



D TEXTOS DE
IREITO DA
FAMÍLIA

PARA FRANCISCO PEREIRA COELHO

Guilherme de Oliveira

COORDENAÇÃO

IMPRESA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
2016

OS FACTOS NO CASAMENTO E O DIREITO NA UNIÃO DE FACTO: BREVES OBSERVAÇÕES

Francisco Brito Pereira Coelho

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. A caracterização da união de facto como o *puro facto* da convivência em condições análogas às dos cônjuges – caracterização que não encerra especiais dificuldades¹ e, aliás, é explicitamente acolhida na lei² – permite estabelecer, de modo claro, a sua distinção em face do casamento.

De acordo com a perspectiva mais frequentemente seguida³, a qual se apoia aliás nas próprias definições legais dos dois institutos, o casamento, como se sabe, constitui um contrato – por conseguinte, um compromisso jurídico firmado entre os sujeitos, que se *vinculam* um em face do outro (seja qual for o exacto *objecto* e a *força* efectiva

¹ Apesar de alguns autores (v. C. PAMPLONA CORTE-REAL/J. SILVA PEREIRA, *Direito da Família, Tópicos para uma reflexão crítica*, 2ª ed., Lisboa, 2011, p. 150) confessarem “uma quase impotência técnica” para se obter o correcto enquadramento jurídico do instituto – isto, naturalmente, em face do quadro de efeitos que a lei associava à união de facto (o texto que citamos é anterior à Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, mas seguramente que a dita “impotência técnica”, na perspectiva adoptada pelos autores, se manteria após as alterações introduzidas por aquele diploma).

² Cfr. o art. 1º, nº 2, da Lei nº 7/2001, de 11 de Maio, com a redacção dada pela Lei nº 23/2010.

³ Assim, entre outros, F. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, Coimbra, 2008, ps. 52 ss.

dessa vinculação). A “plena comunhão de vida” que os cônjuges instituem entre si, e os comportamentos em que tal comunhão de vida se exprime, correspondem, no quadro do casamento, à *execução* ou *cumprimento* de deveres contratualmente assumidos⁴. Diversamente, a união de facto consiste apenas na *prática* (continuada) de tais comportamentos – os comportamentos associados à referida “comunhão de vida”⁵ – *sem que* tais comportamentos correspondam à execução ou cumprimento de qualquer obrigação contratual – tratando-se pois, nesta conformidade, de uma comunhão de vida *livremente* exercida, *fora* do quadro vinculativo de um contrato.

Dir-se-á, nesta sequência, que a união de facto de algum modo se aproxima de uma figura geral, bem conhecida da doutrina geral do acto (e do negócio) jurídico, que é a do “simples acordo”⁶: os sujeitos pretendem a produção de efeitos *práticos* – pretendem a produção dos efeitos práticos correspondentes à relação entre cônjuges, ou a uma relação análoga à que os cônjuges desenvolvem –, mas *não* pretendem que tais efeitos práticos sejam tutelados ou garantidos pelo direito. Das *duas* vontades em que se analisa o conteúdo declarativo no negócio jurídico, de acordo com a designada “teoria dos efeitos prático-jurídicos”⁷ – a vontade de produção de determinados efeitos práticos, e a vontade de que esses efeitos sejam tutelados pelo direito, e nessa medida sejam portanto, também, efeitos “jurídicos” –, está apenas presente, pois, a *primeira*: a vontade de produção

⁴ Neste sentido se dirá que os deveres conjugais fixados no art. 1672º do Código Civil consubstanciam o desenvolvimento ou a densificação do “*dever-quadro*” de constituição de uma “plena comunhão de vida”, o qual se acha previsto na própria noção legal de casamento do art. 1577º.

⁵ A comunhão (continuada) de “leito, mesa e habitação”, ou a convivência em condições análogas às dos cônjuges.

⁶ Ou “acordo de cavalheiros” (“*gentlemen’s agreement*”). V., sobre a figura, C. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2005, p. 382.

⁷ V. o nosso *Contratos complexos e complexos contratuais*, Coimbra, 2014, p. 91 e ss, e ainda C. MOTA PINTO, *cit.*, p. 381-2, e P. MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra, 1995, p. 45 e ss.

de efeitos práticos, que todavia *não querem* que sejam alcançados por via do direito. As partes *excluiriam* logo, pois, a *relevância jurídica* do compromisso, colocando-o assim fora da órbita ou da tutela do direito⁸ – o compromisso firmado e os comportamentos em que ele se concretizaria permaneceriam, por conseguinte, no puro domínio dos factos.

Simplesmente, como é fácil observar, e por um lado, tal consideração da união de facto como um “simple acordo” não faz luz, verdadeiramente, sobre a sua natureza: desloca o fulcro da união de facto para um (suposto) acordo inicial, e portanto para um *momento declarativo* inicial, quando o que é realmente *constitutivo* da união de facto é, sim, a (posterior) efectiva convivência em condições análogas às dos cônjuges, e por conseguinte o (posterior) “*momento executivo*” traduzido na prática dos actos correspondentes à efectiva execução das obrigações que normalmente impendem sobre os cônjuges.

