
ESTUDOS
DE HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR
JORGE MIRANDA

VOLUME VI

HISTÓRIA DO DIREITO, FILOSOFIA DO DIREITO E DIREITO
COMPARADO | DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL
CIVIL | DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL
DIREITO COMERCIAL | DIREITO DO TRABALHO
DIREITO UNIVERSITÁRIO

EDIÇÃO
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA

Coimbra Editora

2012

EDIÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 217 984 600 — Telecópia 217 950 303

COORDENAÇÃO: Prof. Doutor Marcelo Rebelo de Sousa
Prof. Doutor Fausto de Quadros
Prof. Doutor Paulo Otero
Prof. Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto

SECRETARIADO: Dr.^a Telma Oliveira

EDITOR



Coimbra Editora

Coimbra Editora, S.A.
Ladeira da Paula, 10
3040-574 Coimbra
Telef. (+351) 239 852 650
Fax (+351) 239 852 651
www.coimbraeditora.pt
editorial@coimbraeditora.pt

EXECUÇÃO GRÁFICA

Coimbra Editora, S.A.
Ladeira da Paula, 10
3040-574 Coimbra

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Agosto de 2012

ESTUDOS DE HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA

VOLUME VI

HISTÓRIA DO DIREITO,
FILOSOFIA DO DIREITO E DIREITO COMPARADO
DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL
DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL
DIREITO COMERCIAL
DIREITO DO TRABALHO
DIREITO UNIVERSITÁRIO

FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

2012

DA INCLUSÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO DE FACTO: NOVA RELAÇÃO FAMILIAR

CRISTINA M. ARAÚJO DIAS (*)

1. NOTA PRÉVIA

A abordagem constitucional da união de facto tem sido nos últimos tempos objecto de alguma divergência doutrinal, a que se junta a posição jurisprudencial sobre o assunto e as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Apesar de já termos escrito sobre a matéria, não tínhamos ainda estruturada uma opinião segura sobre a mesma. Pareceu-nos, por isso, que esta homenagem ao Senhor Professor Doutor Jorge Miranda era um momento adequado a esta reflexão.

A expressão “união de facto” foi, entre nós, usada legalmente pela primeira vez com a Reforma de 1977, no art. 2020.º do Código Civil. O que não significa que o fenómeno, enquanto facto social, não tenha existido antes ou, até, sempre tenha existido ⁽¹⁾. A Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio ⁽²⁾, define actualmente

(*) Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho.

⁽¹⁾ Era difícil distinguir no direito romano quando se estava perante um casamento ou face ao concubinato (Artur A. de Castro/Mário M. Reymão Nogueira, *História do Direito Português. Direitos de Família: casamento e regimes de bens*, Coimbra, Atlântida Editora, 1930, p. 22, e Araújo Barros, *Elementos de História do Direito Português*, Coimbra, Casa do Castelo — Editora, 1938, pp. 229 e 230). A referência à *barregania* era frequente na legislação da Reconquista e a ela se fazia referência nas Ordenações Afonsinas (título LXXXXVIII, do livro IV, e título XXIII, do livro V), Manuelinas (título LXXI, do livro IV) e Filipinas (título XCII, do livro IV). V., por todos, Marnoco e Souza, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, 3.ª ed., Coimbra, França Amado Editor, 1910, pp. 539 e 540, e Nuno de Salter Cid, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 83-370. Várias são, porém, as expressões que podem utilizar-se, assim como para referir os sujeitos da relação. V., entre outros, sobre a questão terminológica, Albino Matos, “União de facto e liberalidades”, *Temas de Direito Notarial*, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 107-109, Nuno de Salter Cid, “União de Facto e Direito: indecisão ou desorientação do legislador?”, *Economia e Sociologia*, n.º 57.º, 1994, pp. 19-22, e *A comunhão de vida...*, *cit.*, pp. 36-41, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 53 e 54. Para utilizarmos a terminologia da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, e por ser também a expressão mais utilizada na

a união de facto como a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos. As pessoas vivem em comunhão de leito, mesa e habitação, como se fossem casadas, com a diferença de que não o são, por não estarem ligadas pelo vínculo formal do casamento⁽³⁾.

O que é certo é que se assiste progressivamente ao reconhecimento das uniões de facto e a atribuição de efeitos jurídicos. Não nos propomos analisar os pressupostos da sua existência, a sua razão de ser ou o fundamento para a atribuição de efeitos jurídicos à união de facto⁽⁴⁾, mas sim estudar o problema da inclusão constitucional da união de facto e a sua qualificação como relação familiar. Assim, o presente estudo parte da análise da união de facto na Constituição da República Portuguesa (CRP). Depois, importará saber se a sua qualificação como nova relação familiar implica uma certa forma de regulamentação face ao casamento.

doutrina e jurisprudência, usaremos o termo união de facto e de sujeito/membro da união de facto ou convivente.

⁽²⁾ Sempre que nos referirmos à Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, é com as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto.

⁽³⁾ De referir que, segundo Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 65 e 66, a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, na sua redacção original, pretendeu estender à união de facto entre pessoas do mesmo sexo o regime das uniões de facto entre pessoas de sexo diferente apenas para os efeitos previstos nos arts. 3.º e 5.º do diploma. Todas as outras disposições legais avulsas que atribuam efeitos à união de facto, aplicar-se-iam apenas à união entre pessoas de sexo diferente, dado não haver base legal para estender à união de facto entre pessoas do mesmo sexo disposições que foram pensadas para as uniões entre pessoas de sexo diferente. Para todos efeitos, não compreendidos no art. 3.º, a heterossexualidade continuaria a ser condição de eficácia da união de facto. Contra, França Pitão, *Uniões de Facto e Economia Comum (comentário crítico às Leis n.ºs 6/2001 e 7/2001, ambas de 11/05)*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 81 e 82 e nota 28. Apesar de inicialmente aderirmos ao entendimento daqueles autores, questionamos a sua manutenção após a consagração legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo, pela Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio.

O actual art. 3.º, n.º 3, da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, introduzido pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, esclarece que qualquer disposição em vigor tendente à atribuição de direitos ou benefícios fundados na união de facto é aplicável independentemente do sexo dos seus membros.

⁽⁴⁾ V., sobre esta matéria, entre outros, Geraldo da Cruz Almeida, *ob. cit.*, pp. 74-108, França Pitão, *ob. cit.*, pp. 34-70 e pp. 76-105, e "Os novos casamentos ou a crise do casamento tradicional no direito português", in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 189-198, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 64-69, e Telma Carvalho, "A união de facto: a sua eficácia jurídica", in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 227-248.

Em geral, as relações estabelecidas entre os membros da união de facto são regidas pelo Direito comum e não pelo Direito da Família e, em especial, pelas regras aplicáveis ao casamento. Mas justificar-se-á uma regulamentação da união de facto, equiparando-a ao casamento ou, pelo contrário, deverá deixar-se tal matéria, sobretudo no domínio das relações patrimoniais entre os conviventes, na livre disponibilidade das partes, podendo regulá-la por contrato, e aplicando o regime geral?

2. A REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL E A ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

O art. 36.º, n.º 1, da CRP, determina que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

Ainda que o mesmo artigo possa levantar algumas dúvidas, tem-se entendido que aqui se consagram dois direitos: o de constituir família e o de contrair casamento. Ao distinguir a família do casamento, pretendeu o legislador demonstrar que se trata de realidades diversas. O direito a constituir família não está, assim, vedado a quem não pretenda contrair casamento, sendo este apenas uma das formas de *família*. Não se consagra um direito a contrair casamento e, através dessa celebração, constituir família⁽⁵⁾.

