podendo ser aqui utilizada como fundamento a violação culposa dos deveres conjugais. Aplicam-se, ao divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, as normas dos arts. 1779.º e seguintes do Código Civil e os artigos 931.º e 932.º do Código de Processo Civil.

1.2. Dissolução do Casamento por Morte

A dissolução do casamento por morte (e, claro, também da união de facto) é o que verdadeiramente nos interessa para este estudo. Assim, com a morte de um dos cônjuges dissolve-se o casamento e, com ele, a relação conjugal e praticamente todos os seus efeitos,

¹¹⁶ Cf., respetivamente, o art. 1776.º do CC e os arts. 1776.º-A e 1778.º do CC.

¹¹⁷ Aplicando-se aqui mais uma vez, portanto, o art. 1774.º do CC.

¹¹⁸ Cf. art. 1779.º/2 do CC e art. 931.º/3 do CPC.

¹¹⁹ Cf. art. 931.º/2 do CPC.

tanto os pessoais como os patrimoniais. Dizemos “*praticamente todos*” pois certos efeitos continuam a perdurar após a morte, como aqueles que dizem respeito ao nome: o cônjuge sobrevivente pode continuar com os apelidos do cônjuge falecido, até mesmo depois da celebração de novo casamento, tal como refere o artigo 1677.º-A do Código Civil.

Para além disso, considerando-se que no ordenamento jurídico português o cônjuge sobrevivente detém uma posição privilegiada no decorrer do fenómeno sucessório, podemos também afirmar que alguns efeitos sucessórios a si referentes são efeitos do casamento que vigoram após a morte.

Ora, ocorrendo a morte de um dos cônjuges (sendo a morte o pressuposto do fenómeno sucessório nos termos dos artigos 2024.º e 2031.º do Código Civil), há que transmitir a propriedade dos bens do *de cuius* segundo a hierarquia de designações sucessórias pré-determinada pela lei. Que hierarquia é esta?

No topo da hierarquia encontram-se os sucessíveis legitimários a que é legalmente destinada a quota indisponível da herança (denominada de “*legítima*”), isto é, a parte da massa hereditária de que o *de cuius* não pode dispor, sob pena de inoficiosidade, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários¹²⁰. Estatuindo o artigo 2157.º do Código Civil que são herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes “*pela ordem e segundo as regras para a sucessão legítima*” (ou seja, tendo por base os preceitos 2131.º e seguintes), então há que distinguir várias hipóteses.

¹²⁰ As palavras exatas da lei, presentes no artigo 2156.º do Código Civil, são as seguintes: “*Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários*”. Com base no texto legal a doutrina debate-se relativamente à natureza jurídica da legítima. Para alguns autores, a legítima é um direito a uma parte dos bens da herança (*pars hereditatis*); para outros, esta constitui-se como direito a uma parte do valor abstrato desses bens (*pars bonorum*), não sendo os “herdeiros legitimários”, assim, tecnicamente *herdeiros*, mas sim meros credores sobre a herança, estando os herdeiros verdadeiramente instituídos adstritos ao seu direito.

Atendendo ao preceito enunciado, concretamente à expressão “*porção de bens*”, podemos concluir pela razoabilidade da teoria *pars hereditatis*. Para além da letra da lei, podemos também argumentar que outros dados legais favorecem essa conceção: é revelador, desde logo, o princípio da intangibilidade presente no artigo 2163.º, mas também o facto de o artigo 2174.º exigir que a redução das inoficiosidades se faça em espécie. Vide FERNANDES, Luís Carvalho. *Lições de Direito das Sucessões*. 4.ª edição. Lisboa: Quid Iuris (2012). Págs. 401 e 402; COELHO, Pereira. *Direito das Sucessões*, Lições policopiadas ao Curso de 1973-1974. Coimbra (1992). Pág. 314 e 315; e PITÃO, José António de França. *A Posição do Cônjuge Sobrevivente no Atual Direito Sucessório Português*. 4.ª edição, revista, atualizada e aumentada. Coimbra: Almedina (2005). Pág. 30.

1. Em virtude do princípio de preferência de classes do artigo 2134.º do Código Civil¹²¹, no caso de existirem descendentes¹²², o cônjuge concorre com estes à legítima¹²³, que constituirá, neste caso, dois terços da herança global¹²⁴.
2. Na hipótese de o falecido não deixar descendentes mas ter ascendentes¹²⁵, o cônjuge tem novamente direito a concorrer com esses para a legítima¹²⁶, que será novamente de dois terços da herança global por força do artigo 2161.º.
3. Já se não existir cônjuge ou caso este já tenha falecido, são apenas chamados à titularidade da legítima os seus descendentes ou os seus ascendentes, consoante o caso¹²⁷. Hipótese que não tem relevância na presente exposição.
4. Por fim, se o cônjuge não concorrer nem com descendentes nem com ascendentes, este tem direito a toda a legítima como único herdeiro legitimário¹²⁸, constituindo esta metade da totalidade da herança segundo o artigo 2158.º.

Conhecendo já as várias porções que constituem a legítima global¹²⁹, a parte reservada para o *conjunto* dos herdeiros legitimários, há ainda que saber calcular a legítima individual ou subjetiva, definida por Capelo de SOUSA como “*a porção ou quota que cada um dos herdeiros legitimários chamadas à sucessão tem na legítima global [como] parcela da quota indisponível do autor da sucessão*”¹³⁰.

A partilha faz-se, em princípio, por cabeça¹³¹, mas no que toca ao cônjuge a lei abre algumas exceções: desde logo, quando concorre com os descendentes, o cônjuge nunca deixa

¹²¹ Aplicável por força do art. 2157.º do CC. Apesar de não ser necessariamente relevante para o nosso estudo, convém também mencionar que vale aqui, de igual modo, o critério de preferência de graus de parentesco tal como é estabelecido no art. 2135.º, o que significa que os parentes de grau mais próximo preferem aos de grau mais afastado em cada stirpe sucessória.

¹²² Quando nos referimos aos “*descendentes*” do *de cuius* incluímos também nessa expressão os adotados, sendo que o art. 1986.º enuncia que pela adoção “*o adotado adquire a situação de filho do adotante e integra-se com os seus descendentes na família deste*”.

¹²³ Ou com os descendentes desses, no caso dos primeiros não puderem ou não quiserem aceitar a herança. Cf. art. 2140.º do CC.

¹²⁴ Cf. art. 2159.º/1 do CC.

¹²⁵ Do mesmo modo, quando nos referimos aos “*ascendentes*” referimo-nos igualmente aos adotantes.

¹²⁶ Cf. arts. 2133.º/2 e 2157.º do CC.

¹²⁷ Aplicar-se-iam aqui os preceitos 2159.º/2 e 2161.º/2

¹²⁸ Cf. arts. 2157.º e 2141.º do CC.

¹²⁹ O cálculo da legítima global é efetuado consoante o valor dos bens existentes no património do autor da sucessão à data da sua morte, o valor dos bens doados, as despesas sujeitas a colação e às dívidas da herança, não sendo considerados o valor dos bens doados que, nos termos do art. 2112.º, tenham perecido em vida do autor da sucessão por facto não imputável ao donatário. Cf. art. 2162.º do CC.

¹³⁰ Vide SOUSA, Rabindranath Capelo de. *Lições de Direito das Sucessões*. Vol. I. 4.ª edição renovada. Coimbra: Coimbra Editora (2000). Pág. 160.

¹³¹ De acordo com o art. 2136.º, “*suceder por cabeça*” significa que os parentes de cada classe sucedem em partes iguais, salvo as exceções previstas na lei.

de ter direito a uma quarta parte da legítima¹³²; já quando concorre com os ascendentes, por aplicação do preceito 2142.º, ao cônjuge pertencem sempre duas terças partes da legítima, ao passo que os ascendentes apenas têm direito a uma terça parte.

Em segundo lugar na hierarquia dos designados sucessíveis estão os sucessíveis contratuais. Nos termos do artigo 2028.º/1, “há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renúncia à sucessão de pessoa viva ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta”.

Apesar de pactos sucessórios serem normalmente nulos, há casos em que o legislador abre possibilidade à sua licitude¹³³: um desses casos é a disposição *mortis causa* que, presente numa convenção antenupcial, funcione a favor de um esposado ao instituí-lo como herdeiro de uma quota ou da totalidade da herança¹³⁴ ou ao nomeá-lo como legatário. Estas disposições por morte podem ser recíprocas ou de um esposado a favor do outro, não podem ser revogadas unilateralmente¹³⁵ e caducam nos mesmos termos que as doações para casamento¹³⁶ e, claro, também no caso de o donatário morrer antes do doador¹³⁷.

Logo a baixo na cadeia de sucessão está presente o testamento, isto é, “o ato unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles”. Acrescentamos nós que, para além de disposições patrimoniais, podem também ser incluídas no testamento certas disposições pessoais, como por exemplo disposições relativas ao destino do cadáver do testador¹³⁸ ou de perfilhação¹³⁹.

No que diz respeito às disposições testamentárias que afetam o cônjuge, apesar de o testador poder dispor para depois da morte a sua meação dos bens comuns, são sempre vigorantes as restrições impostas por lei a favor dos herdeiros legitimários (de que faz parte o cônjuge, como vimos)¹⁴⁰.

¹³² Cf. preceito 2139.º/1/2.ª parte, novamente aplicável por força do art. 2157.º. Tal regra só será relevante quando o cônjuge falecido tiver quatro ou mais descendentes, sendo que, nas palavras de Francisco Pereira COELHO, “a lei terá querido evitar que a quota hereditária do cônjuge fosse excessivamente pequena, justamente nos casos em que, por a família ser muito numerosa, lhe tivessem sido pedidos maior sacrifícios”, indicando também que, com a morte do segundo cônjuge e caso seja esse o seu progenitor, os bens em causa caem em cascata para os mesmos descendentes. Vide COELHO, Francisco Pereira. *Direito das Sucessões*, Lições policopiadas ao Curso de 1973-1974. Coimbra (1992). Pág. 306.

¹³³ Cf. art. 2028.º/2 do CC.

¹³⁴ Aplica-se neste caso o art. 1702.º/2 do CC.

¹³⁵ Cf. art. 1701.º do CC.

¹³⁶ Cf. art. 1703.º, que remete para o art. 1760.º do CC.

¹³⁷ Cf. art. 1703.º do CC.

¹³⁸ Cf. art. 3.º/1/a) do DL n.º 411/98, de 30 de dezembro.

¹³⁹ Cf. art. 1853.º/b) do CC.

¹⁴⁰ Cf. art. 1685.º/1 do CC.

Já se dispuser de bens específicos que integram o património comum, o contemplado apenas tem o direito de exigir o respetivo valor em dinheiro, a menos que o outro cônjuge dê a sua autorização por forma autêntica ou no próprio testamento¹⁴¹, uma das várias instâncias em que a lei oferece ao cônjuge uma proteção especial.

Em matéria de indisponibilidades relativas, disposições a favor do cônjuge não se afiguram como ilícitas, contrariamente àquelas respeitantes à pessoa com quem o *de cuius* casado cometeu adultério¹⁴², concedendo a lei aqui, uma vez mais, uma proteção ao cônjuge, desta vez atendendo aos deveres conjugais a que o falecido estava vinculado.

Por fim, caso o *de cuius* não tenha “*disposto, válida e eficazmente, no todo ou em parte, dos bens de que podia dispor para depois da morte*”¹⁴³, abre-se a sucessão legítima com o chamamento dos herdeiros legítimos¹⁴⁴. Vimos que a sucessão legitimária opera nos mesmos termos que a sucessão legítima, tanto que temos agora o nosso trabalho facilitado.

Assim, segundo o artigo 2132.º do Código Civil, são herdeiros legítimos do falecido os seus parentes, o Estado e, novamente, o cônjuge¹⁴⁵. Já de acordo com o preceito 2133.º/1, a ordem pelo qual esses herdeiros são chamados é, respetivamente, o cônjuge e os descendentes; se não existirem descendentes, o cônjuge e os ascendentes do falecido; depois, os irmãos e seus descendentes; podem ainda ser eventualmente chamados outros colaterais até ao quarto grau; e, por fim, caso o falecido não tenha sucessíveis vivos que se enquadram nos parâmetros analisados, o Estado.

São aqui novamente vigorantes o princípio da preferência de classes¹⁴⁶, o princípio da preferência de graus de parentesco dentro de cada classe¹⁴⁷ e o princípio da sucessão por cabeça¹⁴⁸. Do mesmo modo, comportam-se aqui novamente as exceções respeitantes ao

¹⁴¹ Cf. art. 1685.º/2 e 3/b) do CC.

¹⁴² Cf. art. 2196.º/1 do CC. Note-se que apenas se considera a pessoa cúmplice do testador adúltero quando este estava casado, e não unido de facto.

¹⁴³ Cf. art. 2131.º do CC.

¹⁴⁴ É importante não confundir a “*legítima*” enquanto substantivo com a “*sucessão legítima*”. A legítima é a parte da herança que, imperativamente (por força da lei), vai ser entregue aos herdeiros legitimários do falecido, enquanto a sucessão legítima é um fenómeno sucessório supletivo que se dá quando o *de cuius* não dispôs da totalidade da quota disponível. Vide TELLES, Galvão. *Direito das Sucessões – Noções Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora (1991). Pág. 106.

¹⁴⁵ Note-se, porém, que o cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do art. 1785.º/3. Cf. art. 2133.º/3 do CC.

¹⁴⁶ Cf. art. 2134.º do CC.

¹⁴⁷ Cf. art. 2135.º do CC.

¹⁴⁸ Cf. art. 2136.º do CC.

cônjuge do artigo 2139.º (que, como vimos, nos diz que a quota do cônjuge não pode ser inferior a uma quarta parte da herança quando concorre com os descendentes do *de cujus*) e do artigo 2142.º (que nos diz que ao cônjuge pertencem duas terças partes da herança e aos ascendentes apenas uma terça parte). Por fim, já vimos também que na falta de descendentes e ascendentes o cônjuge sucede na totalidade da herança, nos termos dos preceitos 2141.º e 2144.º.