E, por outro lado, afigura-se que a união de facto, definida como a definimos, tem uma *extensão* afinal *maior* que aquela que resulta das considerações precedentes. Também é união de facto, na realidade, a relação convivencial procedente de um casamento *inexistente* ou *inválido*. Nestas hipóteses o casamento também não teria vinculatividade jurídica (ressalvada a eventual produção de

⁸ Observe-se que, curiosamente, já foi questionada *a própria possibilidade* de os sujeitos excluírem a juridicidade naqueles negócios – como seria justamente o caso do casamento – disciplinados “na sua essência” por normas *imperativas* (v., neste sentido, Cariota-Ferrara, referido no nosso *Contratos complexos, cit.*, p. 99). Entendemos, todavia (tal como expomos em *Contratos complexos, cit.*, ps. 116-7), que nem mesmo em tais contratos se encontrará à partida proibida aquela convenção de exclusão. Tudo estará em saber se essas normas de ordem pública contendem com a própria atribuição de efeitos jurídicos ao compromisso firmado, e não apenas com o regime e efeitos do contrato (no caso de lhe serem atribuídos esses efeitos jurídicos). Por outras palavras, não se trata tanto de saber se tais normas de ordem pública afectam a liberdade de fixação do conteúdo contratual (e será este o caso do *casamento*), mas sobretudo de saber se essas normas afectam *a própria liberdade de contratação*, por isso que *só esta* contende com o problema da (in)admissibilidade da referida convenção de exclusão da eficácia jurídica.

efeitos putativos⁹) – mas agora não porque os sujeitos não quiseram vincular-se juridicamente, mas tão-somente em consequência da *ineficácia* do casamento. Diremos que, neste caso, a união de facto, longe de consubstanciar um “simples acordo” ou “acordo de cavalheiros”, apresentaria maior analogia com a figura, também conhecida da doutrina geral das obrigações, das “relações contratuais de facto”¹⁰: nestas como naquela, registar-se-iam os mesmos comportamentos materiais correspondentes à execução de obrigações contratuais típicas (no caso, das obrigações contratuais próprias do casamento), *sem que*, todavia, houvesse sido celebrado *um qualquer contrato* (ou um contrato *existente e válido*) entre os sujeitos – sem, pois, a presença do elemento “declarativo” (ou de um elemento declarativo existente e válido) inicial a que nos referimos. Em relação a este grupo de hipóteses – mas *apenas* em relação a ele, e sobretudo quando esteja em causa a inexistência ou invalidade resultantes de um vício *formal* – tem cabimento a afirmação, feita por alguns autores¹¹, de que a união de facto se

⁹ Nos termos dos arts. 1647º e 1648º do Código Civil.

¹⁰ Excogitada, como é sabido, por Haupt (v., sobre o tema, entre outros, o apontamento de L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 7ª ed., Coimbra, 2008, p. 505 e ss.), a categoria das relações contratuais de facto tinha por propósito fundamental, em termos práticos, *estender* a tais relações a *imposição* de determinadas *obrigações contratuais ainda que*, como se disse, não se divisasse propriamente um contrato celebrado (ou validamente celebrado) entre os sujeitos. Ora, e independentemente da óbvia discutibilidade da categoria enquanto categoria *autónoma* (v., neste sentido, L. MENEZES LEITÃO, cit., p. 511 e ss.) – discutibilidade que, aliás, explicará a actual decadência da doutrina das relações contratuais de facto, tanto entre nós como no próprio espaço jurídico de onde ela provém –, o que devemos observar é que, apesar da *aparente analogia* com a união de facto, aquele *propósito* fundamental *não tem aqui cabimento*. Efectivamente, se no âmbito das relações contratuais de facto se pressupõe que determinadas obrigações que seriam devidas no quadro de um normal contrato *ainda não* foram cumpridas – o referido propósito consiste precisamente em *impor* a uma das partes o cumprimento de tais obrigações –, já no âmbito da união de facto se pressupõe, pelo contrário, que as obrigações matrimoniais (já *são normalmente cumpridas*, sendo esse, aliás, um *pressuposto* que resulta do próprio conceito de união de facto.

¹¹ Assim, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Notas sobre a Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)*, in *«Jus Familiaee – Revista Portuguesa de*

apresentaria, de algum modo, como uma espécie de casamento *informal*.

Diremos, pois, que *não existe* afinal *unidade* na figura da união de facto: à diversidade de motivos ou circunstâncias que podem levar à união de facto corresponde, se bem virmos, uma *diversidade no respectivo enquadramento jurídico*. E a esta diversidade no seu enquadramento jurídico podem achar-se associados, também, diversos âmbitos de *protecção* ou reconhecimento jurídico¹².

2. Seja como for, a referida diferença fundamental entre o casamento e *qualquer forma* de união de facto – o casamento como um compromisso *jurídico* gerador de *obrigações*, a união de facto como o *puro facto* da convivência em condições análogas às dos cônjuges, *sem* o intento de estabelecer um vínculo jurídico ou *sem* a possibilidade de esse vínculo se estabelecer –, diferença que, como vimos, vem sendo evidenciada pela generalidade dos autores, não impede que, como é fácil perceber, esse *puro facto* que é a união de facto possa produzir efeitos *jurídicos*¹³.