Assim, parece decorrer da referida norma constitucional que há outras formas de constituição da família além do casamento, podendo incluir-se as novas formas de família como a união de facto⁽⁶⁾. Neste sentido já se pronunciou a

⁽⁵⁾ Como parece decorrer do art. 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do art. 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a que faremos referência mais adiante.

⁽⁶⁾ V., neste sentido, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 561. Eduardo dos Santos, *Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, p. 95, admite que a constituição da família tenha não apenas por fonte o casamento, mas "qualquer outra comunidade sexual, nomeadamente a união de facto". Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões. Relatório*, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, Lex, 1995, p. 32, considera a união de facto "um certo tipo de relação familiar". V. também, as críticas feitas pelo mesmo autor ao entendimento contrário, que exclui as uniões de facto das relações jurídicas familiares, no seu parecer "Da inconstitucionalidade do Código Civil — artigos 1577.º, 1628.º, alínea e), e disposições conexas — ao vedar o acesso ao instituto do casamento a casais do mesmo sexo", *O casamento entre pessoas do mesmo sexo (três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 12-17.

Relação de Lisboa afirmando que o art. 36.º da CRP consagra dois direitos e a constituição da família pode ser por via da união de facto ⁽⁷⁾.

As alterações e evoluções sociais são acompanhadas por modificações e actualizações constitucionais e o conceito de família patente na Constituição também deve acompanhar essas evoluções e não continuar a receber um conceito histórico desadequado à realidade social ⁽⁸⁾. Por isso se fala actualmente nas novas formas de família.

Entendem alguns autores, porém, que o referido direito a constituir família não quer reportar-se à união de facto, mas respeita exclusivamente à matéria da filiação, ou seja, trata-se do direito a procriar e do direito a estabelecer as correspondentes relações de maternidade e de paternidade ⁽⁹⁾, bem como à adopção. A união de facto estaria antes abrangida no direito ao desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 26.º, n.º 1, da CRP, sendo inconstitucional qualquer legislação que proibisse, penalizasse ou impusesse sanções aos unidos de facto.

O problema da qualificação da união de facto como relação familiar e a sua eventual protecção constitucional coloca-se também na generalidade dos países europeus.

⁽⁷⁾ Acórdão da Relação de Lisboa, de 15.02.2007 (<http://www.dgsi.pt>, a 7 de Julho de 2010).

⁽⁸⁾ É, aliás, este entendimento muitas vezes defendido para admitir os casamentos entre pessoas do mesmo sexo, como também já tivemos oportunidade de nos pronunciar em estudo a publicar na obra colectiva em homenagem ao Senhor Professor Doutor Luís Carvalho Fernandes.

⁽⁹⁾ Pereira Coelho, "Casamento e família no direito português", in AAVV, *Temas de Direito da Família*, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 8 e 9, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 14 e 15 e pp. 25 e 26, e vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 621-623, Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, pp. 102 e 103, Antunes Varela, *Direito da Família*, 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999, pp. 160-162 (isto apesar de considerar que a família apenas se constitui com base no casamento, ou seja, "a filiação fora do casamento pode ser assim considerada como uma relação familiar, no sentido de que se trata de uma relação jurídica (...); mas essa relação familiar (...) não basta para constituir uma família" — p. 37. Com posição semelhante, José Joaquim Almeida Lopes, "A união de facto no direito português", *Revista Española de Derecho Canonico*, n.º 50, 1993, p. 246, ao dizer que "a união de facto é para a Constituição um nada jurídico"), José João Gonçalves de Proença, *Direito da Família*, 3.ª ed., Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2004, pp. 29 e 30, M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, "União de facto e pensões de sobrevivência — anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 195/03 e 88/04", *Jurisprudência Constitucional*, n.º 3, 2004, p. 21, nota 9, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 55 e 56 e pp. 115-119.

V., sobre as posições doutrinárias, Geraldo da Cruz Almeida, *ob. cit.*, pp. 177-184, e Telma Carvalho, *ob. e loc. cit.*, pp. 223-226 (qualificando ambos a união de facto como relação jurídica familiar). V. também, a importante análise jurídico-política feita por Nuno de Salter Cid, *A comunidade de vida...*, *cit.*, pp. 502-571.

No direito italiano, p. ex., Francesco Prospero ⁽¹⁰⁾, admite, consagrando a Constituição italiana a tutela da pessoa, e constituindo a família o modo privilegiado de desenvolvimento da personalidade individual, a tutela constitucional da família natural. Entende, por outro lado, que a tutela "privilegiada" da família fundada no casamento (o art. 29.º da Constituição italiana determina o reconhecimento dos direitos da família como sociedade natural *fundada no matrimónio*) não implica a não atribuição de relevância jurídica às uniões de facto, atitude que seria mesmo contrária ao princípio constitucional da liberdade de associação.

O mesmo se discute no direito espanhol, face ao art. 32.º da Constituição espanhola, que tutela o casamento, e o art. 10.º da mesma Constituição, que estabelece o princípio do livre desenvolvimento da personalidade ⁽¹¹⁾.

No direito alemão, Beitzke e Lüderitz consideram as relações entre pais não unidos pelo matrimónio e os filhos como relações de "família" ⁽¹²⁾. Tal como o art. 29.º da Constituição italiana, o art. 6.º da *Grundgesetz (GG)* garante uma tutela privilegiada à família e ao casamento. É em função dessa especial protecção constitucional ao casamento (o que não impede a regulamentação das uniões de facto) que se justifica uma diferença de tratamento das duas realidades sem que o princípio da igualdade, consagrado no art. 3.º da *GG*, seja com isso afectado.

A principal questão está em perceber o significado e a amplitude da instituição família. Porque não incluir nessa noção a união de facto a que a Lei

⁽¹⁰⁾ Francesco Prospero, *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1980, pp. 42 e segs. e pp. 98-100.

No mesmo sentido, v., do mesmo autor, "Convivencia "more uxorio" e tutela della famiglia legittima: i limiti della rilevanza della "famiglia di fatto", *Rassegna di Diritto Civile*, n.º 1, 1981, pp. 180 e 181. V. também, entre outros, Busnelli/Santilli, "La famiglia di fatto", in AAVV, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, vol. VI, 1, Padova, Cedam, 1993, p. 779, Maria E. Rovira Sueiro, "La "familia de hecho" en Italia: estado actual de la cuestión", *Derecho Privado y Constitución*, ano 6, n.º 12, 1998, pp. 283-286 (para um resumo das posições doutrinárias face à questão), M. Sgroi, "La famiglia di fatto", in AAVV, *Manuale del nuovo Diritto di Famiglia*, sob a direcção de G. Cassano, 2.ª ed., Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2003, pp. 272-277, e Luigi Balestra, *La famiglia di fatto*, Padova, Cedam, 2004, pp. 1-29.

⁽¹¹⁾ V., entre outros, Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*, vol. II, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 1989, pp. 300 e segs., e *Elementos de Derecho Civil. Familia*, vol. IV, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2005, pp. 290-293. De referir especialmente, pela análise do ponto de vista constitucional, Victor Ferreres Comella, "El principio de igualdad y el "derecho a no casarse" (A proposito de la STC 222/92)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 14, n.º 42.º, 1994, pp. 163-196.

⁽¹²⁾ Beitzke/Lüderitz, *Familienrecht*, 26.ª ed., München, C. H. Beck, 1992, p. 37. No mesmo sentido, v., Gernhuber/Coester-Waltjen, *Familienrecht*, 5.ª ed., München, C. H. Beck, 2006, § 41, II, pp. 479 e 480.

n.º 7/2001 atribui efeitos jurídicos de alcance bem mais relevante do que a lei atribui, p. ex., à afinidade ⁽¹³⁾?