Como bem se percebe, desde a reforma do Código Civil de 1977¹⁴⁹, o cônjuge tem imperativamente um lugar especial a si reservado no fenómeno sucessório, mas a sua posição privilegiada não fica por aqui. Em primeiro lugar, a lei certifica-se, como já vimos em algumas instâncias, que o falecido não possa, em vida, delapidar levemente o seu património, esvaziando desse modo a legítima. É por esse motivo permitido aos presuntivos herdeiros legitimários, incluindo o cônjuge, agir contra esses atos jurídicos através de um conjunto de mecanismos:

1. Através do artigo 242.º/2 do Código Civil, é aberta a possibilidade aos herdeiros legitimários de pedirem a nulidade de negócios simulados;
2. Já segundo o artigo 92.º do mesmo diploma, em caso de necessidade de administração dos bens de alguém ausente em parte incerta, o curador provisório será escolhido de entre o cônjuge do ausente, algum ou alguns dos herdeiros presumidos ou algum ou alguns dos interessados na conservação dos bens;
3. Por força dos artigos 2168.º e 2169.º, os herdeiros legitimários podem requerer que as liberalidades inoficiosas (isto é, “*as liberalidades, entre vivos ou por morte, que ofendam a legítima dos herdeiros legitimários*”¹⁵⁰) sejam reduzidas em tanto quanto for necessário para que a legítima seja preenchida;
4. O testador também não pode impor encargos sobre a legítima¹⁵¹, o que mais uma vez confirma a posição favorecida dos herdeiros legitimários.
5. Do mesmo modo, se o testador deixar usufruto ou constituir pensão vitalícia que atinja a legítima, os herdeiros legitimários têm a faculdade legal – denominada de

¹⁴⁹ Reforma que alterou substancialmente a posição jurídico-sucessória do cônjuge sobrevivente, concedendo-lhe uma maior proteção ao estabelecê-lo como herdeiro e, ainda, como parte da primeira classe de sucessíveis. Com esta reforma passa a não ser possível manterem-se os bens dentro da família do falecido, excluindo o cônjuge da herança.

¹⁵⁰ Cf. art. 2168.º/1 do CC.

¹⁵¹ Cf. art. 2163.º do CC.

cautela sociniana – de cumprirem o legado ou entregarem ao legatário apenas a quota disponível, libertando assim a legítima de tais encargos.

Nas palavras de Francisco Pereira COELHO, “*tudo isto reflete, de alguma maneira, a ideia de perpetuidade do matrimónio, [...] o qual estabelece entre os cônjuges uma ligação tão forte que não se rompe senão pela morte do último*”¹⁵². Não podemos deixar de acrescentar que também na união de facto existe uma ligação forte entre o casal que muitas vezes termina com a morte de um deles, ou de ambos, tanto que podemos aplicar a mesma *ratio* aos efeitos para depois da morte da união de facto que utilizamos para o casamento.

2. Dissolução da União de Facto

Pressupondo a união de facto uma relação estável, esta, tal como o casamento, acaba sempre por se extinguir, seja em vida ou, inevitavelmente, depois da morte de um (ou de ambos¹⁵³) os conviventes¹⁵⁴.

Devido à margem de liberdade privada que é atribuída ao regime jurídico da união de facto e reinando esta, no nosso ordenamento, no domínio da factualidade, também os seus modos de dissolução contrastam drasticamente com a rígida formalidade do casamento.

Estes são então, de acordo com o artigo 8.º/1 da LUF, a morte de um dos membros (alínea a)); a rutura, por vontade de um ou de ambos (alínea b)); o casamento de um dos unidos de facto (com terceiro) ou de ambos um com o outro (alínea c)).

2.1. Dissolução da União de Facto por Casamento

Não sendo a união de facto considerada pelo direito como um impedimento matrimonial, esta extingue-se quando um dos companheiros contrai casamento com terceiro ou quando o próprio casal celebra casamento entre si.

A questão de aferir se a união de facto deveria, ou não, pertencer aos impedimentos matrimoniais tem sido amplamente discutida pela doutrina, sendo a conclusão mais comum que, pelo seu carácter informal e conseqüente dificuldade em provar a existência de uma

¹⁵²Vide COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Pág. 678.

¹⁵³ Na medida em que podem falecer na mesma data ou não se saber qual deles faleceu primeiro.

¹⁵⁴ Utilizamos as expressões “*companheiro*”, “*convivente*” e “*parceiro*” de modo permutável, servindo ambas como forma de aludir a um indivíduo que está a viver em união de facto com outrem.

união de facto anterior, seria inviável a sua inclusão na lista taxativa de impedimentos matrimoniais criada pela lei¹⁵⁵.

Ainda assim, considerando que um “*casamento anterior não dissolvido*”, católico ou civil, e mesmo cujo assento não tenha sido lavrado no registo do estado civil, é um impedimento dirimente absoluto ao casamento (artigo 1601.º/c) do Código Civil), consideramos que também a união de facto, pelo menos a registada, deveria constar da mesma lista¹⁵⁶. Isto sem nunca retirar às partes o poder de, livremente e por vontade unilateral, dissolverem a união (traço característico que consideramos nuclear à figura), bastando a entrega no Registo Civil de declaração unilateral nesse sentido, bem como uma notificação *fidedigna* à outra parte¹⁵⁷. Deste modo, não só a lei garante que não existe, em simultâneo, um casamento e uma união *more uxorio* não protegida, como protege o unido de facto da possibilidade do seu parceiro casar sem o notificar da extinção da união. Claro que, sendo o casamento em causa entre os unidos de facto, não seria necessária tal formalidade.

2.2. Dissolução da União de Facto por Rutura

Aludimos no capítulo anterior que a vontade unilateral de um dos membros da união de facto é bastante para que esta se dissolva por rutura, apesar de essa vontade também poder ser recíproca. Assim sendo, não existe qualquer requisito de forma ou intervenção estatal para que a união de facto se extinga, o que não significa que as nossas considerações acabam aqui.

Desde logo, diz-nos o artigo 2.º-A/3 da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio que, “*caso a união de facto se tenha dissolvido por vontade de um ou de ambos os membros, aplica-se o disposto no número anterior, com as necessárias adaptações*”, o que significa que se podem usar os mesmos meios de prova utilizados para comprovar a existência da união de facto para aferir a sua dissolução por rutura, nomeadamente declaração emitida pela Junta de

¹⁵⁵ Cf. art. 1600.º do CC.

¹⁵⁶ Vide CRUZ, Rossana Martingo. *União de Facto versus Casamento: Questões Pessoais e Patrimoniais*. 1.ª edição. Coimbra: GESTLEGAL (2019). Págs. 543 e ss.

¹⁵⁷ Transcrevemos a exigência de tal notificação ser fiável do art. 12.º/5 da Lei espanhola n.º 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho, de Andaluzia, estando tal requisito também presente noutros diplomas como a Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, de País Vasco (art. 18.º/2 e 19.º/1) ou Ley Floral 6/2000, de 3 de julio (art. 4.º/1/d), de Navarra. Vide GARCIA GÓMEZ, Ramón. “*El Contrato de Unión Civil*” in *Matrimonio y Uniones de Hecho*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca (2002). Pág. 150.

Freguesia competente, devendo neste caso tal documento ser acompanhado de declaração sob compromisso de honra que menciona quando cessou a união de facto¹⁵⁸.

No entanto, para fazer valer certos direitos provenientes da extinção da união de facto, há ainda que obter uma declaração judicial, devendo esta ser proferida na ação mediante a qual o interessado pretende exercer direitos dependentes da dissolução ou em ação que siga o regime processual das ações de estado¹⁵⁹.

Não sendo aplicáveis à união de facto os preceitos 1688.º e 1689.º do Código Civil, em caso de dissolução da união de facto por rutura não temos outra alternativa se não recorrer às regras gerais do direito privado para determinar o destino do património comum de o casal¹⁶⁰ ou às regras acordadas no contrato de coabitação, caso tenha sido celebrado. Sendo o tema desta dissertação os efeitos sucessórios da união de facto contrapostos aos do casamento não vamos, para já, mergulhar na profundidade que são as questões da liquidação do património em caso de rutura¹⁶¹.

Sublinhe-se apenas que a lei, “*ex vi*” do artigo 4.º da LUF, ordena aplicar à casa de morada de família o regime do divórcio com as necessárias adaptações, isto é, os artigos 1105.º e 1793.º do Código Civil, havendo que distinguir se a casa é propriedade de um dos membros da relação, de ambos, ou tomada de arrendamento. Quanto aos restantes bens, a doutrina debate-se em aplicar à finda união de facto os princípios da sociedade de facto quando os pressupostos se verificarem¹⁶² ou as regras do enriquecimento sem causa¹⁶³.

¹⁵⁸ Podendo até ser subscrita declaração singular quando um dos ex-membros da extinta união de facto não se dispuser a subscrever a declaração conjunta. Cf. art. 2.º-A/3/*in fine* da LUF.

¹⁵⁹ Cf. art. 8.º/2 e 3 da LUF.

¹⁶⁰ Não somos, sublinhe-se, o único ordenamento jurídico que não adotou um regime patrimonial referente à dissolução da união de facto por rutura, sendo o recurso aos princípios e regras gerais do direito das obrigações e dos direitos reais uma necessidade transversal a vários sistemas jurídicos. *Vide*, a título de exemplo, ROBERTS, Marian. *Mediation in Family Disputes*. Aldershot: Ashgate Publishing (2008). Pág. 90.

¹⁶¹ Fazendo-se assim, no que diz respeito a essa temática, a devida remissão para as considerações feitas em CRUZ, Rossana Martingo. *União de Facto versus Casamento: Questões Pessoais e Patrimoniais*. 1.ª edição. Coimbra: GESTLEGAL (2019). Págs. 557 e ss.

¹⁶² *Vide* ALMEIDA, Geraldo da Cruz. *Da União de Facto: Convivência more uxório em Direito Internacional Privado*. Lisboa: Pedro Ferreira (1999). Pág. 214; COELHO, Francisco Pereira. “*Casamento e Família no Direito Português*” (texto de conferência proferida a 17 de outubro de 1984) in AA.VV. *Temas de Direito da Família*. Ciclo de Conferências no Conselho Distrital da Ordem dos Advogados. Coimbra: Almedina (1986). Pág. 17; GARCÍA RUBIO, María Paz. “*Las Uniones de Hecho*” in *Derecho de Familia*. Madrid: Civitas Thomson Reuters (2012). Pág. 1512.

¹⁶³ Parece-nos que o cumprimento dos requisitos para aplicação das normas da sociedade de facto é difícil. Segundo o art. 980.º do CC, “*contrato de sociedade é aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa atividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros dessa atividade*”. Ora, na união de facto não há, normalmente, qualquer escopo económico em jogo, nem propriamente uma intenção de repartir o “lucro” da união, tanto que se deverão aplicar na grande maioria dos casos as normas do enriquecimento sem causa.

Por fim, caso não se conheça da titularidade dos bens móveis não sujeitos a registo (entre eles, o recheio da casa), presume-se que esses são tidos em compropriedade por ambos os membros da união de facto em quotas quantitativamente iguais (pois não há indicação em contrário¹⁶⁴), podendo qualquer um deles requerer a divisão da coisa comum em qualquer momento¹⁶⁵.

2.2.1. Caso Específico da Reparação de Prejuízos em Caso de Rutura Injusta

Evitando repetições ou alongamentos desnecessários, há uma eventualidade esporádica a que devemos a dita menção. Vimos *supra* que, vigorando a união de facto no domínio da informal factualidade e dependendo de *animus convivendi*, não há qualquer obrigatoriedade jurídica de os seus membros permanecerem na relação, isto ao contrário do regime legal do casamento em que para romper a relação conjugal há que proceder a um conjunto de formalidades.

Ora, a inexistência de um compromisso rígido na união de facto precipita, devidamente, sobre a realidade patrimonial ao impedir que se possa fazer caso por uma indemnização com base na rutura¹⁶⁶.

Mas se assim é, tal não impede que a rutura da situação paraconjugal em circunstâncias que, nas palavras de Francisco Pereira COELHO, sejam “*clamorosamente injustas, com manifesto excesso dos limites impostos pela boa fé ou pelos bons costumes ao exercício do direito (artigo 334.º)*”¹⁶⁷, sirva como fundamento para que o unido de facto afetado peça reparação dos prejuízos que lhe tenham sido causados pelo término da união, nunca deixando o outro de perder, porém, o seu devido direito a romper a união¹⁶⁸. Ficam

De acordo com o preceito 473.º do Código Civil, “*aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou*” (n.º 1), sendo tal preceito aplicável mesmo em casos em que existia uma causa para tal enriquecimento, mas essa deixou de existir (n.º 2). Entendemos então que as deslocações patrimoniais ocorridas na vigência da união constituem-se, com o fim desta, como desequilíbrios patrimoniais que poderão ser abordados através do instituto do enriquecimento sem causa.

Segue a nossa posição o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de fevereiro de 2011 e de 15 de maio de 2012, mas o STJ também já se veio pronunciar que, desde que cumpridos os pressupostos da lei, poderá também aplicar-se o regime das sociedades (Ac. STJ de 9 de março de 2004). Vide PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 6.ª edição. Lisboa: AAFDL editora (2018). Págs. 537 e ss.

¹⁶⁴ Cf. art. 1403.º/2 do CC.

¹⁶⁵ Cf. art. 1412.º e 1413.º do CC.

¹⁶⁶ Assim têm vindo a decidir os tribunais. Cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20 de janeiro de 1998 e, ainda, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de dezembro de 2006.

¹⁶⁷ Vide COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Pág. 93.

¹⁶⁸ É o que parece sugerir, de facto, o Acórdão do STJ de 14 de março de 1990 quando este estabelece que a rutura sem justo motivo da união de facto “*não está excluída da tutela ressarcitória e do dever de assistência*

assim mais próximos, ainda que mingudadamente, o regime do casamento e da união de facto¹⁶⁹.

2.3. Dissolução da União de Facto por Morte

No caso de dissolução da união de facto por morte, nos termos que já temos vindo a expor, a prova pode ser feita através de declaração emitida pela Junta de Freguesia, atestando-se que o interessado residia há mais de dois anos com o falecido à data da morte e, ainda, declaração sobre compromisso de honra de que o casal vivia em união de facto protegida à mesma data, certidão de cópia integral do registo de nascimento do interessado e certidão do óbito do falecido¹⁷⁰.

Quanto às considerações do regime sucessório aplicado à figura da união de facto, o legislador ocupou-se essencialmente com cinco questões, as quais iremos analisar separadamente: a casa de morada de família e o respetivo recheio; o direito a alimentos; o direito a outras prestações por morte; o direito a uma indemnização por morte; e a capacidade testamentária.

Apesar de estar atualmente previsto um conjunto de medidas, ainda que limitado, com vista à proteção do convivente sobrevivente na eventualidade de dissolução da plena comunhão de vida por morte de um dos unidos de facto, veremos que grande parte dos direitos que hoje lhe são reconhecidos foram progressivamente conquistados através de evoluções legislativas e de uma rica atividade jurisprudencial na área. Assim, se depois da corrente exposição concluirmos que a sua posição sucessória está em necessidade de igualação com aquela do cônjuge sobrevivente, há que ter em consideração que esse desequilíbrio era ainda mais gritante há pouco mais de uma década¹⁷¹, originando-se

que a ordem jurídica define para a rutura do divórcio”, disponível em formato eletrónico em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4d48bdae21acd003802568fc003941e1?OpenDocument> (consultado a 1 de janeiro de 2021).