Direito da Família», Ano 7, n.º 14, Coimbra, Julho/Dezembro de 2010, p. 140 (ainda que colocando-se sobretudo numa perspectiva *de jure condendo*), e C. PAMPLONA CORTE-REAL/J. SILVA PEREIRA, *cit.*, p. 153.

¹² Designadamente, se for celebrado casamento com *impedimento* dirimente (sendo por isso o casamento inválido), e havendo uma “união de facto” subsequente, naturalmente que não poderão aplicar-se-lhe os efeitos protectivos estabelecidos para a união de facto – a não ser através dos eventuais efeitos putativos do casamento, que nesse caso *absorverão* aqueles efeitos protectivos. Cabe aliás observar que, tal como a invalidade do casamento não impede a produção de efeitos putativos, se se verificarem os seus pressupostos, assim também a “invalidade” da união de facto – quer dizer, a sua “ineficácia” em consequência das circunstâncias previstas no art. 2.º da Lei n.º 7/2001 – não deverá impedir que operem os respectivos e feitos no caso de se registarem, em relação à união de facto, e feitas as necessárias adaptações, os pressupostos de produção de efeitos putativos (os quais se reportam fundamentalmente à boa fé dos sujeitos).

¹³ Pretendendo, todavia, que haveria um “contra-senso” legal na consideração da união de facto (pela própria lei) como uma “realidade fáctica” quando simultaneamente lhe são atribuídos, pela mesma lei, efeitos jurídicos extensos e significativos, v. C. PAMPLONA CORTE-REAL/J. SILVA PEREIRA, *cit.*, p. 147. Como sublinhamos no texto, não vemos porém que haja aí qualquer “contra-senso”: sendo um acto de na-

Efectivamente, quando se diz que a união de facto é apenas um facto, o que se pretende dizer é que *não* tem a natureza de *negócio jurídico*. Não poderá por isso produzir efeitos *negociais* ou “*directos*” como aqueles a que, radicando directamente na vontade dos sujeitos nessa direcção, tende um comum negócio jurídico – como aqueles a que, precisamente, tenderia o casamento¹⁴.

Mas naturalmente que a lei pode determinar a produção de efeitos de *outra* natureza – efeitos, pois, *indirectos* ou *legais* –, tendo em consideração o facto de haver uma comunhão de vida prolongada entre duas pessoas e o eventual interesse protectivo (ou um interesse de outro tipo) que essa convivência lhe possa merecer¹⁵. Nesta medida diremos que a união de facto, se não é ou não procede de um negócio jurídico, por lhe faltar a referida vontade de vinculação

tureza *não* *negocial*, a união de facto não deixa de poder produzir efeitos jurídicos (que, como é óbvio, o ordenamento jurídico pode associar-lhe), sendo pois, nessa medida, um acto *jurídico*.

¹⁴ O facto de os efeitos principais do casamento terem essa natureza de efeitos negociais, que portanto assentam numa vontade (negocial) nessa direcção, não impede que a *lei* possa intervir *imperativamente* nesse campo, *impondo* determinadas consequências ou uma sua particular configuração. É precisamente o que sucede com os deveres pessoais dos cônjuges, os quais, representando deveres impostos reciprocamente aos cônjuges, de modo *imperativo* – isto pelo menos numa consideração *literal* de tais deveres, e abstraindo portanto da sua *flexibilidade* no momento da sua execução, ou da própria discutibilidade da sua caracterização como “deveres” tendo em conta o quadro de consequências que hoje a lei associa ao seu incumprimento –, não deixam todavia de ser os efeitos *negociais* a que directamente, e de modo principal, se dirigem as declarações de vontade dos nubentes.

¹⁵ Rejeitamos pois aqui o argumento de que, como na união de facto os companheiros não assumiriam deveres, também não poderiam beneficiar dos diversos direitos que a lei concede às pessoas casadas. Tal argumento, que julgamos historicamente datado (supomos mesmo que hoje já não será subscrito pelos próprios autores que o usaram), assenta numa espécie de “sinalagma” que efectivamente não existe: os deveres conjugais têm o seu correspondente “sinalagmático” nos correspondentes direitos do outro cônjuge (o sinalagma existe pois na relação *interna* entre os cônjuges), não nos benefícios que a lei concede, por razões várias, àqueles que estão ou estiveram casados. Sobre essa distinção entre o “estatuto privado” e o “estatuto social”, no sentido de que a um “estatuto privado” de ausência de deveres conjugais não poderia corresponder um “estatuto social” de pretensão de obtenção dos benefícios reservados aos casados, v. RITA L. XAVIER, *Novas sobre a União de Facto “more uxorio” em Portugal*, in «AAVV, Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Almeida Costa», Lisboa, 2002, ps. 1398 e ss.

no plano jurídico, ou em consequência da sua ineficácia, não deixa de constituir um *simples acto jurídico*, um acto produtor de efeitos *jurídicos* diversos, de maior ou menor extensão ou significado – à união de facto não corresponde pois um qualquer *estatuto negocial* (um qualquer quadro de efeitos *negociais*), mas apenas um *estatuto legal*¹⁶. Já o casamento, constituindo como vimos um negócio jurídico, tendente à produção de certos efeitos que os sujeitos pretendem sejam tutelados pelo direito, tem o seu próprio estatuto *negocial*, correspondente ao quadro de efeitos *essenciais* visados normalmente pelos nubentes; tal como terá o seu estatuto *legal*, correspondente ao largo conjunto de efeitos *não essenciais* (laterais, indirectos ou eventuais) que o ordenamento jurídico associa ao estado matrimonial.