O problema é que a CRP não define o que seja a *família* e o entendimento dos autores analisados que afastam a união de facto do art. 36.º da CRP parte da tipificação das relações jurídicas familiares previstas no Código Civil. Como se sabe o art. 1576.º do Código Civil apresenta como relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção. Estas seriam, portanto, as fontes das relações familiares, assentando nelas a concepção de família. Sem prejuízo de um conceito de família tão alargado não ser habitual na realidade social ⁽¹⁴⁾, entendem aqueles autores que só estas relações dão origem à família.

Todavia, começa a assistir-se a movimentos que, quer em Portugal quer no domínio jurídico europeu, admitem outras formas de família. Aqui poderíamos falar das famílias de facto (assentes numa união de facto ou numa relação não-matrimonial hetero ou homossexual), das famílias monoparentais, nas famílias recombinadas ou pluriparentais, as famílias e o casamento de transsexuais ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ Pamplona Corte-Real, “Da inconstitucionalidade do Código Civil...”, *ob. e loc. cit.*, p. 14.

⁽¹⁴⁾ Como dizem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 34, a família tão amplamente considerada raramente se reunirá, só se juntando em bodas de ouro ou, já depois da morte, no jazigo de família.

⁽¹⁵⁾ O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pronunciou-se já quanto a várias questões que se colocam em relação a todas estas novas formas de família (v. Susana Almeida, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 155 e segs.).

Para além da que analisamos no texto, chama-se a atenção para a jurisprudência do Tribunal sobre a situação dos transsexuais. As reflexões do Tribunal, apesar de durante muito tempo não ter assim entendido, apontam para o reconhecimento jurídico da nova identidade sexual resultante da mudança de sexo e, com isso, do direito ao casamento (abstraindo do sexo biológico), considerando tais direitos abrangidos pelo respeito pela vida privada previsto no art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Foi com os acórdãos *Christine Goodwin e I. c. Reino Unido*, de 11 de Julho de 2002, que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem impôs aos Estados contratantes a obrigação positiva de reconhecer juridicamente a nova identidade sexual dos transsexuais submetidos a cirurgia de conversão sexual e de abandonar a referência ao critério do sexo biológico para definir o casamento. V., Susana Almeida, *ob. cit.*, pp. 223-246. Mais recentemente, no acórdão *Johansson c. Finlândia*, de 6 de Setembro de 2007, o Tribunal considerou haver violação do art. 8.º da Convenção, impondo uma obrigação do Estado contratante de adoptar legislação que permitisse a um transsexual submetido a uma cirurgia de conversão sexual alterar os seus documentos oficiais em função do novo sexo.

Entre nós, a jurisprudência não é unânime quanto à questão de saber se é possível obter em acção judicial o reconhecimento jurídico da mudança de sexo. Contra tal reconhecimento pronunciaram-se, como pode ver-se em Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 205, nota 97, a sentença do 3.º Juízo Cível de Lisboa, de 26.11.1982, a sentença do 8.º Juízo Cível de Lisboa, de 11.02.1985 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1985, p. 351), e o acórdão da RL, de 06.02.1986 (*Col. Jurisp.*, tomo IV, 1986, p. 123). Para isso, pode argumentar-se no sentido de “que o cariótipo da pessoa (a sua composição cromossómica) não muda, apesar das intervenções cirúrgicas e das alterações

Ora, a instituição família garantida constitucionalmente (art. 67.º da CRP) não pode estar sujeita à definição da legislação ordinária, ou seja, é esta que se filia naquela e não o contrário. Por isso, se se considerar que a família constitucionalmente protegida não é apenas aquela definida no Código Civil, podemos incluir no art. 36.º, n.º 1, da CRP, a união de facto como forma de constituir família ⁽¹⁶⁾. É, aliás, neste sentido, como já referimos, que se inclina a jurisprudência portuguesa. De igual modo, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem abre a porta a novas formas de família. De facto, e por um lado, veremos que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem feito uma interpretação lata de *vida familiar*, nela abrangendo não apenas as relações jurídicas familiares tradicionais, mas também as relações familiares de facto. Por outro lado, os conceitos de *vida privada* e de *vida familiar* tendem a esbater-se dando origem ao conceito de *vida privada e familiar*, à luz do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na ONU a 10 de Dezembro de 1948, contém dois princípios dedicados à família: o art. 12.º, relativo ao respeito pela vida familiar, e o art. 16.º que contempla o direito de casar e de constituir família (n.º 1) e considera a família elemento natural e fundamental da sociedade, tendo direito à protecção desta e do Estado (n.º 3).

morfológicas verificadas; além de que o sexo faz parte do estado da pessoa (...), que é indisponível, não podendo mudar por livre vontade do interessado” (*ibidem*). Por outro lado, e a favor de tal reconhecimento, invoca-se a protecção constitucional à identidade da pessoa (art. 26.º, n.º 1, da CRP), podendo também invocar-se o art. 70.º do Código Civil. Neste sentido, v., os acórdãos da RL, de 17.01.1984 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1984, p. 109), de 05.04.1984 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1984, p. 124), de 18.12.1986 (*B.M.J.*, n.º 365, p. 689), e de 09.11.1993 (*Revista do Ministério Público*, ano 14.º, p. 155), e a sentença do 12.º Juízo Cível de Lisboa, de 10.12.1991 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1992, p. 301), *apud* Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 205, nota 98. Tendo o sexo quatro componentes (biológica, morfológica, psicológica e social), o facto de o transsexual conservar o cariótipo do sexo originário não deve obstar ao reconhecimento jurídico da mudança de sexo. “Parece ser necessário o sentimento de que se pertence ao sexo oposto (componente psicológica) e a atitude social correspondente (componente social); sendo necessárias, estas condições não são porém suficientes, pois o transsexual deve ter sofrido adequadas alterações morfológicas (componente morfológica). Pode dizer-se que o critério que tem orientado a jurisprudência é um critério *morfo-psicossocial*” (Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 205 e 206). Veja-se a este propósito a Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, que criou o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil.

⁽¹⁶⁾ Em todo o caso, mesmo que se entenda que a garantia constitucional da família não pode ficar dependente da definição de relações familiares dada pela legislação ordinária, isso não implicaria necessariamente que a união de facto seja considerada relação de família. Como referem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 117, “não vemos, porém, é como dessa circunstância possa tirar-se argumento favorável à qualificação da união de facto como relação de família. Só assim seria se o direito de “constituir família” previsto no art. 36.º, n.º 1, ficasse sem conteúdo útil se não se referisse à união de facto. Mas não é o que acontece, pois além da família *conjugal* há ainda a *natural* e até a *adoptiva*”.

Por sua vez, a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como é conhecida), aprovada a 4 de Novembro de 1950, apresenta também dois princípios relativos à família: o art. 8.º, onde se salvaguarda o respeito pela vida privada e familiar, e o art. 12.º, que protege o direito de casar e de constituir família.

Vários outros documentos internacionais dedicam alguma protecção ao casamento e à constituição da família⁽¹⁷⁾. Em todo o caso, e tal como acontece na legislação nacional, o legislador internacional não dá uma definição de família ou de casamento. Tais conceitos concretizar-se-ão, e ainda que existam valores comuns a todos os povos, de forma diversa, sendo interpretados de forma diferente dependendo do substrato sociocultural a que se reportem⁽¹⁸⁾.