¹⁶⁹ É claro que, com as alterações introduzidas em 2008, deixaram de ser feitas considerações com base na culpa no processo de divórcio e, assim, as implicações que essas considerações tinham nas partilhas, na atribuição da casa de morada da família, na pensão de alimentos, etc. Mas, ainda assim, é possível propor uma ação de indemnização paralela à ação de divórcio sem consentimento do outro cônjuge (se essa ação não deveria de poder ser instaurada no mesmo processo, tendemos para uma resposta positiva) em que se pedem ao tribunal compensações pelos danos sofridos pela falência do matrimónio, seja por danos psicológicos seja por sacrifícios profissionais ou pessoais que tenham sido feitos em prol do casamento.

¹⁷⁰ Cf. art. 2.º-A/4 da LUF.

¹⁷¹ Considerando-se aqui, nomeadamente, a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, que adotou várias medidas de proteção por morte à união de facto.

repetitivamente situações de extrema injustiça resultantes da *deliberada* exclusão da união de facto do núcleo mínimo de proteções por morte.

2.3.1. A Casa de Morada de Família e a Transmissão por Morte do Direito ao Arrendamento

As sequelas legais da morte de um dos membros da união de facto no âmbito da casa de morada de família variam consoante quem for o proprietário do imóvel¹⁷². Assim, se a casa de morada comum for propriedade do membro sobrevivente não se levanta qualquer questão, esse retém o pleno direito sobre o imóvel. Já se o proprietário for o membro falecido, o unido de facto sobrevivente passa a gozar de um direito real de habitação incidente sobre a casa, pelo prazo de cinco anos, a par de um direito de uso do seu recheio pelo mesmo período¹⁷³ de acordo com os artigos 3.º/a) e 5.º/1 da Lei de Proteção das Uniões de Facto¹⁷⁴.

O número 2 do artigo 5.º, valorizando uma união de facto com maior antiguidade, atribui ao companheiro sobrevivente um prolongamento dos referidos prazos em montante igual à duração da própria união de facto¹⁷⁵. Deste modo, se a união de facto for inferior a 5 anos (mas sempre superior a dois anos – período mínimo para ser considerada uma união *more uxorio* protegida¹⁷⁶), o companheiro sobrevivente fica com o direito real de habitação e de uso pelo período de cinco anos, mas se tiver durado mais de cinco anos (imaginemos então que a relação tinha já feito dezoito anos), ficará com esses direitos por um período

¹⁷² Vide, como referência geral a todo este capítulo, PEDRO, Rute Teixeira. *Breves Reflexões sobre a Proteção do Unido de Facto quanto à Cada de Morada de Família Propriedade do Companheiro Falecido* in AA.VV. *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho* (coord. Guilherme de OLIVEIRA). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Págs. 317 e ss.

¹⁷³ Esta última parte – a proteção concedida ao membro sobrevivente da união de facto relativa ao recheio da casa de morada de família – foi uma inovação da redação de 2010, já que a versão anterior apenas concedia ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação sobre a casa. É claro que tal disposição só é vigorante caso o recheio da casa não seja da propriedade de ambos os sujeitos, caso em que vigora o regime da compropriedade nos termos gerais do direito privado.

¹⁷⁴ Este direito real de habitação não é conferido ao membro sobrevivente, contudo, se este tiver casa própria na área do respetivo conselho da casa de morada da família, incluindo os conselhos limítrofes no caso dos conselhos de Lisboa ou do Porto. Esta limitação é reveladora da intenção do legislador de circunscrever a proteção sucessória do unido de facto sobrevivente apenas ao cerne indispensável, ao contrário da proteção do cônjuge sobrevivente que vai muito além da mera finalidade de evitar situações nítidas de injustiça. Cf. art. 5.º/6 da LUF.

Do mesmo modo, se o membro sobrevivente não der uso ao seu direito por falta de necessidade, isto é, se não habitar na casa pelo período de um ano, o seu direito caduca. Cf. art. 5.º/5 da LUF.

¹⁷⁵ O atender à circunstância da antiguidade da relação foi outra importante alteração proveniente da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, isto na medida em que concede ao membro sobrevivente uma proteção muito forte face ao imóvel. Apesar da lei não lhe atribuir a propriedade do imóvel, este chega muitas vezes a falecer sem perder os seus direitos sobre o local onde o casal se estabeleceu.

¹⁷⁶ Cf. art. 1.º/2 da LUF, como já explicitámos.

temporal correspondente à relação (isto é, de dezoito anos contados após a morte do *de cujus*).

Se ficássemos por aqui, todavia, iriam surgir situações em que, frente à condição de especial carência do membro sobrevivivo, seria injusto o legislador impor-lhe que desocupasse o imóvel onde possivelmente viveu a maior parte da sua vida. Vejamos, a título de exemplo, o caso em que à data da morte ambos os membros da união de facto já tinham 70 anos de idade e em que a relação durou 20. Nesta situação, considerando apenas o que vimos até aqui, o membro sobrevivivo teria que encontrar nova habitação aos 90 anos de idade, algo altamente prejudicial para alguém com dificuldades motoras ou de fraco estado de saúde.

Ora, face a este problema o legislador diz-nos, no número 4.º do mesmo preceito, que, *“excepcionalmente, e por motivos de equidade, o tribunal pode prorrogar os prazos previstos [...] considerando, designadamente, cuidados dispensados pelo membro sobrevivivo à pessoa do falecido ou a familiares deste, e a especial carência em que o membro se encontre, por qualquer causa”*.

Apesar de considerarmos que o legislador podia ter ido mais longe ao nomear, explicitamente, a idade avançada do membro sobrevivivo como condição bastante para operar a cláusula do número 4 (sem necessidade de existirem, portanto, dificuldades adicionais), aplaudimos o facto de importarem para a decisão do tribunal os cuidados prestados pelo companheiro sobrevivivo que, desse modo, possam ter contribuído para libertar os restantes familiares de tais encargos, familiares esses que podiam vir a beneficiar da não prorrogação dos prazos dos direitos reais menores que recaem sobre a propriedade.

Para além da possibilidade de prorrogação, o membro sobrevivivo tem hoje outra proteção adicional que passa pela conversão do seu direito de habitação num contrato de arrendamento¹⁷⁷. Este decorrerá nas condições gerais do mercado e tendo sempre o companheiro sobrevivivo direito a permanecer no imóvel até à celebração do mesmo¹⁷⁸. Na falta de acordo sobre as condições do contrato, diz-nos o 5.º/8 da LUF que o tribunal pode fixá-las depois de ouvir os interessados.

Nos termos do 5.º/9, o membro sobrevivivo dispõe ainda de direito de preferência em caso de alienação do imóvel durante o tempo em que puder habitá-lo a qualquer título. O

¹⁷⁷ Cf. art. 5.º/7 da LUF. Esta é novamente uma alteração da redação de 2010.

¹⁷⁸ Salvo se os proprietários satisfizerem os requisitos legalmente estabelecidos para a denúncia do contrato de arrendamento para habitação, pelos senhorios, com as devidas adaptações. Cf. art. 5.º/7/*in fine* da LUF.

uso da expressão “*a qualquer título*” pela lei significa que este direito pode também ser utilizado pelo seu titular na situação de a casa de morada de família ser arrendada, possibilidade que iremos ver de seguida.

Antes da entrada em vigor da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, as disposições que temos vindo a falar apenas operavam caso o *de cujus* não tivesse descendentes com menos de um ano de idade ou que com ele convivessem há mais de um ano e pretendessem habitar a casa. Hoje, desaparecendo das normas legais em vigor tais limitações, o unido de facto sobrevivente fica mais bem protegido ao não ter que competir com os filhos do *de cujus*, especialmente considerando que esses vão sempre estar protegidos, seja através da herança (como já vimos), seja porque têm outro progenitor com os seus próprios bens, que pode, ou não, ser o unido de facto.

Outra novidade trazida pela redação de 2010 foi o carácter imperativo destas disposições, um engrandecimento que implica que as proteções rematadas pelo legislador não poderão eventualmente ser afastadas por disposição testamentária do proprietário dos bens. Assim, apesar de o companheiro sobrevivente não estar a par do cônjuge no regime sucessório, este está imperativamente protegido por lei com prioridade em relação aos descendentes e mesmo contra a vontade do falecido. Estas são proteções que absolutamente não podem faltar num ordenamento jurídico que se orgulhe de não deixar abandonadas pessoas que optaram por não contrair casamento e de permitir que essa seja uma escolha verdadeiramente livre.

Uma segunda hipótese é o caso de os dois membros da união de facto serem comproprietários da casa de morada de família, sendo que nessa possibilidade o membro sobrevivente mantém a sua posição de comproprietário, somando-se-lhe os direitos reais que acabámos de analisar, em exclusivo¹⁷⁹.

Por fim, pode acontecer que nem um nem outro seja o proprietário da casa de morada de família, sendo esta tomada por arrendamento. Nessa situação, e sendo o companheiro falecido o arrendatário, transmite-se ao convivente sobrevivente, por morte, o direito ao arrendamento para habitação¹⁸⁰. Depende tal efeito, contudo, da condição de o unido de facto já residir no locado há mais de um ano à data da morte¹⁸¹, não tendo esta convivência, porém, que ser contínua: justifica-se o cumprimento do requisito mesmo existindo algumas

¹⁷⁹ Cf. art. 5.º/3 da LUF.

¹⁸⁰ Cf. art. 1106.º/1 do CC.

¹⁸¹ Cf. art. 1106.º/2 do CC.

ausências temporárias, como aquelas motivadas por férias, viagens profissionais ou internamento hospitalar¹⁸².

Em contrapartida ao requisito de convivência no locado, não são necessários os típicos dois anos de duração da união de facto para esta se tornar uma união *more uxorio* protegida para efeitos de transmissão do contrato de arrendamento, sendo apenas pedido a duração de um ano da união de facto desde as alterações introduzidas pelo Novo Regime do Arrendamento Urbano¹⁸³. O mesmo é dizer que o direito ao arrendamento para habitação continua a transmitir-se ao convivente sobrevivente no caso de a união de facto só ter um ano de antiguidade, mas apenas se esse ano de convivência tiver sido passado no imóvel objeto do contrato de arrendamento.

2.3.2. Direito a Alimentos da Herança do Falecido

No que diz respeito aos alimentos da herança do falecido, diz-nos o artigo 2020.º do Código Civil que o membro sobrevivente da união de facto tem sempre o direito de exigir alimentos da herança do falecido, caso tenha necessidade¹⁸⁴. Desde a redação de 2010¹⁸⁵, a lei já não exige que o companheiro sobrevivente demande previamente, sem sucesso, os familiares do *de cuius* (obrigados pelo artigo 2009.º do CC) para que tenha este direito sobre a herança¹⁸⁶.

¹⁸² Vide PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 6.ª edição. Lisboa: AAFDL editora (2018). Pág. 543.

¹⁸³ Já vimos que o período mínimo de duração de uma união *more uxorio*, para se tornar numa união de facto protegida, é de dois anos, de acordo com o art. 1.º/2 da LUF. O art. 1106.º do CC (na redação que lhe foi dada pelo NRAU) diz-nos, no entanto, que “o arrendamento para habitação não caduca por morte do arrendatário quando lhe sobreviva pessoa que com ele vivesse em união de facto há mais de um ano”. Cf. art. 1106.º/1/b). Sobre as várias alterações legais que ocorreram sobre este preceito, e o que irremediavelmente significavam na transposição para a prática das intenções do legislador, vide COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Págs. 100 e ss.

¹⁸⁴ Entende-se por alimentos, de acordo com o art. 2003.º/1 do CC, “tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário”, referindo ainda o 2004.º/1 e 2 que estes serão proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los, atendendo-se sempre à possibilidade de o alimentando prover à sua subsistência. Assim, o direito de alimentos é um direito que só pode ser usufruído pelo companheiro sobrevivente caso este, com a morte do *de cuius*, fique economicamente desamparado.

¹⁸⁵ Referimo-nos, claro, à Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto.

¹⁸⁶ Vide COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Págs. 95 e ss.

Com base neste discorrimento, consideramos que este é um direito de crédito face à herança¹⁸⁷ e não um verdadeiro direito sucessório, isto na medida em que não se pode dizer ser diretamente proveniente da morte do *de cuius* e, assim, do fenómeno sucessório. É, sim, um crédito que a lei faculta ao companheiro sobrevivente na eventualidade de este carecer de ser alimentado que acaba por recair sobre a herança do falecido. Em consonância com a nossa opinião, França PITÃO¹⁸⁸ entende estar em jogo um direito meramente obrigacional, imposto sobre a herança do companheiro falecido e cuja eficácia depende da morte do mesmo, a par de Marta COSTA¹⁸⁹ e Cristina DIAS¹⁹⁰.

Este crédito de alimentos caduca se o alimentado não o exercer nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão¹⁹¹ e cessa caso este contraia novo casamento, inicie nova união de facto ou se torne indigno do benefício pelo seu comportamento¹⁹².

2.3.3. Prestações Sociais por Morte

Segundo o artigo 3.º da LUF, as pessoas que vivem em união de facto nas condições previstas na presente lei têm direito às prestações sociais por morte transcritas a baixo:

- “e) Proteção social na eventualidade de morte do beneficiário, por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social e da presente lei;*
- f) Prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, por aplicação dos regimes jurídicos respetivos e da presente lei;*
- g) Pensão de preço de sangue e por serviços excecionais e relevantes prestados ao País, por aplicação dos regimes jurídicos respetivos e da presente lei”.*

Partindo da alínea e), respeitante às prestações gerais, se o *de cuius* tiver sido funcionário da Administração Pública ou da Administração Regional ou Local, o

¹⁸⁷ Antunes VARELA define-o como “um direito de crédito contra o espólio do finado”. Vide VARELA, Antunes. *Direito da Família*. Vol. I. 5.ª edição, revista, atualizada e completada. Lisboa: Livraria Petrony (1999). Pág. 29.

¹⁸⁸ Vide PITÃO, José António de França. *Unões de Facto e Economia Comum*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina (2011). Págs. 261 e ss.

¹⁸⁹ Vide COSTA, Marta. *Convivência more uxorio na Perspetiva de Harmonização do Direito da Família Europeu: Unões Homossexuais*. Coimbra: Coimbra Editora (2011). Págs. 271 e ss.

¹⁹⁰ Vide DIAS, Cristina. *Lições de Direito das Sucessões*. 7.ª edição. Coimbra: Almedina (2019). Pág. 204 e 205 e nota 346.

¹⁹¹ Cf. art. 2020.º/2 do CC.