3. Estas, pois – assim descritas de modo sumário –, a *analogia* e a *diferença* entre a união de facto e o casamento.

Ora, registadas tal analogia e tal diferença, torna-se evidente que, no presente quadro regulativo, não pode, *por um lado*, ser *recusada* liminarmente a possibilidade de aplicação, à união de facto, de normas pertencentes ao regime do casamento, a pretexto de que o casamento representaria um compromisso constitutivo de deveres jurídicos (e outros efeitos juridicamente tutelados)¹⁷, e portanto *nunca* haveria uma analogia, em tal sentido. Na realidade, desde que se trate de efeitos *indirectos* ou *legais* do casamento, e de efeitos fundados na simples existência de uma comunhão de vida – *independentemente*, pois, de esta comunhão representar o cumprimento de um *dever jurídico* procedente de um contrato –, é óbvio que pode

¹⁶ Porque os efeitos da união de facto são apenas, como dizemos no texto, seus efeitos legais ou “indirectos”.

¹⁷ E dotado de uma determinada *garantia jurídica de durabilidade* – o que se traduziria quer na proibição de aposição de condição ou termo resolutivos, quer sobretudo num (ainda) relativamente apertado quadro de restrições às possibilidades de *cessação* do casamento.

haver analogia relevante, a qual resultará aliás da *própria definição* da união de facto como a comunhão de vida em condições *análogas* às do casamento¹⁸.

Por outro lado, também não pode, no actual quadro legislativo, ser liminarmente afirmada uma *genérica* aplicação analógica de *todas* as normas do casamento¹⁹. Além de tal aplicação só poder abranger, como parece evidente, os referidos efeitos legais ou indirectos do casamento²⁰, sempre teria de se apurar, *caso a caso*, quais os *interesses* em presença e a *ratio* da norma eventualmente aplicável – pois só assim se pode fundar uma aplicação em via analógica. E, de qualquer modo, não pode deixar de ter-se em conta que a nossa lei parece ter tido o intuito de fixar um quadro *limitado* de efeitos – o quadro de efeitos constante da Lei nº 7/2001 –, pelo que

¹⁸ Um exemplo conhecido desta *possível* aplicação analógica de normas do casamento, encontramos-lo na (possível) responsabilização de *ambos* os unidos por dívidas contraídas para acorrer aos encargos da vida familiar. Sobre este ponto – e, em particular, sobre a inclusão no Decreto da Assembleia da República nº 349/X, de 2009, de uma disposição que previa precisamente a comunicabilidade de tais dívidas, disposição que todavia acabou por não passar para o texto da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto –, v. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Notas, cit.*, p. 150 ss. e F. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso, cit.*, p. 75-6 e 409. Observamos, porém, que não nos parece que a referida analogia se funde na *aparência de casamento* que existiria na união de facto, aparência que justificaria que terceiros (credores) merecessem a mesma protecção que a lei lhes dispensa quando o sujeito que contrai a dívida é casado (afirmando essa “confiança” na “aparência de vida matrimonial”, v. os autores atrás citados). Além de não haver propriamente uma “aparência de casamento” – pelo menos, não mais que uma aparência de... união de facto –, e de não ser crível que o credor investigue o estado civil do devedor, supomos que o que funda o art. 1691º, nº 1, al. b), são não tanto razões “externas” como essas, antes razões “*internas*” relacionadas com a existência de uma prática de *vida em comum*, e portanto com a *razoabilidade* de, sendo a dívida contraída para acorrer aos encargos relativos a essa vida em comum, *ambos* os sujeitos deverem responder por essas dívidas.

¹⁹ No sentido de uma ampla aplicação analógica das normas do casamento – incluindo-se nessa aplicação analógica, note-se, os arts. 2133º e 2157º do Código Civil (ou seja, a extensão ao unido de facto sobrevivido da qualidade de herdeiro legítimo e legitimário!) – v. C. PAMPLONA CORTE-REAL/J. SILVA PEREIRA, *cit.*, p. 153 ss.

²⁰ Pois que julgamos que os seus efeitos directos ou negociais *ninguém* pretenderia aplicar analogicamente à união de facto. Mas deve registar-se que tal distinção entre efeitos negociais e efeitos legais, se é clara em abstracto, pode não ser fácil de fazer *em concreto*.

se afigura que tal intuito impede uma aplicação analógica *irrestrita* das normas do casamento.

4. Seja como for, parece que, sobretudo com os últimos desenvolvimentos legislativos registados quer na regulação da união de facto (com as alterações à Lei n° 7/2001 introduzidas pela Lei n° 23/2010, de 30 de Agosto), quer, fundamentalmente, na regulação do casamento (em consequência da profunda reforma operada pela Lei n° 61/2008, de 31 de Outubro), a referida *diferença* entre os dois institutos – a diferença, recorde-se, traduzida em não haver na união de facto uma *vontade de vinculação no plano jurídico*, e por conseguinte a comunhão de vida praticada entre os unidos não corresponder ao cumprimento de quaisquer *deveres* conjugais – ficou consideravelmente *esbatida*. Podendo mesmo interrogar-nos se, tendo em conta tais desenvolvimentos, permanece afinal qualquer diferença substancial entre os dois institutos.