Não podemos esquecer também que as próprias transformações socioculturais afectam o conceito de família tradicional (dando origem a novas formas de família). De facto, ao modelo da família nuclear constituído pela mãe, pelo pai e pelos filhos, assente no casamento, pode hoje “opor-se” nas sociedades ocidentais as famílias de facto, as famílias monoparentais, famílias recombinações, as famílias homossexuais, etc.⁽¹⁹⁾.

Ora, também nestes textos internacionais importa saber se estas novas formas de família estão abrangidas na garantia concedida pelas suas normas.

A interpretação objectivista actualista, a que já me referi a propósito do ordenamento jurídico interno, é também necessária para que a nova realidade social esteja abrangida nas normas internacionais, e é essa que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem efectuado em vários aspectos relativos à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (e, para o que aqui importa, sobre o respeito pela vida privada e familiar e o direito a contrair casamento — arts. 8.º e 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem realizado uma interpretação evolutiva do direito ao respeito pela vida privada e familiar, estendendo o

⁽¹⁷⁾ V., quanto a essas referências, Susana Almeida, *ob. cit.*, pp. 12 e segs.

⁽¹⁸⁾ Como nota Guilherme de Oliveira, “Transformações do Direito da Família”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 778, a interpretação que cada país dará de tais conceitos variará em função de serem países de influência protestante ou de influência católica. “A comparação entre estes dois grupos havia de mostrar, porventura, um maior pendor individualista e autonomista das relações conjugais e familiares no âmbito da influência protestante, ao passo que os países do sul da Europa haviam de mostrar maiores preocupações e solidariedade familiar e maior dependência do indivíduo em face do grupo”.

⁽¹⁹⁾ Susana Almeida, *ob. cit.*, p. 16.

conteúdo do direito contemplado no art. 8.º da Convenção⁽²⁰⁾. De facto, é com uma interpretação dinâmica e evolutiva que o Tribunal Europeu tem conseguido abranger no âmbito do art. 8.º da Convenção certas realidades que não foram inicialmente pensadas pelos redactores da Convenção.

O art. 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao referir o direito de casar e de constituir família, parece associar a constituição da família à celebração do casamento. Assim, só quem contrai casamento pode constituir uma família. Assenta, assim, no conceito tradicional de família baseada no casamento. Há neste art. 12.º (ao contrário do que acontece no art. 36.º, n.º 1, da CRP) uma exclusão de outras formas de constituir família que não assentes no casamento. Estas só poderão encontrar protecção no art. 8.º da Convenção.

Para admitir as novas formas de família, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem considerado que o art. 8.º da Convenção não se refere apenas à família assente no casamento (como no art. 12.º), mas também a outras formas de vida em comum, ainda que as enquadre no conceito de vida privada (e, assim, objecto também de protecção). Por isso, considera-se que o art. 8.º protege um único direito: o direito à protecção da vida privada e familiar. As outras formas de família terão, assim, a sua protecção à luz deste art. 8.º

Desta forma, a jurisprudência do Tribunal Europeu inclui na noção de vida familiar as relações matrimoniais, mas também as famílias de facto, assentes noutras formas de convivência afectiva constitutivas de laços familiares⁽²¹⁾, sendo relevante, portanto, o critério da “efectividade dos laços interpessoais”⁽²²⁾.

Há, aliás, várias decisões, e em diferentes domínios, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre os direitos reconhecidos à família de facto⁽²³⁾.

E, como se sabe, esta interpretação acaba por influenciar os ordenamentos jurídicos estaduais. De facto, as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem servem muitas vezes de impulso às reformas legislativas ou jurisprudenciais nos diferentes Estados contratantes. Daí que o enquadramento jurídico

⁽²⁰⁾ Como nos dá conta Susana Almeida, *ob. cit.*, *passim*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem alargado a noção de vida familiar, de modo a compreender não apenas as relações familiares tradicionais, fundadas no casamento, mas também as relações familiares de facto. Paralelamente, o mesmo tribunal tem esbatido a diferença dos conceitos de vida privada e de vida familiar, referindo-se muitas vezes a um único direito: o direito ao respeito pela vida privada e familiar.

⁽²¹⁾ P. ex., no acórdão Keegan c. Irlanda, de 26 de Maio de 1994 (www.echr.coe.int), a 4 de Fevereiro de 2009), o Tribunal Europeu referiu que a noção de família não se limita às relações fundadas no casamento, abrangendo também outros laços familiares de facto, resultantes do facto de as pessoas viverem juntas fora do casamento.

⁽²²⁾ Susana Almeida, *ob. cit.*, pp. 72 e segs.

⁽²³⁾ V. Susana Almeida, *ob. cit.*, pp. 166 e segs.

dado pelo Tribunal Europeu às novas formas de família acaba por ter reflexo na sociedade europeia.

Por todas estas razões parece-nos adequado abranger no art. 36.º, n.º 1, da CRP, como forma de constituição da família, a união de facto, e, dessa forma, beneficiar de uma garantia institucional por força do art. 67.º da CRP.

3. DA REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO DE FACTO E DA APLICABILIDADE DAS NORMAS DO CASAMENTO

O princípio da protecção da união de facto não exige, todavia, que o legislador dê à união de facto efeitos idênticos aos que atribui ao casamento, equiparando as duas situações. O diferente tratamento do casamento e da união de facto não viola o princípio da igualdade (art. 13.º da CRP), pois este princípio apenas proíbe discriminações arbitrárias ou desprovidas de fundamento⁽²⁴⁾. Ora, casamento e união de facto são situações materialmente diferentes, assumindo os casados o compromisso de vida em comum, mediante a sujeição a um vínculo jurídico, enquanto os conviventes não o assumem, por não quererem ou não poderem. O tratamento diferenciado relativamente ao casamento é, por isso, objectivamente fundado e está conforme ao princípio da igualdade, que visa o tratamento igual do que é igual e não do que é diferente⁽²⁵⁾. Não há, assim, qualquer base legal para estender à união de facto as disposições que ao casamento se referem⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ V. o acórdão do STJ, de 23.04.1998 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo II, 1998, p. 49).

⁽²⁵⁾ No mesmo sentido, e quanto ao ordenamento jurídico espanhol, v., Luis Díez-Picazo/*Antonio Gullón, Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, vol. IV, 9.ª ed., Madrid, Tecnos, 2004, p. 72. Referem mesmo os autores que uma coisa é o reconhecimento da justiça de determinadas soluções, exigidas, sobretudo, no momento da dissolução e liquidação da união de facto, e outra institucionalizar essas uniões que devem permanecer no “terreno de la privacidad y la libertad individual”. R. Tommasini, “La famiglia di fatto”, in AAVV, *Trattato di Diritto Privato. Il Diritto di Famiglia*, sob a direcção de M. Bessone, tomo I, vol. IV, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999, p. 504, entende que a diversidade estrutural, e até funcional, da união de facto face à família assente no casamento afasta qualquer regulamentação por recurso à analogia.

⁽²⁶⁾ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 58, consideram mesmo que a legislação que equiparasse inteiramente a união de facto ao casamento seria inconstitucional, fosse por descaracterizar o instituto matrimonial garantido constitucionalmente, fosse por violar o direito de não casar (dimensão negativa do direito de contrair casamento). Como se refere no relatório da mesa temática relativa à união de facto na 2.ª Bienal de Jurisprudência (AAVV, 2.ª *Bienal de Jurisprudência. Direito da Família*, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 68), a aplicação por analogia do regime da partilha previsto para o divórcio seria preferível do que a aplicação, p. ex., do regime das sociedades de facto. Porém, tal é duvidoso “tendo

A generalidade das legislações tem vindo a atribuir à união de facto cada vez mais efeitos⁽²⁷⁾. É, aliás, o que acontece entre nós.