¹⁹² Cf. art. 2019.º, *ex vi* pelo art. 2020.º/3 do CC.

companheiro sobrevivente tem direito ao subsídio por morte¹⁹³ e à pensão de sobrevivência¹⁹⁴. Do mesmo modo, tem também direito às mesmas prestações se o falecido tiver sido beneficiário do regime geral da segurança social¹⁹⁵.

Avançando até à alínea f) do art. 3.º, o direito do companheiro sobrevivente às prestações por morte resultante de acidente de trabalho é confirmado pelos artigos 56.º e seguintes do RRATDP, nomeadamente o preceito 57.º/1/a), que nos diz que em caso de morte esta pensão é devida ao cônjuge ou a pessoa que com ele vivia em união de facto, e pelo artigo 59.º, que explicita que, para esta classe de titulares, a pensão é de 30% da retribuição do sinistrado até perfazer a idade da reforma por velhice e 40% a partir daquela idade ou da verificação de deficiência ou doença crónica que afete sensivelmente a sua capacidade para o trabalho, se do acidente resultar a morte do sinistrado.

Quanto às pensões de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao país (alínea f)), a primeira é atribuída quando o falecido desempenhava uma das funções previstas nas alíneas a) a h) do artigo 2.º/1 do DL n.º 466/99, de 6 de novembro¹⁹⁶; já a segunda pressupõe que o beneficiário revele exemplar conduta moral e cívica¹⁹⁷ por uma das práticas previstas nas alíneas a) e b) do artigo 4.º do mesmo diploma. Nos termos dos artigos 5.º e 6.º, o unido de facto pode ser beneficiário destas pensões a par do cônjuge¹⁹⁸.

Para concluir, diz-nos o artigo 6.º da Lei de Proteção às Uniões de Facto que o membro sobrevivente da união de facto beneficia dos direitos previstos nas alíneas que tratámos “*independentemente da necessidade de alimentos*”, o que significa que, instaurada uma acção, o companheiro sobrevivente apenas tem que provar ter estado numa união de facto durante, pelo menos, dois anos. Apesar da redacção atual da lei nos permitir facilmente verter tal conclusão, nem sempre foi assim. De facto, este preceito foi alvo de profunda discussão

¹⁹³ Cf. arts. 40.º e 41.º do DL n.º 142/73, de 31 de março.

Ter em devida atenção que o Acórdão do STJ n.º 7/2017, de 6 de julho ordena que seja atribuído o direito a pensão de sobrevivência, por morte do companheiro beneficiário do sector bancário, ao companheiro sobrevivente, mesmo que o regime especial de segurança social aplicável (para que remete a Lei n.º 7/2001) não preveja a atribuição desse direito.

¹⁹⁴ Cf. arts. 3.º/1/a), 4.º/2/b) e 10.º/2 do DL n.º 223/95, de 8 de setembro.

¹⁹⁵ Cf. art. 8.º do DL n.º 322/90, de 18 de outubro e Decreto Regulamentar n.º 1/94, de 18 de janeiro.

¹⁹⁶ Regime jurídico das pensões de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País.

¹⁹⁷ Entendendo-se por exemplar conduta moral e cívica “*a observância, de modo constante e permanente, do respeito pelos direitos e liberdades individuais e coletivos, bem como pelo prestígio e dignidade do País*”, segundo o n.º 2 do mencionado preceito.

¹⁹⁸ Os referidos preceitos remetem para o art. 2020.º do Código Civil, que já analisámos.

por parte da doutrina e de um montante considerável de jurisprudência pelo Tribunal Constitucional.

Antes do DL n.º 153/2008, de 6 de agosto, questionava-se se, para a atribuição das mencionadas prestações por morte (nomeadamente das prestações gerais – subsídio por morte e pensão de sobrevivência), o beneficiário teria de intentar uma ou duas ações judiciais. Em 2008, ficou estabelecido que o companheiro sobrevivente apenas tinha que intentar uma ação¹⁹⁹, mas ficou sem se saber quem tinha o ónus de provar os requisitos em juízo e que requisitos seriam esses.

Lembramos que, antes de 2010, o artigo 6.º da LUF apenas mencionava que o convivente sobrevivente tinha direito às prestações se reunisse as condições do artigo 2020.º do CC e que a ação decorria perante os tribunais cíveis, forçando o entendimento de que este, como alegado beneficiário das prestações, tinha sempre que instaurar uma ação judicial para reclamar esses direitos. Já o número 2 explicitava que, *“em caso de inexistência ou insuficiência de bens da herança, ou nos casos referidos no número anterior, o direito às prestações efetiva-se mediante ação proposta contra a instituição competente para a respetiva atribuição”*.

Baseando-se no que era perceptível da letra da lei, a opinião dominante²⁰⁰ era que o membro sobrevivente da união de facto, sendo esse quem pretendia beneficiar das prestações, teria de alegar e provar que se verificavam as condições requeridas pelos artigos 2004.º (que não tinha possibilidade de prover à sua subsistência, ou seja, que tinha necessidade de alimentos) e 2020.º/1 do CC (que tinha direito a obter alimentos da herança por não os poder obter das categorias de pessoas estabelecidas no artigo 2009.º) e ainda que não existiam bens suficientes na massa da herança para satisfazer a obrigação de alimentos, para além de ter que provar estar em união de facto com o falecido há mais de dois anos, o que representava uma enorme dificuldade na obtenção das prestações por morte relativamente à sua contraparte legal, o cônjuge sobrevivente.

Apesar de tal iniquidade, o Tribunal Constitucional decidiu que era conforme à Constituição da República Portuguesa o companheiro sobrevivente ter que provar cumprir os

¹⁹⁹ Com a alteração que o art. 2.º do DL n.º 153/2008, de 6 de agosto fez ao Decreto Regulamentar n.º 1/94, de 18 de janeiro.

²⁰⁰ Vide CID, Nuno de Salter. *A Comunhão de Vida à Margem do Casamento: Entre o Facto e o Direito*. Coimbra: Almedina (2005). Págs. 672 e 673. e COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Págs. 105 e ss.

requisitos do artigo 2020.º, referindo que “a diferença estabelecida pelo direito da segurança social entre o regime de acesso à pensão de sobrevivência por parte do cônjuge sobrevivente de beneficiário falecido e o regime de acesso à mesma pensão por parte do unido de facto não lesa, por si só, nem as exigências decorrentes do princípio geral da igualdade (n.º 1 do artigo 13.º da CRP), nem as exigências decorrentes da proibição de discriminação, contidas no n.º 2 do mesmo artigo”²⁰¹.

Com as alterações da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto à LUF, esta problemática foi ultrapassada: desde logo, do artigo 6.º/2 resultou que apenas haveria necessidade de recorrer a ação judicial caso existissem fundadas dúvidas sobre a existência da união de facto e, sendo essa ação intentada, o sobrevivente apenas teria que demonstrar viver em união de facto, uma vez que a dita lei alterava simultaneamente o artigo 2020.º do CC e que o 6.º/1 da LUF conferia agora o direito às prestações por morte independente da necessidade de alimentos.

Hoje, com a Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro, caso haja fundadas dúvidas sobre a existência da união de facto, a entidade responsável pelo pagamento das prestações deve solicitar meios de prova complementares (como declaração emitida pela Autoridade Tributária e Aduaneira ou pelo Instituto dos Registos e do Notariado, I.P.), onde se atenta que à data da morte os membros da união de facto tinham domicílio fiscal comum há mais de dois anos²⁰². Só quando essas diligências falhem, subsistindo desse modo dúvidas, é que a mesma entidade promove a competente ação judicial, onde o membro sobrevivente continua apenas a ter que provar ter estado em união de facto há mais de dois anos.

2.3.4. Indemnização

Resultando da morte de um dos membros da união de facto prejuízos para o companheiro sobrevivente, este pode ainda exigir uma indemnização pelos danos que sofreu. Estando em causa danos patrimoniais, o membro sobrevivente tem direito a exigir do responsável pela lesão de que proveio a morte a indemnização de todas as despesas feitas para salvar o lesado e todas as demais (incluindo as do funeral), mas apenas se pudesse exigir

²⁰¹ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 651/2009, Proc. n.º 1019/2008, publicação no Diário da República n.º 22/2010, Série II de 2 de fevereiro de 2010. Disponível em formato eletrónico em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/2014295/details/maximized> (consultado a 5 de abril de 2021). Cf. também, no mesmo sentido, os Acórdãos n.º 195/2003, 159/2005 e 614/2005.

²⁰² Cf. art. 6.º/2 da LUF.

alimentos ao lesado, nomeadamente por corresponder tal prestação ao cumprimento de uma obrigação natural²⁰³.

Quanto aos danos não patrimoniais, segundo o artigo 496.º/3 do Código Civil, a pessoa que vivia em união de facto com o falecido tem o direito à indemnização conjuntamente com os filhos e outros descendentes deste. Apesar da questão estar hoje assente, o preceito 496.º, na sua versão originária, não incluía, propositadamente, o unido de facto sobrevivente na lista de eventuais titulares do direito à indemnização, na qual sempre constou o cônjuge sobrevivente.

Com base nesta premissa, o Tribunal Constitucional veio pronunciar-se pela inconstitucionalidade da decisão do legislador por violação do artigo 36.º/1 da Constituição da República Portuguesa (o direito de constituir família em condições de plena igualdade), conjugado com o princípio da proporcionalidade²⁰⁴, ou seja, reconhecendo que o artigo 36.º/1, ao instituir um direito a constituir família, nele inclui outros modos de constituir família para além do casamento, o Tribunal Constitucional entendeu que não se pode proteger menos a união de facto apenas porque não assenta no matrimónio, um argumento muito relevante por poder ser extrapolado para fora do âmbito da indemnização por danos morais resultantes da morte do companheiro e aplicado a qualquer diferença de regime estabelecida entre os dois modelos familiares.

Concordamos com a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional no referido acórdão, apesar de admitirmos que a antiga norma do 496.º do Código Civil viola também o artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa. Considerando que o princípio da igualdade, como já referimos, serve como limite objetivo da discricionariedade legislativa, exigindo que situações iguais sejam tratadas de igual modo e que situações distintas recebam tratamento distinto, há que ter cuidado com a sua aplicação à união de facto quando posta lado-a-lado com o casamento. Estas são duas figuras distintas e que, por esse mesmo motivo, merecem tratamento distinto em alguns aspetos essenciais do seu regime, mas, ainda assim, têm no seu cerne duas situações iguais: a plena comunhão de vida.

Não podemos assim renunciar a aplicação do artigo 13.º da CRP ao caso concreto simplesmente por a união de facto não ser um casamento, considerando desprovido de fundamento a alegação que a ligação entre os cônjuges é “*mais forte*” que a dos unidos de

²⁰³ Cf. arts. 495.º/1 e 3 e 402.º do CC.

²⁰⁴ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 275/2002, de 19 de junho, publicado em Diário da República a 24 de julho de 2002.

facto²⁰⁵. O afastamento do princípio da igualdade a situações dignas da sua proteção com base neste argumento (que consideramos superficial e facilmente manipulável) já foi desmistificada várias vezes no passado, sendo hoje pacificamente utilizado nas mesmas situações em que outrora seria desmerecido.

O mesmo pode ser dito relativamente ao artigo 36.º. Tendo já nós admitido considerar que este preceito se refere, ainda que obscuramente, à união de facto nas suas previsões por igualdade, tem o legislador ordinário o dever de obedecer à palavra constitucional. Há que averiguar se as situações em causa são efetivamente distintas ou não, e a dissolução por morte de uma plena comunhão de vida, não é, a nosso ver, uma situação distinta consoante seja essa constante de um casamento ou de uma união de facto. A mágoa e o dano moral pela morte de um cônjuge ou de um companheiro de facto é *sempre* merecedora de tutela jurídica.

Ainda assim, a jurisprudência posterior considerou que a (antiga) norma do 496.º/2 do CC não era inconstitucional²⁰⁶. A discussão apenas terminou quando o legislador, ele próprio, alargou a indemnização por danos não patrimoniais com base na morte de um dos membros do casal à união de facto através da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto.

2.3.5. Código de Trabalho

Devemos ainda mencionar brevemente que o companheiro é equiparado ao cônjuge em vários aspetos nas regulamentações que faz a lei laboral (têm, por exemplo, direito a gozar férias em período idêntico caso trabalhem na mesma empresa²⁰⁷, direito a faltar ao trabalho até 30 dias por ano no caso de prestação de assistência inadiável e imprescindível ao companheiro²⁰⁸, etc.). Uma dessas circunstâncias tem por base o falecimento do outro membro da união de facto, referindo o artigo 251.º/1 e 2 do Código de Trabalho que o companheiro sobrevivente pode faltar justificadamente até cinco dias consecutivos aquando da morte do companheiro.

²⁰⁵ Vide COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Pág. 104.

²⁰⁶ Cf. Acórdãos do TC n.º 86/2007; proc. n.º 26/2004 e n.º 87/2007, proc. n.º 995/2005, ambos de 6 de fevereiro de 2007; e Acórdão do STJ de 4 de dezembro de 2003, proc. n.º 03B3825.

²⁰⁷ Cf. art. 241.º/7 do CT.

²⁰⁸ Cf. art. 252.º/1 e 2.

2.3.6. Capacidade Testamentária

Quando estudámos o regime sucessório respeitante ao cônjuge sobrevivente mencionámos de passagem que este não constituía, devidamente, um dos casos de indisponibilidade relativa presente nos artigos 2192.º e seguintes do Código Civil. Do mesmo modo, também nada impede que o *de cujus* faça disposição testamentária a favor do convivente sobrevivente, mas apenas se o falecido não for casado²⁰⁹.

Diz-nos o artigo 2196.º que “*é nula a disposição testamentária a favor da pessoa com quem o testador casado cometeu adultério*”. Assim sendo, o unido de facto apenas pode figurar no testamento se o seu parceiro já tiver procedido ao divórcio, separação judicial de pessoas e bens ou separação de facto com o antigo cônjuge ou, ainda, se este já tiver falecido, como aponta, redundantemente, o número 2, alínea a) do mesmo preceito. Caso contrário, apenas é válida a disposição se esta se limitar a assegurar alimentos ao beneficiário, o que significa que o legislador permite que o cúmplice do testador adúltero seja beneficiado se essa prestação for apenas na medida do necessário à sua subsistência²¹⁰.

3. A Atual Posição do Cônjuge Sobrevivente *versus* aquela do Companheiro Sobrevivente:

Rutura entre o Direito da Família e o Direito das Sucessões no Ordenamento Jurídico Português

Como podemos facilmente averiguar, o legislador foi intencionalmente superficial na regulamentação que fez dos efeitos da dissolução por morte da união de facto, sendo apenas concedido ao unido de facto sobrevivente um mero esboço de proteção na circunstância da morte do seu companheiro. Mas como é que essa proteção se compara ao complexo e detalhado quadro normativo em que assenta a posição sucessória do cônjuge sobrevivente no atual sistema jurídico português?