Senão vejamos.

a) No que se reporta ao regime do *casamento*, vem-se assistindo, *em primeiro lugar* – num movimento que, como é sabido, é muito anterior à Reforma de 2008 –, a uma progressiva *desregulação* ou *deslegalização* do casamento. O direito afasta-se ou desinteressa-se cada vez mais da regulação do casamento²¹, sobretudo da sua regulação em termos *imperativos*. E isto não apenas no campo dos efeitos *patrimoniais* do casamento, em que já se registava uma larga margem de autonomia dos cônjuges²², mas sobretudo no dos

²¹ Fala-se correntemente, a este propósito, de uma retirada ou recuo do direito (“*retrait du droit*”).

²² Presente, sobretudo, na liberdade de selecção do regime de bens (art. 1698° do Código Civil). Mas é óbvio que permanecem limites à autonomia patrimonial dos cônjuges com algum significado, como sucede com a subsistência de um princípio como o da imutabilidade dos regimes de bens, ou com a subsistência de um regime patrimonial “primário” (fundamentalmente no que toca ao regime de administração e disposição dos bens do casal, e ao regime da responsabilidade por dívidas) em que é explicitamente proclamada uma regra de imperatividade (art. 1699° do Código

seus efeitos *pessoais*. Aqui, o conjunto de disposições contidas no Código Civil limita-se a fixar os “deveres pessoais” dos cônjuges um em face do outro e pouco mais; e, se tais deveres devem ser lidos como impostos imperativamente, é também verdade que, como há muito se vem entendendo – e corresponde mesmo a uma evidência imposta pela especialidade da relação interconjugal –, os *modos de execução* de tais deveres conjugais não obedecem a um *padrão único*, podendo *variar* em função de uma multiplicidade de factores (como a própria personalidade dos cônjuges, o seu modo de relacionamento, a sua capacidade de tolerância, etc.). Aliás, ao mesmo tempo que se desinteressa da regulação (sobretudo imperativa) do casamento, o direito permite simultaneamente que sejam os cônjuges a proceder eles mesmos à conclusão de “acordos sobre a orientação da vida em comum”²³ – neste campo, pois, dir-se-á que cada vez mais a “auto-regulação” convencional ocupa o espaço deixado pela hetero-regulação legal.

b) Em *segundo* lugar, e em conexão com esta ideia de progressiva desregulação do casamento, deparamos com o progressivo *afrouxamento* dos deveres conjugais. É verdade que, como já dissemos, sempre se reconheceu que tais deveres apresentariam uma particular

Civil). Não tratamos todavia, no presente contexto, nem da possível incongruência entre aquela autonomia e estes constrangimentos imperativos, nem da discutibilidade das razões em que é costume fundar estes limites imperativos – uma espécie de ordem pública matrimonial no campo patrimonial, ligada à tutela do interesse (patrimonial) de um dos cônjuges, putativamente mais débil, ou, porventura, à defesa de interesses de terceiros (designadamente credores).

²³ Nos termos do art. 1671º. Julgamos a este propósito, porém, que o “acordo” a que se refere a disposição é mais o acordo pontualmente necessário para a tomada de *cada* decisão que integra a dita “vida em comum” do que propriamente um “grande acordo” que, *no início* da vigência do casamento, fixaria *genericamente* os quadros em que se moveria a vida comum dos cônjuges – é mais, neste sentido, diríamos, o *acordo-autorização* que o *acordo-contrato*. Ainda que se tratasse sempre de um contrato-quadro, dotado de um grau mais ligeiro de força vinculativa – pelo que se falará assim de um princípio de proibição de uma auto-regulação vinculativa estrita.

flexibilidade no momento da sua concreta execução²⁴. Mas é óbvio que, descontada essa – aliás evidente – flexibilidade, os deveres conjugais não deixaram de ser vistos verdadeiros *deveres jurídicos*, ao menos para *alguns efeitos*. Hoje, porém, após a Reforma de 2008, deve reconhecer-se que passou a ser difícil descortinar nos deveres conjugais *qualquer marca característica* de um verdadeiro e próprio dever jurídico, tanto no plano das *consequências indenizatórias* do seu incumprimento como no das correspondentes *consequências “resolutórias”* (quer dizer, em matéria de divórcio).

No plano das possíveis consequências *indenizatórias* do seu incumprimento, observe-se, aliás, que já há muito se entende – maioritariamente, entre nós, ao que julgamos saber – que a indenizabilidade de danos não patrimoniais resultantes da violação de deveres conjugais não se aplicaria aos deveres (“relativos”) *especificamente* conjugais²⁵. A circunstância de a Reforma de 2008 até ter vindo introduzir explicitamente a possibilidade de reparação por danos não patrimoniais – diversamente do que sucedia na anterior versão do art. 1792º do Código Civil, a qual se referia *apenas* aos danos não patrimoniais *resultantes do divórcio* –, mas tendo o cuidado de estabelecer que essa reparação se fará “nos termos gerais da responsabilidade civil”²⁶, parece pois não significar, em rigor, um

²⁴ Havendo mesmo quem os degradasse a simples desenvolvimentos ou manifestações de um único e amplo dever conjugal de instituir e manter uma plena comunhão de vida (neste sentido, C. PAMPLONA CORTE-REAL/J. SILVA PEREIRA, *cit.*, p. 130). Aliás, o *BGB* já não enumera qualquer *elenco de deveres* conjugais, limitando-se a impor genericamente (no § 1353) que os cônjuges adotem ...uma comunhão de vida (ainda que nas disposições subsequentes se disponha, de modo mais circunstanciado, acerca do modo de exercício da assistência entre cônjuges).