A união de facto é objecto de normas de protecção na legislação do trabalho, fiscal, funcionalismo público, segurança social..., e mesmo a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio (e a anterior Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto), visando adoptar medidas de protecção da união de facto, é, com algumas excepções⁽²⁸⁾, um sumário de medidas de protecção que já vinham da legislação precedente. Portanto, aquilo com que deparámos é a existência de uma situação fáctica e, qualificada pela lei actualmente, jurídica (art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio)⁽²⁹⁾, que no seu decurso ou no momento da sua cessação carece de uma qualquer regulamentação para os problemas que surjam.

em conta a natureza especial do regime de partilha dos casamentos por força do regime de bens e da natureza das dívidas”.

A jurisprudência afasta também a aplicação analógica das normas do casamento. V., p. ex., o Parecer da Procuradoria Geral da República, de 18.03.1982 (*RLJ*, ano 116.º, 1983/84, p. 132); e os acórdãos do STJ, de 21.11.1985 (*BMJ*, n.º 351.º, 1985, p. 429); da Relação de Lisboa, de 25.10.1983 (*Col. Jurisp.*, tomo IV, 1983, p. 148); e de 19.12.1985 (*Col. Jurisp.*, tomo V, 1985, p. 10); e da Relação de Évora, de 26.01.1984 (*BMJ*, n.º 335.º, 1984, p. 355).

⁽²⁷⁾ Na verdade, e como refere Geraldo da Cruz Almeida, *ob. cit.*, pp. 192 e 193, apesar de os conviventes não pretenderem sujeitar a sua relação a qualquer vínculo jurídico, a não atribuição de direitos à união de facto possibilitaria a existência de comunidades de vida, “cuja organização se regula de forma espontânea ou é deixada no critério do mais forte ou do mais astuto”.

⁽²⁸⁾ De referir a matéria da adopção (art. 7.º), de protecção da casa de morada da família (arts. 4.º e 5.º) e do regime do IRS (art. 3.º, n.º 1, al. d)).

É importante notar que a atribuição dos efeitos jurídicos à união de facto resulta de dados empíricos, ou seja, a prova do início da união de facto deriva, na maioria dos casos, de prova testemunhal. Seria conveniente, como defendem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 62 e 63, a obrigação da inscrição da união de facto no registo civil. Mesmo depois das alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, o art. 2.º-A nada acrescentou nesta matéria.

⁽²⁹⁾ Duvidosa é a natureza jurídica da união de facto. Castro Mendes, *Direito da Família*, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Lisboa, AAFDL, 1997, p. 14, refere que nada obsta à qualificação da união de facto como uma relação contratual de facto ou conjunto de relações contratuais de facto, ainda que nunca equiparada ao contrato de casamento. No mesmo sentido, Telma Carvalho, *ob. e loc. cit.*, pp. 233-237. Ao contrário dos contratos, as relações contratuais de facto têm por base puras actuações de facto, ou seja, não releva a vontade dos sujeitos, e às quais se aplicaria o regime dos contratos. No âmbito da relevância das relações contratuais de facto deve fazer-se referência aos comportamentos concludentes (actuações que permitem considerar aplicável um dado regime contratual, apesar da falta das declarações negociais, expressas ou tácitas). Na união de facto há um comportamento de ambos os conviventes no sentido de constituírem uma plena comunhão de vida sem que o tenham declarado e sem que tenham desejado os seus efeitos. Duvidamos, porém, que seja irrelevante qualquer demonstração de vontade por parte dos conviventes que, ao não casarem, demonstram a sua vontade de não se sujeitarem ao regime jurídico-legal do casamento. Só se houver uma total desvalorização da vontade, mesmo

Considerando que a união de facto assenta numa comunhão de vida que é também a base do casamento, então deveriam as duas realidades ter a mesma tutela jurídica. A nossa jurisprudência e doutrina⁽³⁰⁾, bem como a da maioria dos países europeus⁽³¹⁾, manifesta-se contra a aplicação analógica. De facto,

tácita, dos conviventes se qualificaria a união de facto como relação contratual de facto, à qual se aplicaria o regime de um dado contrato, em especial, o casamento.

Este entendimento pode ser afastado se se entender existir um contrato entre os conviventes ou se se entender que a resolução dos problemas relativos à união de facto passa por outras figuras jurídicas, como a gestão de negócios, o enriquecimento sem causa... Aliás, a própria figura da relação contratual de facto não é aceite na generalidade da doutrina (v., p. ex., Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 222, ao considerar que não é necessário o recurso a tal relação, pois os problemas por ela abordados são resolvidos por outras figuras jurídicas, e Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 2.^a ed., reimpressão, Coimbra, Almedina, 2000, p. 472, expressamente referindo que a doutrina deve ser rejeitada). Telma Carvalho, *ob. e loc. cit.*, pp. 235 e 236, considera tratar-se de uma relação contratual de facto, o que poderá justificar a aplicação analógica de alguns efeitos previstos para o casamento. Não concordamos com este entendimento, negando a aplicação analógica de qualquer norma reguladora dos efeitos do casamento. Não pretendemos tomar posição quanto a esta questão tão discutida que é a natureza jurídica da união de facto, tanto mais que ela não é indispensável para a análise do problema que aqui pretendemos resolver. De facto, entendemos que a união de facto, quer consubstancie uma mera relação de facto ou se traduza num contrato celebrado entre os conviventes, com manifestação das respectivas vontades com vista ao estabelecimento da vida em comum, estará sujeita às regras gerais do Direito comum para resolução dos problemas que possam surgir, nomeadamente, no momento da sua dissolução.

França Pitão, *Unões de Facto e Economia Comum...*, *cit.*, p. 217, nota 39, considera a união de facto como um contrato, enquanto Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 73, a entendem como “situação de facto a que a lei atribui efeitos jurídicos”.

⁽³⁰⁾ V., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 57 e 64, Antunes Varela, *Direito da Família*, *cit.*, p. 33 e pp. 160 e 161, Helena Mota, “O problema normativo da família. Breve reflexão a propósito das medidas de protecção à união de facto adoptadas pela Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto”, in AAVV, *Estudos em Comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, Coimbra Editora, 2001, pp. 541 e 542, e M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, “Novas sobre a união “more uxorio” em Portugal”, in AAVV, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2002, pp. 1404 e 1405.

⁽³¹⁾ V., entre outros, no direito francês, Jean Carbonnier, *Droit Civil. La famille. L'enfant, le couple*, vol. 2, 20.^a ed., Paris, PUF, 1999, pp. 680 e 681, e Cornu, *Droit Civil. La famille*, 8.^a ed., Montchrestien, LGDJ, 2003, p. 85; no direito italiano, Busnelli/Santilli, *ob. e loc. cit.*, pp. 794 e 795 e p. 800 (ainda que admita a aplicação de alguns princípios reguladores das relações entre cônjuges), e A. Galasso, *Regime patrimoniale della famiglia. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, sob a direcção de Francesco Galgano, tomo I, Bologna, Zanichelli Editore, 2003, pp. 29-31; no direito espanhol, Miguel López Muñoz Goñi, *Las uniones para matrimoniales ante los procesos de familia*, 2.^a ed., Madrid, Editorial Colex, 1997, pp. 63-89 e pp. 97-99 (com uma análise jurisprudencial), e Lledó Yagüe, *et alii, Compendio de Derecho Civil. Familia*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 42 e 43; e no direito alemão, Hausmann, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*

não será de invocar o princípio da igualdade dado que não se trata de situações idênticas (desde logo, pela ausência de vínculo jurídico na união de facto) e merecedoras da mesma tutela jurídica. Como refere M.^a Rita Lobo Xavier, justifica-se a diferença de tratamento entre a união de facto e o casamento pelo próprio estatuto legal da união de facto. “Resulta da disciplina patrimonial do casamento a imposição legal de uma solidariedade patrimonial concretizada no dever de assistência (dever de contribuir para os encargos normais da vida familiar), no dever de cooperação recíproca, na responsabilidade comum por dívidas, nomeadamente as contraídas para acorrer aos encargos normais da vida familiar (...). Nada disso acontece com os companheiros em união de facto. (...) Não se prevêem direitos e deveres recíprocos entre essas pessoas, não se fazem exigências de solidariedade, de cooperação e de responsabilidade (...). Os litígios de natureza patrimonial entre os companheiros dependem das soluções que a jurisprudência vai encontrando, caso a caso, pela aplicação de regras de Direito comum ou de Direito matrimonial”⁽³²⁾.