²⁰⁹ Note-se que a razão de ser destas indisponibilidades relativas é de haver uma grande possibilidade de a vontade do testador não ser verdadeiramente livre, de estar comprometida por qualquer motivo (nomeadamente por estar numa condição vulnerável) a beneficiar certas categorias de pessoas. O caso de adultério, porém, não se encaixa nessa *ratio*. Parece-nos que a intenção do legislador com o preceito 2196.º do CC passa por uma preocupação de proteger o cônjuge sobrevivente (e não o *de cujus*) ao tentar evitar o concurso, na mesma herança, entre este e a pessoa com a qual o testador cometeu adultério. É uma norma necessária que pretende evitar que o falecido deixe parte da sua massa hereditária ao cúmplice adúltero, desfavorecendo desse modo o cônjuge com o qual assumiu um compromisso sério e formal de passar uma vida conjunta e perante o qual se submeteu a um dever jurídico de fidelidade.

²¹⁰ Cf. art. 2196.º/2/b) do CC.

Desde logo, com a Reforma de 1977 do Código Civil, o cônjuge sobrevivente passou a suceder ao *de cuius* como herdeiro legal, tanto legítimo como legitimário²¹¹. Como vimos, esse é um estatuto capaz de o proteger das múltiplas ameaças que podem eventualmente recair sobre os bens da herança. Ora, o companheiro de facto não é herdeiro do falecido, nem legítimo, nem legitimário! Beneficia simplesmente dos legados legais previstos no artigo 5.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio e de possíveis disposições testamentárias a seu favor.

Para além dos privilégios que a lei atribuiu ao cônjuge por ser herdeiro legítimo e da sua constituição também como herdeiro legítimo, o cônjuge tem ainda outros direitos aquando da morte do seu parceiro que o unido de facto não contempla: tem, por exemplo, o direito de exigir partilha se for herdeiro ou meeiro dos bens de o casal (artigo 2101.º/1); outro exemplo de um direito que é apenas reconhecido ao cônjuge sobrevivente é o direito de requerer providências legais com o fim de evitar a consumação de uma ameaça à memória do cônjuge falecido ou de atenuar os efeitos de uma ameaça já cometida²¹².

O cônjuge sobrevivente tem ainda o direito de ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido, sendo obrigados a tal prestação os herdeiros ou legatários a quem tenham sido transmitidos os bens, segundo a proporção do respetivo valor (artigo 2018.º). Antigamente, apesar de o unido de facto sobrevivente ter um direito semelhante

²¹¹ Durante a vigência do Código de Seabra, o cônjuge detinha somente o estatuto de herdeiro legítimo e era subalternizado na sucessão pelos descendentes, ascendentes e colaterais até ao sexto grau. Tinha, no entanto, um direito de apanágio, que ainda hoje persiste entre nós (art. 2018.º), e, consoante o caso, um direito de usufruto vitalício sobre toda ou metade da herança. Tomando esse direito de usufruto, porém, a natureza de legado legítimo, podia sempre ser afastado pela vontade do *de cuius*.

Já na vigência do Código de 1966, mas ainda antes da reforma de 1977, o cônjuge continuava apenas a ser herdeiro legítimo, sucedendo na falta de descendentes, ascendentes e irmãos do falecido. Mantendo o direito de apanágio, com esta alteração legislativa o cônjuge sobrevivente passou apenas a poder suceder no direito de usufruto quando fossem chamados à sucessão os irmãos do falecido. Para além disso, a sua posição sucessória foi consideravelmente enfraquecida ao ser estabelecido como regime de bens supletivo a comunhão de adquiridos em vez do regime de comunhão geral, o que implicou que a sua meação nos bens comuns fosse menor quando não fosse definido nenhum regime de bens pelo casal.

Foi apenas com o DL n.º 496/77, de 25 de novembro que se reforçou a posição sucessória do cônjuge sobrevivente e se abandonou a prevalência da consanguinidade no momento da morte, somando-se ao seu estatuto de herdeiro legítimo (art. 2131.º) a posição de sucessor legitimário (art. 2157.º), passando então a encontrar-se lado-a-lado com os descendentes ou ascendentes do falecido (art. 2133.º/1/a) e b)).

Esta reforma teve em devida consideração a evolução sociológica do conceito de família (a que já aludimos) ao tentar aproximar a lei à valorização cultural do núcleo constituído pelo casal e seus descendentes, privilegiando claramente, contudo, o núcleo conjugal face ao núcleo de facto, algo que não foi, aliás, escondido pelo legislador. Ele próprio, no preâmbulo do DL n.º 496/77, identificou expressamente que “*não se foi além de um esboço de proteção, julgado ética e socialmente justificado, ao companheiro que resta de uma união de facto que tenha revelado um mínimo de durabilidade, estabilidade e aparência conjugal. Foi-se intencionalmente pouco arrojado. Havia que não estimular as uniões de facto*”.

²¹² Cf. arts. 71.º/2, 73.º, 75.º/2, 76.º/2 e 79.º/1 do CC.

previsto no preceito 2020.º, a medida dos alimentos para o companheiro sobrevivivo era diferente daquela que decorria do artigo 2018.º para o cônjuge sobrevivivo, isto por se entender que este último tinha o direito de, através das prestações de alimentos, manter o mesmo padrão de vida vivido pelo casal, direito esse diretamente proveniente do dever de assistência previsto no artigo 1675.º e, portanto, não aplicável à união de facto.

Hoje, a doutrina entende que o montante dos alimentos deve ser fixado nos termos gerais dos artigos 2003.º e 2004.º do Código Civil, isto é, atendendo ao que for “*indispensável ao sustento, habitação e vestuário*” daquele que houver de receber os alimentos, seja esse o companheiro sobrevivivo ou o viúvo²¹³. Assim, estão neste ponto equiparados os regimes de proteção por morte de as duas figuras, sendo esta uma pequena vitória considerando o grande plano das suas posições sucessórias, mas uma vitória importante ainda assim.

Quanto à casa de morada de família, o cônjuge sobrevivivo tem o direito inabalável de, no momento da partilha, ser encabeçado no direito de habitação da casa de morada da família e no direito de uso do respetivo recheio²¹⁴. Como vimos, o membro sobrevivivo tem uma faculdade semelhante: este pode gozar de um direito real de habitação sobre a casa de morada de família e um direito de uso sobre o seu recheio, tendo ainda direito de preferência se o proprietário a quiser alienar durante o tempo em que habitar no imóvel²¹⁵.

Já se a casa for tomada de arrendamento, o cônjuge e o unido de facto estão hoje equiparados nas previsões do artigo 1106.º/1/a) e b) do CC, que estabelece que o arrendamento para habitação não caduca por morte do arrendatário quando lhe sobrevivam estas duas categorias de pessoas²¹⁶. Assim, no que diz respeito à casa de morada de família, o cônjuge e o convivente têm uma posição bastante equilibrada, nomeadamente por atuação da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, como tivemos oportunidade de constar *supra*.

²¹³ Cf. arts. 2018.º e 2020.º do CC.

²¹⁴ Apenas se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória (e meação, se a houver), fica o cônjuge sobrevivivo a dever tornas aos co-herdeiros. Cf. art. 2103-A/1 do CC, art. 2103.º-B e 2103.º-C do CC.

²¹⁵ Cf. art. 5.º da LUF.

²¹⁶ Foi com a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto que se operou esta transformação. Antes de 2010, a lei anterior permitia que a proteção do membro da união de facto sobrevivivo relativa à casa de morada da família fosse afastada por disposição testamentária, valendo assim como um legado legítimo. Hoje, o legado legal em causa parece ser um legado legitimário, ou seja, este deixa de ter carácter supletivo para assumir um carácter imperativo que, portanto, não pode ser afastado pelo autor da sucessão. Vide CRUZ, Rossana Martingo. *União de Facto versus Casamento: Questões Pessoais e Patrimoniais*. 1.ª edição. Coimbra: GESTLEGAL (2019). Págs. 674 e 675 e OLIVEIRA, Guilherme de. “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)” *Crónica Legislativa in Lex Familiae, Revista Portuguesa do Direito da Família*. Ano 7, N.º 14 (2010). Pág. 147.

A lei é também “generosa” relativamente ao companheiro sobrevivente no que diz respeito à indemnização por danos não patrimoniais sofridos com a morte, um direito que está disponível para ambos os sujeitos²¹⁷. De igual modo, o exercício das responsabilidades parentais aquando da morte de um dos progenitores está também equiparado nas duas figuras, conforme se pode constatar nos artigos 1904.º, 1911.º/4 e 496.º. Por fim, ambos o companheiro sobrevivente e o viúvo, com o término da relação por morte, poderão vir a constituir nova união, seja de facto seja matrimonial.

É claro que, com a morte de um dos cônjuges, as relações pessoais e patrimoniais que vigoravam entre eles na constância do casamento cessam, relações essas respetivas à administração e disposição de bens, validade de contratos e deveres conjugais que, em contraposição, nunca vigoraram em vida para os unidos de facto. Trata-se então de um efeito jurídico (ou de um conjunto de efeitos jurídicos) causado(s) pela morte do *de cuius* que não tem aplicação às uniões de facto, mas que não as desvaloriza e que, na nossa opinião, não está em via de igualação.

Com base nestas considerações, se tivermos um olhar desatento ou menos familiarizado com o Livro V do Código Civil, podemos ser levados a pensar que a diferença na posição sucessória do cônjuge e do convivente é mínima, mas a realidade é que há uma diferença essencial – a posição de herdeiro legal detida pelo cônjuge sobrevivente a que o unido de facto, na presente regulamentação, não tem direito – que faz com que a diferença entre os dois regimes se torne abismal.

Imaginemos uma situação em que um sujeito decide manter a lide doméstica enquanto o seu parceiro, com o qual está numa união de facto, assume as responsabilidades financeiras da família. Não havendo um regime de comunhão de adquiridos ou de comunhão geral de bens, o unido de facto que não é o “ganha-pão” da família fica completamente desprotegido aquando da morte do seu parceiro, especialmente se este tiver filhos de terceiro, sem ter direito a nenhum dos bens do casal que não sejam a casa de morada comum, sobre a qual apenas tem um direito de habitação ou de arrendamento.

Não escondemos que a lei, nas alterações que têm vindo a ser feitas, já protegeu o unido de facto sobrevivente em vários aspetos essenciais, mas este continua a não ter direito aos bens sobre os quais foi constituída a vida em comum simplesmente porque optou por não celebrar casamento.

²¹⁷ Cf. art. 496.º/1, 2 e 3 do CC.

Pode-se argumentar, voltemos a repetir, que o *de cuius* tem a faculdade de beneficiar o seu parceiro, em vida, através de disposições testamentárias, mas, se tal possibilidade é merecedora de atenção, é também de considerar que essas liberalidades são circunscritas e limitadas pela quota indisponível reservada aos herdeiros legitimários (sob pena de redução por inoficiosidade na parte que ofenda a legítima²¹⁸) e que muitos dos casais hoje em união de facto estão convencidos que se encontram sob a tutela da lei em caso de morte do sujeito com quem estão em comunhão de vida.

Para além disso, não só as disposições testamentárias não são comuns no ordenamento jurídico português, como os efeitos por morte são, mais vezes do que não, preocupações que o indivíduo médio não tem em vida, o que pode ser especialmente danoso nas hipóteses em que a morte de um dos sujeitos é repentina.

Outra figura que, embora útil, também não é muito utilizada entre nós é o contrato de coabitação. Este, tecido sobre a vontade de ambas as partes, permite que estas estipulem sobre várias matérias de índole patrimonial, nomeadamente o modo de administração do património, questões sobre responsabilidade por dívidas e, mais importante, um regime de bens²¹⁹. Deste modo, convencionando os unidos de facto que passam a viver em comunhão de adquiridos ou mesmo num regime de comunhão geral²²⁰, será retirada à massa hereditária

²¹⁸ Cf. art. 2169.º do CC.

²¹⁹ Seria nula, no entanto, a disposição em que um dos unidos de facto atribuisse ao outro, por morte, os seus bens, isto por transformar o contrato de habitação num contrato sucessório que, como bem sabemos, apenas são admitidos nos casos previstos na lei. Cf. art. 2028.º/1 e 2.

²²⁰ Note-se que é debatido na doutrina se os unidos de facto se podem submeter a um verdadeiro regime de comunhão de bens que espelhe aquele presente no casamento, nomeadamente à luz do princípio do *numero clausus* dos direitos reais (art 1306.º/1 do CC). É claro que os companheiros têm sempre à sua disposição a faculdade de colocar os bens adquiridos em compropriedade (como consta das regras gerais), mas a admissão de um regime de contitularidade que vá além de bens individuais (ao constituir património coletivo) é duvidosa para certos autores.

Na nossa opinião, a propriedade coletiva não está sujeita a um princípio de legalidade estrito, nomeadamente através do princípio do *numero clausus*: a propriedade coletiva é simplesmente uma modalidade de propriedade e que, aliás, está bastante difundida noutros domínios para além do matrimonial. Não resulta claramente da lei que a figura do “*património coletivo*” se reporta a uma forma excecional de contitularidade cuja admissão está sujeita a regras mais restritas.

Outro argumento que poderia ser avançado diz respeito ao Decreto n.º 349/X. Este diploma (base da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto) previa no seu art. 5.º-A/1 a possibilidade de os companheiros estipularem cláusulas sobre a propriedade dos bens adquiridos, disposição que nunca veio a ser publicada. Entendemos que o mero facto dessa disposição não chegar a ter sido inscrita no texto legislativo não chega para proibir a possibilidade de definir um regime de bens aplicável à união de facto: desde logo, essa possibilidade não foi barrada pelo diploma em causa; mas também porque tal faculdade resulta, como dissemos, das regras gerais, nomeadamente do princípio de autonomia negocial.

Assim, entendemos, nos mesmos termos que Francisco Brito Pereira COELHO, que “*a circunstância de os regimes de comunhão estarem previstos como regimes matrimoniais não significará forçosamente que se trate de regimes exclusivamente matrimoniais, o que de resto, a ser aceite, corresponderia a um argumento*

a porção correspondente à propriedade do unido de facto sobrevivivo tal como aconteceria se se tratasse de um cônjuge submetido ao mesmo regime de bens. É claro que, neste caso, o unido de facto sobrevivivo continua sem ter direitos sucessórios provenientes da morte do seu parceiro, tem sim direitos de propriedade sobre a sua meação dos bens comuns, que já teria antes da morte e que poderia exercer em qualquer momento²²¹.