²⁵ Ou seja, àqueles deveres que *nascem com o casamento*, correspondendo pois a direitos estritamente *relativos* – como sucede expressivamente com os deveres de coabitação e de fidelidade. É sobretudo esta irrelevância para efeitos indenizatórios que dá corpo, como se sabe, à ideia da “fragilidade da garantia” dos direitos – pelo menos, *destes* direitos – familiares.

²⁶ É certo que tal expressão, em si mesma, não tem forçosamente, de modo claro, esse preciso sentido – se é que tem algum sentido claro. Mas parece ter sido esse o propósito do legislador (v. GUILHERME DE OLIVEIRA, *A nova lei do divórcio*, in

alargamento do âmbito da indemnizabilidade – antes, justamente, a consagração da doutrina já então maioritária, a qual, repete-se, já admitia o ressarcimento de danos não patrimoniais procedentes da violação de direitos absolutos²⁷.

No plano dos possíveis efeitos – diríamos – “*resolutórios*”²⁸ do incumprimento dos deveres conjugais, também hoje, após a Reforma de 2008, e como é sabido, a “*violação culposa dos deveres conjugais*” deixou de constituir fundamento de divórcio. É certo que pode dizer-se que, sendo agora irrelevante a *culpa*, a violação dos deveres conjugais continuaria ainda a relevar – agora, repete-se, independentemente de culpa – enquanto *manifestação* de uma possível *ruptura definitiva* do casamento, nos termos da al. d) do art. 1781º do Código Civil. Com tal alcance se poderia portanto admitir que a “*violação dos deveres conjugais*” teria ainda importância prática, e que os “*deveres conjugais*” manteriam, pois, a este nível, a sua marca de verdadeiros “*deveres*”. Tomando como referência o regime geral do incumprimento das obrigações, dir-se-ia que a lei desconsideraria a *culpa* no incumprimento, mas este conservaria o seu relevo no que se reportasse às consequências resolutórias do *incumprimento não imputável* ao devedor: tal como o incumprimento não imputável

«*Jus Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família», Ano VII, nº 13, Coimbra, 2010, p. 21): a remissão para os “*termos gerais da responsabilidade civil*” significará justamente que só se dará a reparação dos danos (não patrimoniais) sofridos por um dos cônjuges se tais danos forem indemnizáveis *independentemente da sua situação de cônjuges* – significará, pois, que essa reparação só será possível se se tratar de violação de direitos *absolutos* (porquanto se desconsidera a *relação especificamente conjugal*, e os direitos “*relativos*” nela inscritos)

²⁷ Só podendo ser exercido o direito a indemnização, em princípio, *com o divórcio – não antes disso*. Note-se, de resto que a discussão era já travada antes de 2008, atento o silêncio da lei; mas hoje o ponto está, aparentemente, resolvido: a localização sistemática do art. 1792º mostra tratar-se de um *efeito do divórcio*.

²⁸ Quando dizemos “*resolutórios*” pretendemos referir-nos, como é óbvio, ao funcionamento do incumprimento dos deveres conjugais como causa ou fundamento do *divórcio*.

ao devedor pode levar à resolução do contrato²⁹, assim também a violação dos deveres conjugais, independentemente da culpa de qualquer dos cônjuges – culpa que, justamente, é hoje desconsiderada –, constitui, por essa via, fundamento de divórcio. Estamos em crer, porém, que este caminho parece insuficiente para que se possa falar de verdadeiros deveres conjugais, para este efeito: a “*impossibilidade de cumprimento*” não imputável ao devedor prevista nos arts. 790º e ss do Código Civil é *coisa diversa do voluntário* incumprimento de deveres conjugais com desconsideração da culpa por parte da