Por outro lado, não há manifestação de qualquer vontade por parte dos conviventes no sentido de sujeição ao regime patrimonial do casamento, ou seja,

ten und Vermögensausgleich, München, C. H. Beck, 1989, pp. 41-44, e Dieter Giesen, *Familienrecht*, 2.^a ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, pp. 240-244.

É a doutrina italiana que mais se inclina para a aplicação analógica do direito matrimonial à união de facto. Admitindo, em geral, a aplicação analógica das normas do direito matrimonial, salvo aquelas cuja razão assenta no formalismo matrimonial, pronunciou-se Francesco Prosperi, *La famiglia non fondata...*, *cit.*, pp. 245 e 246, mantendo a sua posição, apesar das críticas, em “A proposito di una recente monografia in tema di “famiglia di fatto””, *Rassegna di Diritto Civile*, n.º 1, 1984, pp. 191 e 192, pp. 199 e 200 e p. 206.

Alguns jurisprudências dos E.U.A. começa a estender à união de facto o regime patrimonial do casamento. Como refere Susan Westerberg Prager, “Sharing principles and the future of marital property law”, *UCLA Law Review*, vol. 25, n.º 3, 1978, p. 21, é a similitude de características entre a união de facto e o casamento que justifica a aplicação dos princípios que regulam as relações patrimoniais entre os cônjuges à união de facto. Tal como no casamento também na união de facto a convivência e os comportamentos das partes fazem nascer expectativas de participação nos respectivos patrimónios que devem ser protegidas pela lei. Antony W. Dnes, “Cohabitation and marriage”, in AAVV, *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, sob a direcção de Antony W. Dnes/Robert Rowthorn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 122 e 123, reporta que muitas mulheres inglesas e americanas consideram que o facto de viverem em comum as coloca numa situação semelhante ao casamento com os mesmos direitos, nomeadamente ao nível patrimonial.

Por sua vez, Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii, Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, pp. 296 e 299, admitem, no ordenamento jurídico espanhol, para resolução de problemas concretos e em casos excepcionais, o recurso à analogia *iuris*, ainda que neguem a aplicação analógica em geral das regras do casamento. E a jurisprudência espanhola já decidiu nesse sentido.

⁽³²⁾ M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, “Unões de facto e pensões de sobrevivência...”, *loc. cit.*, p. 21.

não pode fazer-se produzir a uma simples relação de facto efeitos jurídicos não queridos pelas partes (nem pelo legislador) ⁽³³⁾.

Acresce que a aplicação analógica de uma norma pressupõe, antes de mais, uma lacuna verdadeira e própria, cuja existência no caso não está precisamente demonstrada ⁽³⁴⁾. Com efeito, não podemos falar de uma lacuna logo que não exista uma regulamentação jurídica. “Não nos é lícito presumir pura e simplesmente uma determinada regulamentação, antes, temos que *sentir a sua falta*, se queremos apresentar a sua não-existência como uma “lacuna”. Mas a inexistência da regulamentação em causa pode corresponder a um *plano* do legislador ou da lei, e então não representa uma “lacuna”” ⁽³⁵⁾. Poderemos, com efeito, não estar perante uma verdadeira lacuna de regulamentação e sem lacuna não há lugar à aplicação analógica ⁽³⁶⁾.

A não ser esse o caso, tratar-se-á de uma lacuna intencional, cujo preenchimento o legislador deixou à doutrina e/ou jurisprudência. Porém, a sua integração far-se-á por recurso às regras gerais e não por aplicação de um regime especial previsto para o casamento, para o qual o legislador, intencionalmente, não remeteu. Por muito que se justifique uma determinada regulamentação, não cabe ao intérprete impô-la quando o próprio legislador a omitiu. Com efeito, o legislador, pelo menos na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, sabia da existência dos problemas colocados pela necessidade de regulamentação da união de facto e, por isso, poderia tê-los resolvido, nomeadamente, remetendo para as normas do regime matrimonial (tal como também remeteu para outras disposições legais), se pretendesse aplicar as normas do regime do casamento à união de facto. Tendo oportunidade para o fazer, e não o fazendo, poderá concluir-se que não

⁽³³⁾ Também Pereira Coelho, “Casamento e família...”, *ob. e loc. cit.*, p. 19, entende não se justificar aplicar o estatuto do casamento a pessoas que não quiseram casar. Perante leis de divórcio tão permissivas pode afirmar-se que se as pessoas vivem em união de facto é porque querem viver assim, sendo uma violência impor-lhes o estatuto matrimonial que deliberadamente rejeitaram.

Situação diferente será se os conviventes expressamente determinarem que a sua união será regulada juridicamente, seja por contrato de coabitação, de acordo com o princípio da autonomia da vontade, ou tal como acontece em relação ao PACS do direito francês. Nestas hipóteses há uma declaração dos conviventes em sujeitar-se a determinada regulamentação, o que não pode simplesmente presumir-se, e, com isso, aplicar o regime do casamento ou qualquer outro regime específico.

⁽³⁴⁾ Albino Matos, *ob. e loc. cit.*, p. 113.

⁽³⁵⁾ Karl English, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. de J. Baptista Machado, 6.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 281. V. também, para uma análise das espécies de lacunas e sua determinação, J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 6.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1993, pp. 195 e segs.

⁽³⁶⁾ O mesmo entendimento é seguido, a propósito da revogabilidade das doações entre cônjuges, por Albino Matos, *loc. e ob. cit.*, p. 134.

se pretendeu regular a união de facto pelas normas do casamento. E este argumento ganha força com a recente alteração introduzida pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, que nada esclareceu neste campo.

Ora, a ausência dessa regulamentação na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, sabendo o legislador dos problemas existentes, só pode significar que houve uma vontade intencional de não regulamentação especial, própria ou de remissão para o regime do casamento. Por isso, não nos parece legítima a aplicação analógica.

Existindo uma lacuna intencional, o recurso à analogia, para preenchimento da mesma, só se daria quando a similitude das situações a justifiquem.

Como refere J. Baptista Machado, “dois casos dizem-se análogos quando neles se verifique um conflito de interesses paralelo, isomorfo ou semelhante — de modo a que o critério valorativo adoptado pelo legislador para compor esse conflito de interesses num dos casos seja por igual ou maioria de razão aplicável ao outro...” ⁽³⁷⁾. Ora, como já referimos, apesar de a comunhão de vida constituir a base em que assenta quer o casamento quer a união de facto, trata-se de duas realidades distintas, não existindo a tal similitude necessária para que seja possível o recurso à analogia.