Não tendo o companheiro sobrevivivo estatuto de herdeiro e não existindo testamento ou contrato de coabitação, este apenas consegue obter direitos sobre a massa hereditária provando, em tribunal, que contribuiu para a riqueza de património deixada pelo *de cuius*, utilizando para esse efeito ou o instituto do enriquecimento sem justa causa presente no artigo 473.º do Código Civil ou intentando uma ação declarativa de condenação nos termos do artigo 10.º/2 e 3/b) do Código de Processo Civil.

Assim, podemos abertamente concluir que o companheiro sobrevivivo continua numa posição de desigualdade desproporcionada e injustificável perante o cônjuge quando consideramos que ambos estes tipos relacionais têm a mesma seriedade e, possivelmente, a mesma durabilidade e aparência externa.

O atual regime legal representa uma fenda entre o Direito da Família e o Direito das Sucessões, explicado pelo facto deste último domínio estar desligado da evolução ético-social que podemos observar na realidade portuguesa e que o ramo do Direito da Família, com um dinamismo muito próprio, tem conseguido acompanhar.

Apesar de o Direito da Família e o Direito das Sucessões ambos prestarem especial atenção ao casal – o Direito da Família ao ocupar-se com as ligações familiares, pessoais e patrimoniais, entre pessoas vivas (nas quais tem um peso significativo a regulamentação das relações entre cônjuges e entre unidos de facto) e o Direito das Sucessões ao destinar grande parte do património do *de cuius* ao cônjuge sobrevivivo –, e apesar também de nem um nem outro ramo darem proteção à união de facto na medida que esta merece, o segundo ramo valoriza o instituto matrimonial muito mais do que o primeiro, criando deste modo uma rutura nos regimes estabelecidos pelas duas disciplinas.

puramente formal”, sendo válidas as disposições do contrato de habitação que estabeleçam tais regimes, estando a sua oponibilidade a terceiros condicionada, claro, à sua inscrição no registo.

Vide COELHO, Francisco Brito Pereira. “Estatuto Patrimonial da União de Facto: Possibilidades e Limites da Extensão (“Teleológica”) do Regime do Casamento” in Revista Julgar, n.º 40 (2020). Págs. 14 a 16.

²²¹ Nos termos do artigo 1412.º e 1413.º do CC e do 925.º a 930.º do CPC.

Note-se que o cônjuge sobrevivente tem um estatuto sucessório privilegiado independentemente do regime de bens do casamento, da vontade do *de cuius*, da relação que os sujeitos tinham na prática e da duração do vínculo. Contrariamente, o Direito da Família preocupa-se em dar maiores margens de liberdade ao casal na regulamentação da sua vida conjunta e em evitar o enriquecimento de um à custa do outro se esse for o desejo das partes, para além de aproximar muito mais habilmente a união de facto ao regime legal previsto para o casamento.

Assim, um cônjuge que estava casado com o *de cuius*, em regime de separação de bens, há uma semana, tendo ambos vivido nessa semana uma relação tenebrosa, vai continuar a ser herdeiro legal do falecido exatamente nos mesmos termos que um cônjuge casado em comunhão geral há 50 anos (excetuando-se, claro, que não tem direito à sua meação dos bens comuns)²²². Entretanto, o companheiro sobrevivente, tendo vivido alegremente em união de facto há, igualmente, 50 anos, não é herdeiro legal e a nada mais tendo direito, no caso de o falecido não ter realizado testamento, se não meras proteções fragilizadas relativas à casa de morada de família e certas prestações por morte. Aliás, mais rapidamente seriam herdeiros legais, na condição de herdeiros legítimos, o Estado ou um primo do *de cuius* que o seu parceiro.

Parece-nos, na linha de pensamento de Jorge Duarte PINHEIRO, que se afigura desejável “*uma revisão do panorama no sentido de o Direito das Sucessões ser mais sensível às circunstâncias concretas da relação conjugal [...] e de ocorrer um reforço do estatuto do companheiro quer no Direito da Família quer no Direito das Sucessões*”²²³.

²²² Do mesmo modo, o cônjuge sobrevivente é chamado à sucessão legal do *de cuius* mesmo quando o casal estava separado de facto, o que pode levantar questões visto a separação de facto por um ano consecutivo constituir fundamento de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. Cf. art. 1781.º/a) do CC.

²²³ Vide PINHEIRO, Jorge Duarte. “*O Estatuto do Sobrevivente da União: Pontos de Conexão e de Rutura entre o Direito das Sucessões e o Direito da Família*” in AA.VV. *Temas Controvertidos de Direito das Sucessões: O Cônjuge e o Companheiro* (coord. Adisson LEAL, Carlos Pamplona CORTE-REAL e Victor Macedo dos SANTOS). Lisboa: AAFDL (2015). Págs. 51 e ss.

CAPÍTULO IV – REVISÃO LEGISLATIVA NUM PANORAMA INTERNACIONAL

Reconhecemos já que a escassa atribuição de efeitos sucessórios à união de facto, quando em contraste com os vastos pontos de aproximação que tem com o instituto matrimonial a nível de convivência material, revela uma discrepância que se afigura verdadeiramente como uma grave e injustificável injustiça. A primeira solução que apresentamos é simultaneamente a mais simples e a de mais difícil fruição: uma profunda revisão legislativa ao regime sucessório do unido de facto sobrevivente que possibilite a igualização da sua posição sucessória àquela de que beneficia a sua contraparte conjugal.

Note-se que, contrariamente a Francisco Brito Pereira COELHO, não defendemos o enfraquecimento da posição sucessória do cônjuge sobrevivente a par da elevação da posição do companheiro sobrevivente. Para este autor, desenvolvimentos recentes (nomeadamente a facilitação na obtenção do divórcio) vieram fragilizar a vinculatividade e perpetuidade do casamento, características sobre as quais foi pensado o atual regime sucessório, tanto que este se encontra desadequado na sua solidariedade para com o cônjuge²²⁴. Apesar de admitirmos que estes fatores tiveram peso na configuração do nosso sistema sucessório, não nos parece que a proteção oferecida ao cônjuge é exagerada, devendo este manter o seu estatuto de herdeiro legítimo e legitimário²²⁵.

De qualquer modo, o que pretendemos com este capítulo é averiguar se estaríamos isolados, no panorama internacional, ao proceder a tal alteração legislativa. Optámos, tendo esse objetivo em vista, por não proceder a cálculos minuciosos relativos às quotas

²²⁴ Vide COELHO, Francisco Brito Pereira. “*Os Factos no Casamento e o Direito na União de Facto: Breves Considerações*” in Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho (Coord. Guilherme de OLIVEIRA). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Págs. 103 e ss.

²²⁵ Como leitura de uma posição diferente, vide VÍTOR, Paula Távora e MARTINS, Rosa Cândido. “*New Marriage, Old Succession? The Influence of the New Conceptions of Marriage in the Position of the Surviving Spouse*” in AA.VV. *Essays in Honour of Penelope Agallopoulou*. Atenas: Ant N. Sakkoulas Publishers (2011). Págs. 1461 a 1474. Estes autores apresentam a possibilidade de haver uma rutura no ordenamento jurídico português entre o regime de divórcio e o regime sucessório em via de uniformização uma vez que, com a Reforma de 2008 sobre o divórcio (Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro), este passou a tomar moldes individualistas (especialmente no que diz respeito à sua facilitação através da eliminação das declarações de culpa do processo do divórcio e da introdução de uma cláusula geral que permite identificar como fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges quaisquer factos que mostrem a rutura definitiva da relação) que ainda não se refletiram no domínio sucessório, nomeadamente quando consideramos a posição de privilégio que detém o cônjuge sobrevivente no nosso sistema jurídico e a falta de autonomia dos descendentes na herança.

Assumimos, ainda assim, a posição de que a dissolução do casamento por morte e a dissolução do casamento por rutura se regem por valores diferentes dado o contexto da relação em cada uma das situações: na dissolução por rutura, a lei pretende garantir a distribuição do património para que cada cônjuge siga a sua vida autónoma; já na dissolução por morte, o sistema jurídico continua a ter em consideração (e a valorar positivamente) o compromisso comum que os cônjuges assumiram entre si, mesmo depois da morte de um deles.

hereditárias destinadas às várias partes, preocupando-nos sim em perceber, por linhas gerais, se já se procedeu noutros ordenamentos jurídicos a uma equiparação entre as duas posições sucessórias e, caso contrário, determinar o grau de proximidade da posição sucessória do companheiro sobrevivente à do cônjuge sobrevivente, contrastando essa distância com aquela já enunciada no sistema jurídico português.

1. Alemanha

Com a legalização do casamento entre membros do mesmo sexo em 2017, deixou de ser possível na Alemanha a constituição de uma união de facto registada, devendo o casal (independentemente do sexo) contrair casamento para aceder a certos benefícios, nomeadamente a nível fiscal e de seguro de saúde²²⁶. Existe, ainda assim, um corpo normativo (o *Lebenspartnerschaftsgesetz*, mais frequentemente denominado por LPartG) que continua a aplicar-se às uniões de facto estrangeiras e àquelas que foram constituídas antes de 1 de outubro de 2017²²⁷.

As regras instituídas por este diploma estão largamente alinhadas com as aplicadas ao casamento. No que diz respeito ao direito sucessório, à semelhança do regime vigente em Portugal, a sucessão (quando não foi realizado testamento - *gesetzliche Erbfolge*) tem como destinatários dos bens do falecido alguns dos seus parentes segundo várias categorias, somando-se a estes o cônjuge sobrevivente caso não se tenha procedido a divórcio ou separação.

Assim, pertencem à primeira classe de sucessíveis os descendentes do *de cuius*²²⁸, à segunda os seus ascendentes e irmãos²²⁹, à terceira os ascendentes em segundo grau do falecido e seus descendentes²³⁰ e à quarta os ascendentes em terceiro grau e seus descendentes²³¹, segundo o princípio de preferência de classes presente no artigo 1930.º do BGB. Neste esquema sucessório, o cônjuge sobrevivente tem direito a uma quarta parte da

²²⁶ Cf. “*Marriage & Partnerships in Germany*” no portal eletrónico *IAMExpat*, disponível em <https://www.iamexpat.de/expat-info/family-kids/marriage-partnerships-germany> (consultado a 2 de agosto, 2021).

²²⁷ Quanto ainda era possível entrar em uniões de facto protegidas na Alemanha, o registo das mesmas (condição necessária à sua tutela jurídica em muitos domínios) apenas podia ser realizado por casais do mesmo sexo (parte 1, secção 1 do LPartG). Com a legalização do casamento homossexual, foi aberta a possibilidade desses casais converterem a sua união de facto registada em casamento através de declaração conjunta (parte 5, secção 20 do LPartG).

²²⁸ Cf. art. 1924.º do BGB.

²²⁹ Cf. art. 1925.º do BGB.

²³⁰ Cf. art. 1926.º do BGB.

²³¹ Cf. art. 1928.º do BGB.

massa hereditária quando existam descendentes do falecido e a metade da mesma se competir com os pais ou avós do falecido e seus descendentes²³². Em todos os restantes casos tem direito à totalidade da herança²³³.

Como se percebe pelo exposto, o cônjuge sobrevivente tem, também no ordenamento jurídico alemão, uma forte posição sucessória, mas essa é agora estendida, sem quaisquer reservas, ao companheiro sobrevivente, se o casal tiver registado a união²³⁴.

2. Brasil

Passando ao ordenamento jurídico brasileiro, podemos dizer, baseando-nos no artigo 1723.º do CCB, que há uma união de facto protegida (ou uma “*união estável*”, como é nesse país denominada) quando duas pessoas se unem, de forma duradoura, contínua, com convivência pública e com o objetivo de constituir família. Rapidamente percebemos que a união de facto é assim um modo de constituir família e que não é nem exigido um período mínimo de convivência (mas apenas que esta seja estável e duradoura), nem que o casal partilhe habitação. De igual modo, percebemos também que a lei brasileira, contrariamente à lei alemã, não exige o registo da união de facto para que esta seja protegida, apesar da possibilidade de a formalizar por escritura pública em cartório²³⁵.

Quanto à sua dissolução por morte, é assegurado ao companheiro, através do artigo 1790.º, a sua participação na sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união de facto, tendo este direito a²³⁶:

1. Uma quota equivalente à que foi atribuída aos filhos comuns, se existirem;
2. Metade da quota atribuída aos filhos do autor da herança, se existirem;
3. Um terço da herança se concorrer com outros parentes sucessíveis, incluindo colaterais;
4. Totalidade da herança se não existirem parentes sucessíveis.

²³² Cf. art. 1931.º do BGB.

²³³ Vide, para mais informação sobre os direitos sucessórios do cônjuge na Alemanha, SCHWAB, Dieter, GOTTLWALD, Peter e LETTMAIER, Saskia. *Family and Succession Law in Germany*. 3.ª edição. Países Baixos: Wolters Kluwer (2017). Págs. 134 e ss.

²³⁴ Cf. Parte 2, secção 10 do LPartG.

²³⁵ Cf. “*Direito de Família: Casamento e União Estável*”, disponível no seguinte endereço eletrónico: <https://mppr.mp.br/pagina-6659.html#> (consultado a 7 de janeiro, 2021).

²³⁶ Vide, quanto ao regime sucessório brasileiro, LEAL, Adisson. “*Os Sistemas Sucessórios Brasileiro e Português: Uma Visão Panorâmica e um Olhar Especial sobre o Cônjuge e o Companheiro*” in AA.VV. *Temas Controvertidos de Direito das Sucessões: O Cônjuge e o Companheiro*. Lisboa: AAFDL (2015). Págs. 24 e ss.

Assim, apesar da tradição jurídico-sucessória comum entre os dois ordenamentos (em ambos os sistemas a lei encarrega-se de proteger uma categoria de pessoas através de uma quota da herança de que o *de cuius* não pode dispor: os herdeiros legitimários ou, na sua vertente brasileira, os “*herdeiros necessários*”²³⁷), vemos que o sistema sucessório brasileiro aproximou mais habilmente a posição sucessória do cônjuge sobrevivente à do companheiro sobrevivente face ao ordenamento jurídico português, em que, como vimos, a união de facto é completamente esquecida no campo da sucessão legal hereditária, chegando a lei a dar preferência a um primo distante do *de cuius* ou ao Estado em detrimento do companheiro com o qual o falecido partilhou uma vida, e em que é indiferente o relacionamento concreto com o falecido²³⁸.

Isto apesar da aproximação conseguida pelo Estado Brasileiro não se tratar, de modo algum, de uma igualação: não só o unido de facto não tem a designação sucessória de herdeiro *necessário*, estando limitado à sucessão dos bens adquiridos onerosamente durante a união, como também o sistema jurídico brasileiro permite que este concorra à sucessão com parentes colaterais até quarto grau de modo desigual (o companheiro tem direito a um terço da herança enquanto um primo terá direito a dois terços), ao que o cônjuge sobrevivente não está sujeito²³⁹.