²⁹ Mas devemos observar que, no art. 795º do Código Civil, a lei se confina a estabelecer que o credor fica “desobrigado” da contraprestação (liberação que aliás não é absoluta no caso de essa contraprestação já ter sido efectuada, pois que a lei se limita, em tal caso, a determinar a sua restituição nos termos do enriquecimento sem causa), não se pronunciando propriamente sobre a *modalidade jurídica* da *extinção ou cessação dos efeitos negociais*. Por outras palavras, a lei diz-nos o que sucede às obrigações ou às prestações contratuais, mas não nos esclarece sobre o que sucede ao *próprio contrato* (bilateral), que *naturalmente* vê cessarem ou extinguirem-se os seus efeitos em consequência daquela impossibilidade. Ora, uma primeira qualificação possível desta extinção ou cessação é a de *resolução contratual*: não apenas é esse o mecanismo tecnicamente adequado à vicissitude aqui verificada (uma vicissitude relativa à *execução* contratual e surgida *nessa* execução, e que afecta o equilíbrio prestacional e a actuação do programa contratual por forma a que um dos sujeitos (pele menos um) possa desvincular-se do contrato), como também é a própria *lei* a referir-se expressamente à “resolução” no art. 793º, a respeito da impossibilidade (igualmente não imputável) meramente parcial. É certo que a resolução resultante do art. 795º se dá aqui como que “automaticamente”, não estabelecendo a lei, de forma explícita, um direito que o credor/devedor possa ou não exercer, em função do seu interesse, como sucede nas hipóteses especiais previstas no art. 793º, nº 2 (caso em que o credor tem *alternativa* à resolução contratual, a qual será justamente a *manutenção* do contrato, confinada à parte possível da prestação e à respectiva contraprestação, conquanto aqui se deva também entender que em relação à *outra* parte da prestação, a parte “impossível”, se dá igualmente uma resolução parcial) e no art. 801º, nº 2 (caso em que o credor pode ter ainda interesse em efectuar a prestação que lhe cabe, não procedendo pois à resolução do contrato). Será em razão da referida automaticidade que talvez seja preferível uma outra qualificação: tratar-se-ia antes de uma caducidade (neste sentido, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, 2008, p. 122), o que aliás se acha em conformidade com a expressa opção legislativa no caso de perda da coisa locada (art. 1051º, al. f), do Código Civil) e em outras hipóteses congéneres. Mas, além de que se trataria, em qualquer caso, de uma caducidade atípica (dados, designadamente, os efeitos tendencialmente *ex tunc* que lhe correspondem), o que é certo é que o que se acha em debate é um simples problema de construção/qualificação, o qual deve como tal ser desvalorizado.

lei, como resulta do art. 1781º. Diríamos, nesta conformidade, que foi o próprio legislador a desvalorizar o casamento, que não é já um compromisso gerador de *deveres* que tenham de ser cumpridos, mas apenas um acordo que marca o início de uma comunhão de vida, no quadro da qual *se espera* que os cônjuges adotem certo comportamento, que eles apenas adotarão, evidentemente, *enquanto* durar essa comunhão. Teríamos portanto aqui uma categoria dogmática *diversa* do dever jurídico.

Concluímos, pois, que os deveres conjugais se acham hoje *esvaziados* das normais características de um dever jurídico. Das *faculdades* em que se analisa o *direito de crédito*, no regime geral das obrigações – as faculdades de exigir o cumprimento, de promover a execução específica, de indemnização em caso de incumprimento, de uso da *exceptio* ou do *commodum*, de transmitir ou reemitir o crédito, de resolver o contrato por incumprimento, etc. – poucas ou nenhuma estão presentes nos deveres (ou nos “créditos”) conjugais. Por este lado também, por conseguinte, se esbate a distância entre o casamento e a união de facto. Na realidade, parece não ter sentido insistir-se na ideia de que, ao contrário da união de facto, o casamento representa um *compromisso*, em que os sujeitos são portadores de uma *vontade de vinculação*, quando o que sucede hoje é que o direito *não lhes proporciona* essa vinculação – aliás, não lhe proporciona nem *permite* essa vinculação.

c) Mas o referido esbatimento da distância entre o casamento e a união de facto podemos ainda registá-lo, em *terceiro* lugar, no que se reporta à *cessação* do casamento. Deixando de lado o divórcio por mútuo consentimento³⁰, verificamos que ao anterior quadro de

³⁰ No âmbito do qual, aliás, se vem assistindo a uma progressiva facilitação, quer no que toca à inexistência de qualquer prazo de duração efectiva do casamento, quer no que se refere ao procedimento a observar. Note-se, a este último propósito, que a nossa lei deixou de exigir, após a Reforma de 2008, e como condição para

fundamentos de divórcio litigioso – que como se sabe incluía, ao lado da *causa indeterminada subjectiva* traduzida na violação culposa dos deveres conjugais, apenas três causas *determinadas objectivas* – sucedeu, após 2008, um quadro mais aberto que admite o divórcio com base na prova de qualquer facto que, independentemente da culpa de qualquer dos cônjuges, mostre a ruptura definitiva do casamento. Ao velho casamento tendencialmente perpétuo, sujeito a um controlo apertado da sua cessação – nas suas condições e nos seus procedimentos –, sucedeu pois um novo casamento, que poderá cessar sempre que se verifique a referida ruptura – que poderá cessar *juridicamente*, diríamos, *sempre* que (mas *apenas* se) houver cessado no plano dos *factos*.

Dir-se-á, nesta conformidade, que sob este aspecto a distância que separa hoje o casamento da união de facto ainda é *alguma*, mas é certamente *mínima*.

É óbvio haver ainda *alguma* diferença, quanto à “facilidade” da sua cessação, entre o casamento e a união de facto. Esta cessa, como é claro, quando cessar o *facto* da união – ou não se tratasse de uma realidade puramente fáctica –, *facto* que pode cessar pelo simples afastamento *unilateral* de um dos conviventes. Já o casamento permanece de algum modo um vínculo “formal”, no sentido em que subsiste independentemente da subsistência de uma efectiva comunhão de vida³¹. E, diversamente do que sucede com a generalidade dos contratos patrimoniais duradouros – que podem cessar, em regra, por simples *denúncia* unilateral *ad nutum* –, para a cessação do casamento não basta essa declaração unilateral *ad nutum*, exigindo

o decretamento do divórcio por mútuo consentimento, que os cônjuges tenham chegado a acordo sobre as matérias “complementares” a que se refere o art. 1775º do Código Civil.