Finalmente, o recurso à analogia com as regras reguladoras do casamento parece-nos de excluir, pelo menos em algumas matérias, atendendo ao seu carácter excepcional (além de especial) no domínio do casamento relativamente ao regime geral do Direito comum. De facto, as normas reguladoras do casamento consagram uma disciplina jurídica diferente para as relações jurídico-matrimoniais, apresentando-se como “*ius singulare*”, isto é, como um regime oposto ao regime regra, não sendo possível o recurso à aplicação analógica, por as normas excepcionais a não comportarem (cfr. o art. 11.º). Tal como está regulada a união de facto actualmente, não nos parece haver possibilidade de aplicar qualquer norma do regime patrimonial do casamento ⁽³⁸⁾.

Por tudo isto, a resolução dos problemas postos pela união de facto (e manifestados essencialmente no momento da ruptura) tem sido apresentada pela jurisprudência pelo recurso às regras do Direito comum. Com efeito, vários são os acórdãos que concluem que ao fim de vários anos de vida em comum de união de facto não seria justo que um dos conviventes pudesse ficar com o seu

⁽³⁷⁾ J. Baptista Machado, *ob. cit.*, p. 202.

⁽³⁸⁾ Alguma doutrina estrangeira, sobretudo espanhola e italiana, invoca o instituto do casamento putativo para aplicar algumas regras do casamento à união de facto, ou seja, naquele também não houve casamento e nem por isso, nos casos previstos na lei, se deixa de aplicar as regras do casamento. Obviamente que o argumento não pode valer: para o funcionamento das regras do casamento putativo deve “existir de facto casamento”, isto é, as partes quiseram casar e essa vontade não existe na união de facto.

património enriquecido à custa do empobrecimento injusto do outro, que, eventualmente, terá abdicado da sua actividade profissional para se dedicar em exclusivo à vida familiar do casal e dos filhos. Para evitar tal locupletamento recorrem às regras do enriquecimento sem causa ou da sociedade de facto ⁽³⁹⁾.

Além disso, a possibilidade de os conviventes auto-regularem certos aspectos da sua relação é a forma adequada para resolver os problemas que surgem no decurso e no fim da união de facto. Uma união que surge da simples vontade das partes deverá regular-se de acordo com o princípio da autonomia da vontade.

A validade de tais contratos entre os conviventes foi posta em causa na doutrina e jurisprudência estrangeiras, dado que a convivência extramatrimonial era considerada como uma relação contrária à moral, aos bons costumes e à ordem pública, tendo, portanto, tais contratos causa ilícita. Hoje em dia, pelo contrário, os contratos celebrados entre conviventes devem considerar-se válidos, apresentando-se, aliás, como a forma ideal de regulação das suas relações patrimoniais ⁽⁴⁰⁾. De referir, a Recomendação n.º 83, do Conselho da Europa, de 7

⁽³⁹⁾ V., p. ex., os acs. do STJ, de 15.11.1995 (*BMJ*, n.º 451.º, 1995, p. 387, onde foi atribuída uma indemnização à autora, com base no enriquecimento sem causa, pelas contribuições prestadas na aquisição de bens registados em nome do réu. Além disso, entendeu-se também ser de valorar o trabalho prestado no lar pela autora para que o montante da indemnização fosse justo e devidamente ponderado); de 08.05.1997 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo II, 1997, p. 81, que decidiu que não pode falar-se em compropriedade quando não haja intervenção do outro membro da união de facto na escritura de compra e venda do imóvel, sendo este só adquirido pelo outro. Porém, verifica-se enriquecimento sem causa quando esta aquisição ocorreu com proventos comuns dos dois, sendo necessário aferir, para apurar a medida do empobrecimento e respectivo enriquecimento, o quanto cada um deles contribuiu para a aquisição do imóvel); e de 08.05.2003 (apresentado e comentado na 2.ª Bienal de Jurisprudência — AAVV, 2.ª *Bienal de Jurisprudência...*, cit., pp. 66-68); da RL, de 21.01.1999 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1999, p. 83); da RP, de 05.03.1998 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1998, p. 190); da RC, de 11.05.2004 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 2004, p. 8); da RE, de 10.04.2003 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 2003, p. 242); e da RG, de 29.09.2004 (*Cadernos de Direito Privado*, n.º 11 (Julho/Setembro), 2005, p. 63, que entendeu verificar-se os pressupostos do enriquecimento sem causa e, aferindo a diferença entre a situação real e a situação hipotética do património do enriquecido (a situação em que este se encontra e aquela em que se encontraria se o facto produtivo do enriquecimento não se tivesse dado), valorou essa diferença em 20%, considerando, por um lado, o facto de a autora ter adquirido em conjunto com o réu mobiliário por ambos escolhido e, por outro lado, o valor do trabalho doméstico realizado pela autora). É interessante notar que apenas o ac. do STJ, de 09.03.2004 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo I, 2004, p. 112), ainda que a análise efectuada pelo ac. da RL recorrido opte pelo enriquecimento sem causa (que o STJ afasta dado entender não haver qualquer património comum a liquidar e partilhar), refere a possibilidade de a liquidação do património adquirido pelo esforço comum no decurso da união de facto se poder fazer de acordo com os princípios das sociedades de facto, quando os seus pressupostos se verificarem. V. também, o ac. do STJ, de 01.06.1994 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo II, 1994, p. 123).

⁽⁴⁰⁾ Como refere Thomas Rauscher, *Familienrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2001, p. 496, a regulação contratual das questões patrimoniais não só é permitida como recomendável (*Rege-*

de Maio de 1988, que visou evitar que os contratos de natureza patrimonial entre conviventes se considerassem nulos pela única razão de serem concluídos entre as partes de uma união de facto.

Admitindo a validade de tais contratos, dentro dos limites da autonomia da vontade (art. 405.º) e sujeitando-os às regras gerais, não restam dúvidas da possibilidade de os conviventes regularem as suas relações patrimoniais.

Pelo exposto, e de um modo geral, não vemos razão, à luz da nossa ordem jurídica, para ferir de nulidade os contratos de coabitação quando visem regular as relações patrimoniais entre os conviventes ⁽⁴¹⁾.

4. CONCLUSÕES

O conceito de família constitucionalmente consagrado não é, nem pode ser, o mesmo para todos os tempos. As alterações sociais são acompanhadas por actualizações constitucionais e o conceito de família patente na Constituição também deve acompanhar essas evoluções e não continuar a receber um conceito histórico desadequado à realidade social. Por isso, aderimos à consagração da união de facto como uma nova forma de constituição da família.

Quer em Portugal quer no domínio jurídico europeu, começa a assistir-se a movimentos que admitem outras formas de família. Neste contexto, assume papel de relevo as decisões neste domínio do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

A interpretação objectivista actualista, necessária para que a nova realidade social esteja abrangida nas normas internacionais, é utilizada pelo Tribunal

lungen zur Vermögensauseinandersetzung sowie zum Ausgleich für geleistete Beiträge sind nicht nur zulässig, sondern höchst empfehlenswert”).

Na Alemanha, onde os problemas colocados pela dissolução da união de facto também se têm colocado, e que constituem o preço da sua liberdade (Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 34), tem sido sugerido que os conviventes (*Partner*) regulem por via contratual as suas relações, nomeadamente, fixando regras quanto à divisão dos bens e o modo de contribuição para as despesas domésticas (mesmos autores e obra, p. 36).

A referência à possibilidade de os conviventes regularem as suas relações por contrato foi feita no ac. do STJ, de 12.03.2002 (<http://www.dgsi.pt>, a 7 de Julho de 2010).

⁽⁴¹⁾ Do mesmo modo, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 73. Referem os autores que serão válidas todas as cláusulas que, de acordo com o Direito comum, poderiam ser estipuladas por quaisquer pessoas nos seus contratos (um mandato, um pacto de preferência, uma cláusula de indivisão, uma prestação de garantia...). Mas é necessário que este contrato não exceda os limites da autonomia privada.