Face ao exposto, grande parte da doutrina no Brasil entende que o tratamento desigual atribuído ao companheiro quando comparado ao cônjuge é uma grave violação do princípio da igualdade²⁴⁰, especialmente considerando que a união estável é, na Constituição Federal do Brasil, expressamente prevista como fonte de relações familiares²⁴¹, o que por sua vez implica a imediata inconstitucionalidade do artigo 1790.º do Código Civil Brasileiro²⁴².

²³⁷ Vide MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 6: Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva (2011). Pág. 15.

²³⁸ Vide PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 6.ª edição. Lisboa: AAFDL editora (2018). Pág. 372.

²³⁹ Cf. art. 1829.º do CCB.

²⁴⁰ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 12.ª C. Cível, de 23 de outubro de 2013.

²⁴¹ Cf. art. 226/3.º parágrafo da Constituição Federal Brasileira.

²⁴² Cf. Acórdão do TJPR, 11.ª C. Cível, de 8 de fevereiro de 2012.

3. Reino Unido

Quanto ao Reino Unido, há diferenças no reconhecimento das uniões de facto consoante nos encontremos em Inglaterra, no País de Gales, na Irlanda do Norte ou na Escócia. Nos quatro países, casais do mesmo sexo podem constituir uniões de facto registadas (*civil partnerships*) mas apenas em três (Inglaterra, País de Gales e Escócia) essas uniões podem ser convertidas em casamento, visto que na Irlanda do Norte ainda não foi legalizado o casamento entre membros do mesmo sexo. Inversamente, na Escócia e na Irlanda do Norte, casais do sexo oposto não podem constituir uma união de facto registada, estando essa possibilidade reservada a casais homossexuais.

As “*civil partnerships*” não devem ser confundidas com a situação de coabitação (“*cohabitation outside of marriage*” ou, como é por vezes simplesmente referida pela lei, a situação de “*living together*”), sendo estas uniões *more uxorio* que, não tendo sido registadas, não tem praticamente nenhuma proteção legal.

Ora, na eventualidade de o falecido não deixar um testamento válido, aplicam-se as “*intestacy rules*” previstas no *Administration of Estates Act de 1925*, com as necessárias atualizações. Segundo a parte IV, secção 46 desse mesmo diploma, tanto o cônjuge como o companheiro sobrevivente têm direito à totalidade da massa hereditária do *de cuius* caso esse não deixe descendentes (claro, dependendo novamente tal direito da relação não estar legalmente extinta à data da morte); se não for o caso, o cônjuge sobrevivente ou companheiro tem direito aos bens móveis de uso pessoal do falecido, a uma soma líquida fixa (acrescida de juros simples numa taxa previamente definida) a partir da data da morte e a metade do espólio residual, devendo a outra metade ser distribuída em partes iguais pelos descendentes (ou mantida nos chamados “*statutory trusts*” até que estes atinjam a maioridade ou celebrem casamento / entrem numa união de facto registada).

Tanto a Irlanda do Norte como a Escócia têm a sua própria regulamentação (*Administration of Estates Act (Northern Ireland) 1955* e *Succession (Scotland) Act 1964*, respetivamente), mas em ambas as jurisdições a posição sucessória do companheiro civil está, na sua totalidade, equipada à do cônjuge sobrevivente, que volta a ter um estatuto privilegiado no momento da morte relativamente aos restantes familiares.

No caso de a união não ser registada, não são automaticamente concedidos pela lei quaisquer direitos sucessórios ao companheiro sobrevivente, devendo ambas as partes preocupar-se em realizar testamento para que o outro fique protegido na eventualidade da

sua morte²⁴³. Felizmente, a constituição de testamento é uma prática mais generalizada na tradição inglesa do que em Portugal, talvez impulsionada pela maior margem de liberdade concedida ao testador.

4. Países Baixos

Os Países Baixos seguem um modelo sucessório semelhante ao que temos vindo a observar. Assim, na falta de testamento, a lei ordena que os bens do falecido sejam distribuídos consoante quatro classes de sucessíveis, sendo que sempre que exista um sujeito de uma categoria acima valorizada não se constituem direitos sobre a herança na esfera jurídica dos sujeitos das categorias inferiores. Estas categorias são, por ordem de apreciação decrescente, as seguintes²⁴⁴:

- a) O cônjuge (não legalmente separado) e os descendentes do *de cuius*;
- b) Os pais do falecido e seus descendentes;
- c) Os avós do falecido;
- d) Os seus bisavós.

Como vemos, o cônjuge sobrevivente é de novo altamente valorizado na escala sucessória, detendo uma posição de privilégio face aos restantes herdeiros *ex lege*. Ora, de acordo com o artigo 4:8 do DCH, tal não é motivo suficiente para que se afaste a mesma proteção das mãos do companheiro civil, sendo a união de facto registada equiparada ao casamento em todos os seus efeitos sucessórios.

Constatamos, deste modo, que é possível a coexistência entre uma forte proteção sucessória do cônjuge sobrevivente e a sua equiparação relativamente ao companheiro. Esta existe em vários ordenamentos jurídicos²⁴⁵, cujo sucesso comprova a tão necessária revisão da Lei n.º 7/2001, de 15 de março.

²⁴³ Cf. “*Living Together and Civil Partnership – legal differences*”, disponível no portal eletrónico <https://www.citizensadvice.org.uk/family/living-together-marriage-and-civil-partnership/living-together-and-civil-partnership-legal-differences/#h-death-and-inheritance> (consultado a 3 de agosto, 2021).

²⁴⁴ Cf. art. 4:10 do CCH.

²⁴⁵ Apesar de o oposto não deixar de ser verdade. Muitos ordenamentos jurídicos não reconhecem quaisquer efeitos legais a uniões fora do âmbito matrimonial e, mesmo quanto lhes oferecem proteção legal, esta por vezes não abrange o caso de dissolução por morte. Para uma leitura mais profunda sobre as várias diferenças de direito sucessório entre países europeus, vide AA.VV. *Family, Property and Succession in EU Member States: National Reports on the Collected Data* (edited by Lucia RUGGERI, Ivana KUNDA e Sandra WINKLER). Rijeka: University of Rijeka, Faculty of Law (2019).

CAPÍTULO V – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS NORMAS SUCESSÓRIAS DO CASAMENTO À UNIÃO DE FACTO

Entretanto, não se tendo ainda procedido à tão necessária revisão legislativa que propomos, resta-nos tentar encontrar soluções dentro do sistema jurídico português que está efetivamente condensado na lei.

O casamento e a união de facto, sem prejuízo das suas diferenças de regime, estabelecem-se estruturalmente como institutos com semelhanças a vários níveis. De facto, parece-nos até razoável afirmar que é no carácter informal da união de facto que se encontra a legitimidade necessária para abrir dissonâncias entre o regime jurídico das duas figuras. No fundo, não é na vivência em comum, naquilo que se propõe o casal, que se encontram as diferenças nos dois institutos, mas sim na circunstância de a união de facto ser, precisamente, uma situação factual, contrapondo-se à rígida formalidade do compromisso assumido na constância do casamento.

Com base nesse pensamento, Carlos Pamplona CORTE-REAL perspetiva a união de facto como um “*casamento informal*” na sua modalidade de separação de bens. Para este autor, tanto o aspeto convivencial de uma relação séria e temporalmente estável, como os problemas jurídicos que dela podem advir parecem indicar ser legítima a aplicação analógica das normas do casamento à união de facto pelo intérprete sempre que estas forem transponíveis por suscitarem *ratios* similares, sendo esse o caso quanto às normas do Livro V do Código Civil respeitantes ao cônjuge²⁴⁶. Esta é também a opinião de Yelba BONETTI, cujas críticas apontadas ao legislador brasileiro podem reverberar entre nós: “*A inércia do legislativo na matéria está totalmente contra os avanços sociais em matéria de família e sucessões, deixando os companheiros desamparados e sujeitos a longas demandas judiciais para a efetividade dos seus direitos*”²⁴⁷.

A primeira questão a tratar é saber se está em causa uma lacuna, elemento necessário para qualquer transposição por analogia *legis*. Segundo Cristina Araújo DIAS, não está em causa uma verdadeira lacuna pois a falta de regulamentação incidente sobre os efeitos sucessórios da união de facto foi propositada pelo legislador. Acrescenta ainda que, não

²⁴⁶ Vide CORTE-REAL. Carlos Pamplona e PEREIRA, José Silva. *Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica*. Lisboa: AAFDL editora (2008). Págs. 50 e ss, a par das págs. 85 e 86.

²⁴⁷ Vide BONETTI, Yelba. “*Da Necessidade de Igualação da Posição Sucessória do Companheiro à do Cônjuge no Momento Sucessório*” in AA.VV. *Temas Controvertidos de Direito das Sucessões: O Cônjuge e o Companheiro*. Lisboa: AAFDL (2015). Págs. 151 a 171, nom. 167 e 168.

tendo o legislador querido remeter para o regime sucessório desenhado para o cônjuge sobrevivente (um corpo normativo de carácter excepcional²⁴⁸), mesmo que se tratasse de uma lacuna, essa teria que ser preenchida pelo direito geral²⁴⁹.

Já Rita Lobo XAVIER entende que as normas em causa não podem ser aplicadas por analogia à união de facto na medida em que esta e o casamento não se constituem como figuras similares o suficiente, apontando que os unidos de facto não assumem um compromisso jurídico e que, nesse sentido, a aplicação analógica ao companheiro sobrevivente do regime sucessório pensado para o cônjuge iria constituir uma violação do direito a não casar²⁵⁰.

Assim, sabendo que o princípio da igualdade nos diz que a situações semelhantes se deve aplicar um tratamento semelhante e que situações distintas devem receber tratamento distinto, a segunda questão em via de resposta neste capítulo é de saber se a diferença de carácter entre os dois modelos familiares chega para justificar uma diferença de regime tão pronunciada ou se, pelo contrário, e atendendo aos aspetos do regime jurídico da união de facto que não foram expressamente tratados pelo legislador, poderíamos aplicar por analogia as disposições relativas ao casamento à tutela sucessória da união de facto.

Seguindo a lógica de Francisco Brito Pereira COELHO de que a união de facto e o casamento, tanto pela noção que consta da lei²⁵¹, como pelo enfraquecimento do instituto matrimonial (nomeadamente através da perda de importância dos deveres conjugais e da crescente facilitação na obtenção do divórcio), não são figuras assim tão dissemelhantes (mesmo considerando que não há, na união de facto, a vontade de vinculação no plano jurídico, elemento que define o casamento como contrato), entendemos que a lacuna da lei quanto à união de facto não terá necessariamente que ser preenchida pelo direito comum, devendo ser analisados os interesses caso a caso e a *ratio* da norma eventualmente aplicável²⁵².

²⁴⁸ Cf. art. 11.º do CC.

²⁴⁹ Vide DIAS, Cristina Araújo. “Da Inclusão Constitucional da União de Facto: Nova Relação Familiar” in AA.VV. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Vol. VI. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora (2012). Págs. 464 e ss.

²⁵⁰ Vide XAVIER, Rita Lobo. “O ‘Estatuto Privado’ dos Membros da União de Facto” in RJLB. Ano 2, N.º 1 (2016). Págs. 1507 e ss.

²⁵¹ Relembramos novamente que a própria Lei n.º 7/2001, de 11 de maio aponta uma noção para a união de facto referenciando diretamente o casamento através da expressão “condições análogas às dos cônjuges” no seu art. 1.º/2.

²⁵² Vide COELHO, Francisco Brito Pereira. “Os Factos no Casamento e o Direito na União de Facto: Breves Considerações” in AA.VV. *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho* (Coord. Guilherme de OLIVEIRA). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016). Págs. 83 e 84.

O mesmo é dizer que não podemos excluir, logo à partida, a aplicação por analogia *legis* das normas do casamento às lacunas da lei incidentes sobre a união de facto atendendo meramente ao facto de estas serem duas figuras distintas, isto porque, apesar desse facto, ambos os institutos partilham vastas semelhanças que convocam problemas legais idênticos, o que nos permite fazer uma “*extensão teleológica*” quando se verifica o mesmo quadro fáctico, fundado na plena comunhão de vida (e não, portanto, na juridicidade do casamento, nos seus efeitos “*centrais*” ou “*negociais*”), nas duas situações, “*desde que, naturalmente, se verifique efetivamente analogia, tendo em conta a específica norma que estiver em causa, os interesses que lhe subjazem e os interesses que se suscitam na situação correspondente à lacuna a integrar*”²⁵³.

Quanto à questão específica da posição sucessória do companheiro sobrevivente, conseguimos ver argumentos nos dois sentidos. Defendendo-se que o intérprete deve estender à união de facto as normas respeitantes ao cônjuge sobrevivente que lhe concedem a posição de herdeiro (legítimo e legitimário), pode-se argumentar que o próprio legislador manda aplicar à extinção da união de facto *por ruptura* as disposições do Código Civil relativas ao regime de divórcio²⁵⁴, o que parece sustentar que a extinção *por morte* de estes vínculos pode também ser completada com recurso às regras do código civil relativas à sucessão. É claro que no exemplo apresentado não está em causa uma aplicação por analogia, mas a remissão feita pela lei evidencia o reconhecimento pelo legislador da semelhança entre as duas figuras.

O mesmo argumento pode ser extraído da proximidade de regime que foi desenhada pelo legislador para as proteções de lógica assistencial (referimo-nos às proteções da casa de morada de família, às prestações por morte e ao direito de exigir alimentos da herança do falecido, por exemplo) pois espelha diretamente a proteção que já havia sido concedida ao cônjuge sobrevivente.

Nada indica que o cônjuge sobrevivente merece, seja pela formalidade do regime matrimonial, seja pelo posicionamento estandardizado que o casamento arroga na consciência coletiva da sociedade portuguesa, um tratamento privilegiado face ao unido de facto a nível sucessório e não podemos, perante situações de alarmante desigualdade,

²⁵³ Vide COELHO, Francisco Brito Pereira. “*Estatuto Patrimonial da União de Facto: Possibilidades e Limites da Extensão (“Teleológica”) do Regime do Casamento*” in Revista Julgar, n.º 40 (2020). Págs. 1 a 5, nomeadamente pág. 3.

²⁵⁴ Cf., a título de exemplo, o art. 4.º da LUF, que aponta para os arts. 1105.º e 1793.º do CC.

simplesmente aguardar que seja adotada nova política legislativa, vendo-se, deste modo, vantagens na utilização do mecanismo da analogia *legis*.

No entanto, paralelamente a essas vantagens, existem também perigos. Jorge Duarte PINHEIRO, defendendo que as normas do casamento não se podem aplicar universalmente à união de facto sob pena de se violar o direito de viver às margens do casamento (que, como vimos *supra*, reconhecemos plenamente), alerta para o facto de que o mecanismo da analogia *legis* pode forçar um regime aos companheiros de que estes não pretendiam usufruir²⁵⁵, um argumento especialmente relevante no plano das consequências sucessórias. Não nos parece razoável impor ao *de cuius* que parte do seu património seja atribuído ao companheiro sobrevivente sem que exista qualquer norma que *inequivocamente* o estabeleça ou sem a presença de uma analogia *inequívoca* que possibilite essa aplicação²⁵⁶.

Como já assinalamos, a aplicação analógica das normas do casamento à união de facto deve ser sempre feita dentro dos limites do princípio da igualdade, o que implica necessariamente que todas as normas que digam respeito aos pontos de divergência que compõem o núcleo essencial dos dois institutos, nomeadamente aquelas que tocam na *ajuridicidade* da união de facto (por exemplo, quanto aos deveres conjugais ou regime de bens), não devem ser transpostas. Não consideramos os efeitos sucessório, porém, uma das matérias que, por serem imprescindíveis à contraposição da união de facto ao casamento, tenham que ser consideradas como “*situações diferentes*” à luz do princípio da igualdade. Do mesmo modo, também não consideramos que a posição do cônjuge sobrevivente se baseie na contratualidade do matrimónio e não meramente no elemento fáctico que ambas as figuras partilham, mas será isso suficiente para pender para a utilização do mecanismo da analogia *legis*, mesmo que tal signifique contrariar a vontade do *de cuius*²⁵⁷?

Parece-nos que esta problemática apenas pode ser resolvida voltando à questão que inicialmente levantámos: está em causa uma verdadeira lacuna legal passível de aplicação analógica? Apesar de considerarmos que a união de facto, pela convivência próxima que a caracteriza, suscita, a par do casamento, problemas sucessórios muito próprios que carecem

²⁵⁵ Vide PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 5.ª edição. Lisboa: AAFDL (2017). Págs. 531 e ss.

²⁵⁶ Nos termos ditados por Francisco Brito Pereira COELHO em “*Estatuto Patrimonial da União de Facto: Possibilidades e Limites da Extensão (“Teleológica”) do Regime do Casamento*” in *Revista Julgar*, n.º 40 (2020). Pág. 19.

²⁵⁷ Que quer que presumir não ter querido beneficiar o seu companheiro, na medida em que não realizou testamento nesse sentido e, claro, que não são permitidas disposições testamentárias com base na vontade presumida ou hipotética do falecido.

de regulação específica, somos forçados a reconhecer que a omissão da lei quanto à tutela sucessória do companheiro sobrevivente é propositada, intencionando o legislador esvaziar a sua posição sucessória de modo a beneficiar o regime matrimonial. Como vimos, o legislador não deixou dúvidas ao enunciar, no preâmbulo do DL n.º 496/77, que *“não se foi além de um esboço de proteção, julgado ético e socialmente justificado, ao companheiro que resta de uma união de facto que tenha revelado um mínimo de durabilidade, estabilidade e aparência conjugal. Foi-se intencionalmente pouco arrojado. Havia que não estimular as uniões de facto”*.

Não temos opção se não concordar com a posição de Cristina Araújo DIAS de que não existe uma lacuna que requeira uma operação integrativa com recurso à aplicação analógica das regras do casamento. As dificuldades que apresentamos ao longo deste texto apenas podem ser ultrapassadas através de intervenção legislativa.

CONCLUSÃO

Ao longo desta exposição, intencionámos dar ao leitor uma breve revisão do sistema sucessório vigente, ilustrar a importância que a união de facto e o casamento têm a nível técnico-jurídico e a nível sociocultural entre nós e relatar a evolução histórica que foi sendo traçada em Portugal pela jurisprudência, doutrina e através de importantes alterações legislativas, focando-nos finalmente no cerne da presente obra: o regime jurídico aplicável, no ordenamento jurídico português, ao cônjuge e ao unido de facto sobrevivente, sempre numa lógica de tentar averiguar se é necessária, ou não, uma igualação entre ambos.

As conclusões deste estudo parecem-nos claras. O sistema português, assumindo intrinsecamente uma lógica hierárquica que beneficia o cônjuge face ao companheiro, estabelece dois regimes sucessórios que, sendo à primeira vista aparentemente nivelados, acabam por precipitar na prática posições sucessórias drasticamente distintas para as duas figuras e cuja diferença não nos parece justificável face aos princípios constitucionalmente consagrados da igualdade, da proporcionalidade, do livre desenvolvimento da personalidade e da proteção do instituto familiar.

Vimos que a letra do artigo 36.º/1 da Constituição da República Portuguesa abre possibilidade ao entendimento de que a união de facto está constitucionalmente consagrada como modo alternativo ao casamento na constituição de família, o que significa que, como modelo familiar, tem direito à sua proteção, com a mesma força, por parte da sociedade e do Estado (art. 67.º/1 da CRP).

Devemos também considerar que, quando a Constituição da República Portuguesa identifica como seus pilares orientadores a dignidade da pessoa humana²⁵⁸ e o respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais²⁵⁹, adota um entendimento personalista de família e, conseqüentemente, a ideia de que a realização pessoal dos membros da relação releva acima do casamento como instituição superior aos próprios cônjuges^{260/261}, o que reforça a ideia de que o casamento e a união de facto têm o mesmo valor perante a lei,

²⁵⁸ Cf. art. 1.º da CRP.

²⁵⁹ Cf. art. 2.º da CRP.

²⁶⁰ “*Não se pode ignorar que, cada vez mais, na sociedade atual, por largas camadas da população, o casamento deixa de ser encarado como uma instituição acima dos próprios cônjuges, para assumir as características de uma instituição que apenas permanece enquanto ambos, de forma livre, a reconhecerem como fonte de afeto e realização pessoal*”. Cf. Acórdão do n.º 690/98, Proc. n.º 692/96.

²⁶¹ Vide MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. 2.º edição, revista, atualizada e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora (2010). Págs. 808 e ss.

especialmente quando consideramos que esta última figura garante, até com maior elasticidade, a liberdade e autonomia dos membros do casal.

Tal consideração significa que, quando o artigo 36.º/2 da CRP remete para a lei ordinária a definição das restrições legais à constituição de família, o legislador não pode adotar medidas que favoreçam de forma *arbitrária* o casamento face à união de facto. Seguindo o entendimento do próprio Tribunal Constitucional quando este ordena que a diferenciação de tratamento entre unidos e casados deve, para ser constitucionalmente legítima, respeitar os princípios da igualdade e da proporcionalidade²⁶², consideramos que esta distinção de regime é uma distinção discriminatória por ser materialmente não fundada.

Sabemos, por comparação a outros ordenamentos jurídicos e através do preâmbulo do DL n.º 496/77, de 25 de novembro, que o facto de a regulamentação da união de facto ser extremamente modesta – não só ao não tecer quaisquer considerações a nível de regime de bens, de responsabilidade por dívidas, de registo, de administração de bens e, claro, de efeitos sucessórios (entre outros domínios), mas também ao afastar o companheiro da posição de herdeiro legal do *de cuius* – foi uma escolha propositada por parte do legislador, uma técnica indigna, mas eficaz, de favorecimento do instituto matrimonial face à união de facto através da punição do companheiro.

Há assim uma clara incongruência em via de ser retificada pelo legislador comum na regulamentação que fez do regime sucessório das duas figuras, tanto por desrespeitar diretamente a Constituição da República Portuguesa, como por violar princípios basilares de um Estado de Direito Democrático, devendo a sua posição sucessória ser equiparada àquela atualmente estabelecida para o cônjuge sobrevivente.

O vínculo contratual e o estatuto celebrado do casamento já não servem, nos tempos modernos, como fundamento para a desigualdade de tratamento entre o cônjuge e o unido de facto, cada vez mais aberrante à luz da sua proximidade no domínio social (e mesmo no domínio jurídico, pelo enfraquecimento da vinculatividade e perpetuidade matrimonial). Há que pôr fim, através de profunda reforma legislativa, à supremacia do cônjuge face ao companheiro civil numa área tão sensível como a morte.

²⁶² Cf. Acórdãos do TC n.º 134/07 e n.º 275/02.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.

- *Comemorações dos 35 anos do Código Civil*. Vol I – Direito da Família e das Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora (2004);
- *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho* (Coord. de Guilherme de OLIVEIRA). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016);
- *Temas de Direito da Família*. Ciclo de Conferências no Conselho Distrital da Ordem dos Advogados. Coimbra: Almedina (1986);
- *Temas Controvertidos de Direito das Sucessões: O Cônjuge e o Companheiro* (Coord. Adisson LEAL, Carlos Pamplona CORTE-REAL e Victor Macedo dos SANTOS). Lisboa: AAFDL editora (2015);
- *Family, Property and Succession in EU Member States: National Reports on the Collected Data* (edited by Lucia RUGGERI, Ivana KUNDA e Sandra WINKLER). Rijeka: University of Rijeka, Faculty of Law (2019);
- *Casamento & União de Facto: Questões da Jurisdição Civil*. Centro de Estudos Judiciários (2020).

ALMEIDA, Geraldo da Cruz

- *Da União de Facto: Convivência more uxório em Direito Internacional Privado*. Lisboa: Pedro Ferreira (1999).

AMARAL, Jorge Augusto Pais de

- *Direito da Família e das Sucessões*. 6.^a edição. Coimbra: Almedina (2019).

CAMPOS, Diogo Leite de

- *A Invenção do Direito Matrimonial*. Coimbra: Almedina (1995).

CANOTILHO, J. Gomes e MOREIRA, Vital

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora (1984).

CHAVES, João Queiroga

- *Casamento, Divórcio e União de Facto*. 2.^a edição, revista, atualizada e aumentada. Lisboa: *Quid Juris* (2010).

CHAVES, Marianna

- *Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade*. 3.^a edição, revista e atualizada. Curitiba: Juruá Editora (2015).

CID, Nuno de Salter

- *A Comunhão de Vida à Margem do Casamento: entre o Facto e o Direito*. Coimbra: Almedina (2005).

COELHO, Francisco Brito Pereira

- “*Estatuto Patrimonial da União de Facto: Possibilidades e Limites da Extensão (“Teleológica”) do Regime do Casamento*” in Revista Julgar, n.º 40 (2020).

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de

- *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução, Direito Matrimonial. 5.^a edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra (2016).

COELHO, Francisco Pereira

- *Direito das Sucessões*, Lições policopiadas ao Curso de 1973-1974. Coimbra (1992).

CORTE-REAL, Carlos Pamplona e PEREIRA, José Silva

- *Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica*. Lisboa: AAFDL editora (2008).

COSTA, Marta

- *Convivência more uxorio na Perspetiva de Harmonização do Direito da Família Europeu: Uniões Homossexuais*. Coimbra: Coimbra Editora (2011).

CRUZ, Rossana Martingo

- *União de Facto versus Casamento: Questões Pessoais e Patrimoniais*. 1.^a edição. Coimbra: GESTLEGAL (2019).

DIAS, Cristina Araújo

- *Lições de Direito das Sucessões*. 7.^a edição. Coimbra: Almedina (2019);
- “*Da Inclusão Constitucional da União de Facto: Nova Relação Familiar*” in AA.VV. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Vol. VI. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora (2012).

FERNANDES, Luís Carvalho

- *Lições de Direito das Sucessões*. 4.^a edição. Lisboa: *Quid Juris* (2012).

GARCÍA RUBIO, María Paz

- *“Las Uniones de Hecho” in Derecho de Familia*. Madrid: Civitas Thomson Reuters (2012).

GLENDON, Mary Ann

- *The transformation of Family Law*. Chicago: The university of Chicago Press (1996).

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui

- *Constituição Portuguesa Anotada*. 2.º edição, revista, atualizada e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora (2010).

MONTEIRO, Washington de Barros

- *Curso de Direito Civil*. Vol. 6: Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva (2011).

OLIVEIRA, Guilherme de

- *“Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)” Crónica Legislativa in Lex Familiae, Revista Portuguesa do Direito da Família*. Ano 7, N.º 14 (2010);
- *Notas sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII (Renúncia Recíproca à Condição de Herdeiro Legal)*, disponível no seguinte endereço eletrónico: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-o-Projeto-de-Lei-781-XIII-.pdf> (2018).

PINHEIRO, Jorge Duarte

- *O Direito da Família Contemporâneo*. 6.ª edição. Lisboa: AAFDL editora (2018).

PITÃO, José António de França

- *A Posição do Cônjuge Sobrevivo no Atual Direito Sucessório Português*. 4.ª edição, revista, atualizada e aumentada. Coimbra: Almedina (2005);
- *Uniões de Facto e Economia Comum*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina (2011).

SCHWAB, Dieter, GOTTWALD, Peter e LETTMAIER, Saskia.

- *Family and Succession Law in Germany*. 3.ª edição. Países Baixos: Wolters Kluwer (2017).

SILVA, Eva Sónia Moreira da

- *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*. Coimbra: GESTLEGAL (2019).

SLOAN, Irving J.

- *Living Together: Unmarrieds and the Law*. New York: Oceana Publications (1980).

SOUSA, Rabindranath Capelo de

- *Lições de Direito das Sucessões*. Vol. I. 4.^a edição renovada. Coimbra: Coimbra Editora (2000).

TELLES, Galvão

- *Direito das Sucessões – Noções Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora (1991).

VARELA, Antunes

- *Direito da Família*. Vol. I. 5.^a edição, revista, atualizada e completada. Lisboa: Livraria Petrony (1999).

VÍTOR, Paula Távora e MARTINS, Rosa Cândido

- “*New Marriage, Old Succession? The Influence of the New Conceptions of Marriage in the Position of the Surviving Spouse*” in AA.VV. *Essays in Honour of Penelope Agallopoulou*. Atenas: Ant N. Sakkoulas Publishers (2011).

XAVIER, Rita Lobo

- “*O ‘Estatuto Privado’ dos Membros da União de Facto*” in RJLB. Ano 2, N.º 1 (2016).

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão do TC n.º 88/04, Proc. n.º 411/2003;
- Acórdão do TC n.º 410/08, Proc. n.º 1141/2007;
- Acórdão do TC, n.º 275/02, Proc. n.º 129/2001;
- Acórdão do TC n.º 195/03, Proc. n.º 312/2002;
- Acórdão do TC n.º 651/09, Proc. n.º 1019/2008;
- Acórdão do TC n.º 86/07; Proc. n.º 26/2004;
- Acórdão do TC n.º 87/07, Proc. n.º 995/2005;
- Acórdão do TC n.º 134/07, Proc. n.º 506/2006;
- Acórdão do STJ, Proc. n.º 078925, de 14 de março de 1990;
- Acórdão do STJ, Proc. n.º 03B3825, de 4 de dezembro de 2003.