Para mais desenvolvimentos desta questão e da possibilidade de os conviventes regularem as suas relações pessoais, v., a nossa obra, *Do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges (problemas, críticas e sugestões)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 990 e segs.

Europeu dos Direitos do Homem em vários aspectos relativos à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e, especialmente, sobre o respeito pela vida privada e familiar e o direito a contrair casamento — arts. 8.º e 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Porém, a consideração da união de facto como nova relação familiar, e a sua inclusão constitucional ao lado do casamento, não exige uma regulamentação idêntica que, aliás, não se justifica face ao princípio da igualdade do art. 13.º da CRP.

BIBLIOGRAFIA

- AAVV, 2.ª *Bienal de Jurisprudência. Direito da Família*, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- ALMEIDA, Geraldo da Cruz, *Da união de facto. Convivência more uxorio em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Pedro Ferreira Editor, 1999.
- ALMEIDA, Susana, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- BALESTRA, Luigi, *La famiglia di fatto*, Padova, Cedam, 2004.
- BARROS, Araújo, *Elementos de História do Direito Português*, Coimbra, Casa do Castelo — Editora, 1938.
- BEITZKE, Günther/LÜDERITZ, Alexander, *Familienrecht*, 26.ª ed., München, C. H. Beck, 1992.
- BUSNELLI, Francesco Donato/SANTILLI, Marina, “La famiglia di fatto”, in AAVV, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, vol. VI, 1, Padova, Cedam, 1993, pp. 757-802.
- CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997.
- CARBONNIER, Jean, *Droit Civil. La famille. L'enfant, le couple*, vol. 2, 20.ª ed., Paris, PUF, 1999.
- CARVALHO, Telma, “A união de facto: a sua eficácia jurídica”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 221-255.
- CASTRO, Artur A. de/NOGUEIRA, Mário M. Reymão, *História do Direito Português. Direitos de Família: casamento e regimes de bens*, Coimbra, Atlântida Editora, 1930.
- CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- CID, Nuno de Salter, “União de facto e Direito: indecisão ou desorientação do legislador?”, *Economia e Sociologia*, n.º 57.º, 1994, pp. 19-84.
- , *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*, Coimbra, Almedina, 2005.
- COELHO, F. M. Pereira, “Casamento e família no direito português”, in AAVV, *Temas de Direito da Família*, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 1-29.
- COELHO, F. M. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- CORNU, Gérard, *Droit Civil. La famille*, 8.ª ed., Montchrestien, LGDJ, 2003.
- CORTE-REAL, Pamplona, *Direito da Família e das Sucessões. Relatório*, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, Lex, 1995.
- CORTE-REAL, Pamplona, “Da inconstitucionalidade do Código Civil — artigos 1577.º, 1628.º, alínea e), e disposições conexas — ao vedar o acesso ao instituto do casamento a casais do mesmo sexo”, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo (três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 11-33.
- DÍEZ-PICAZO, Luis/GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, vol. IV, 9.ª ed., Madrid, Tecnos, 2004.
- DNES, Antony W., “Cohabitation and marriage”, in AAVV, *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, sob a direcção de Antony W. Dnes/Robert Rowthorn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 118-131.
- ENGLISH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. de J. Baptista Machado, 6.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- FERRERES COMELLA, Victor, “El principio de igualdad y el “derecho a no casarse” (A proposito de la STC 222/92)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 14, n.º 42.º, 1994, pp. 163-196.
- GALASSO, Alfredo, *Regime patrimoniale della famiglia. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, sob a direcção de Francesco Galgano, tomo I, Bologna, Zanichelli Editore, 2003.
- GERNHUBER, Joachim/COESTER-WALTJEN, Dagmar, *Familienrecht*, 5.ª ed., München, C. H. Beck, 2006.
- GIESEN, Dieter, *Familienrecht*, 2.ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.
- HAUSMANN, Rainer, *Nichteheliche Lebensgemeinschaften und Vermögensausgleich*, München, C. H. Beck, 1989.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed., reimpressão, Coimbra, Almedina, 2000.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis/SANCHO REBULLIDA, et alii, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*, vol. II, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 1989.
- , *Elementos de Derecho Civil. Familia*, vol. IV, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2005.
- LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992.
- , vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco, et alii, *Compendio de Derecho Civil. Familia*, Madrid, Dykinson, 2004.
- LOPES, José Joaquim Almeida, “A união de facto no direito português”, *Revista Española de Derecho Canonico*, n.º 50, 1993, pp. 243-250.
- MACHADO, J. Baptista, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1992.
- , *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 6.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1993.
- MATOS, Albino de, “União de facto e liberalidades”, *Temas de Direito Notarial*, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 106-139.
- MENDES, João de Castro, *Direito da Família*, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Lisboa, AAFDL, 1997.
- MOTA, Helena, “O problema normativo da família. Breve reflexão a propósito das medidas de protecção à união de facto adoptadas pela Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto”, in AAVV, *Estudos em Comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, Coimbra Editora, 2001, pp. 535-562.
- MUÑIZ GOÑI, Miguel López, *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia (guía práctica y jurisprudencia)*, 2.ª ed., Madrid, Editorial Colex, 1997.
- OLIVEIRA, Guilherme de, “Transformações do Direito da Família”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 763-779.
- PITÃO, França, *Unões de Facto e Economia Comum (Comentário crítico às Leis n.ºs 6/2001 e 7/2001, ambas de 11.05)*, Coimbra, Almedina, 2002.

- PITÃO, França, "Os novos casamentos ou a crise do casamento tradicional no direito português", in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 175-219.
- PRAGER, Susan Westerberg, "Sharing principles and the future of marital property law", *UCLA Law Review*, vol. 25, n.º 3, 1978, pp. 1-22.
- PROENÇA, J. J. Gonçalves, *Direito da Família*, 3.ª ed., Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2004.
- PROSPERI, Francesco, *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1980.
- , "Convivenza "more uxorio" e tutela della famiglia legittima: i limiti della rilevanza della "famiglia di fatto"", *Rassegna di Diritto Civile*, n.º 1, 1981, pp. 177-188.
- , "A proposito di una recente monografia in tema di "famiglia di fatto"", *Rassegna di Diritto Civile*, n.º 1, 1984, pp. 190-206.
- RAUSCHER, Thomas, *Familienrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2001.
- ROVIRA SUEIRO, Maria E., "La "familia de hecho" en Italia: estado actual de la cuestion", *Derecho Privado y Constitución*, ano 6, n.º 12, 1998, pp. 269-307.
- SANTOS, Eduardo dos, *Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1999.
- SGROI, M., "La famiglia di fatto", in AAVV, *Manuale del nuovo Diritto di Famiglia*, sob a direcção de G. Cassano, 2.ª ed., Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2003, pp. 269-326.
- SOUZA, Marnoco e, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, 3.ª ed., Coimbra, França Amado Editor, 1910.
- TOMMASINI, Raffaele, "La famiglia di fatto", in AAVV, *Trattato di Diritto Privato. Il Diritto di Famiglia*, sob a direcção de M. Bessone, tomo I, vol. IV, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999, pp. 497-518.
- VARELA, Antunes, *Direito da Família*, 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999.
- , *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2000.
- XAVIER, M.ª Rita A. G. Lobo, "Novas sobre a união "more uxorio" em Portugal", in AAVV, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2002, pp. 1393-1406.
- , "Unões de facto e pensão de sobrevivência — anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 195/03 e 88/04", *Jurisprudência Constitucional*, n.º 3, 2004, pp. 16-24.