³¹ Registe-se, porém, que a *separação de facto* – que representa uma como que *suspensão* do casamento no plano dos factos – não é ignorada pela lei, que a dota de um *estatuto próprio*, para diversíssimos efeitos (os quais não vamos aqui tratar), constituindo pois também, em alguma medida, uma suspensão *jurídica* do casamento.

a lei, como sabemos, a prova de factos *objectivos*³² que mostrem *uma ruptura* já verificada, nas condições do art. 1781º do Código Civil.

Tal diferença, todavia, afigura-se *mínima*. Em primeiro lugar, verificada uma situação de ruptura, *qualquer* dos cônjuges pode deduzir um pedido de divórcio. E, em segundo lugar, deve reconhecer-se que, *mesmo que* não se haja ainda verificado uma situação de ruptura, qualquer dos cônjuges pode, se bem vírmos, *provocar de facto uma situação de ruptura* (designadamente “forçando” uma separação de facto) se efectivamente quiser divorciar-se³³. Observe-se, aliás, que, no próprio regime geral das obrigações, tende a considerar-se que a *manifestação do propósito de não cumprir a obrigação*, quando tal manifestação for inequívoca, consciente, definitiva e peremptória, deve ser equiparada a um *incumprimento efectivo*³⁴.

Por este lado também, pois, perde sentido a ideia de que, no casamento, os sujeitos são portadores de uma vontade de *vincu-*

³² Não bastando, pois, que um dos cônjuges alegue, p. ex., que “já não ama o outro” ou deseja seguir “um diferente projecto de vida”, nem, por maioria de razão, a manifestação de um simples *propósito de provocar a ruptura*. Vemos com alguma dificuldade, porém, que o julgador possa interferir, com o seu crivo pessoal, no juízo próprio de quem está dentro da relação, pelo que a avaliação da existência de uma ruptura definitiva do casamento deveria fazer-se sobretudo, estamos em crer, em função da óptica ou da *avaliação* do cônjuge.

³³ Pergunta-se, pois, qual a lógica que preside a esta exigência de uma ruptura já verificada: se um dos cônjuges *declara o propósito* de criar uma situação de ruptura, não se entende porque a lei tem de esperar que essa ruptura se dê – não se entende porque a lei tem de esperar que, p. ex., o conflito *se instale efectivamente* no relacionamento conjugal. Pode pensar-se que o nosso legislador não terá tido a coragem de introduzir um sistema de divórcio “a pedido”, no qual terá porventura pensado – mas da exposição de motivos que acompanha o projecto de lei que está na base da Lei nº 61/2008 não se retira qualquer sugestão segura de que um sistema de divórcio “a pedido” haja sido efectivamente considerado.

³⁴ E isto, precisamente, em consequência da *absoluta inutilidade*, em tal caso, de uma interpelação (ou do decurso do prazo convencionado) para constituir o devedor em mora, ou mesmo de uma interpelação admonitória para o credor poder resolver o contrato. V., sobre a recusa de cumprimento (ou declaração antecipada de não cumprimento), e a sua equiparação ao incumprimento efectivo (definitivo, possibilitando pois a resolução do contrato pelo credor, ou pelo menos provisório, com a constituição do devedor em mora), L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, II, *cit.*, p. 236.

lação – agora neste plano da *perdurabilidade* do casamento –, porquanto o próprio direito acaba por *não lhes proporcionar* tal vinculação.

d) E se em matéria de *efeitos pessoais* o casamento se acha cada vez mais reduzido aos *factos* em que se traduz a comunhão de vida, praticada *como* for praticada e *enquanto* for praticada – sem a cobertura jurídica de uma estrita vinculação mediante a imposição de verdadeiros deveres jurídicos, e sem restrições efectivas à sua cessação logo que deflagrar uma situação de facto de ruptura da comunhão –, se em matéria de efeitos pessoais, dizíamos, as coisas são assim, também no domínio dos *efeitos patrimoniais* o casamento parece aproximar-se cada vez mais da união de facto, ainda que agora em moldes diversos.

No casamento, vale actualmente uma *larguíssima margem de autonomia*, expressa fundamentalmente, mas não apenas, na liberdade de celebração de convenções antenupciais e de fixação de regimes de bens³⁵ – aliás, como é sabido, nas convenções antenupciais pode não apenas fixar-se o regime de bens mas também incluir-se outras estipulações convencionais, de carácter patrimonial ou até de carácter pessoal. É certo que a lei sujeita os cônjuges a uma densa e complexa teia de regras destinadas à disciplina do seu relacionamento patrimonial; e que, dentro desse conjunto de regras, permanecem alguns *limites imperativos* a tal autonomia³⁶, fundados principalmente – digamo-lo de modo abreviado – em interesses de *terceiros* (fundamentalmente credores), ou no interesse de *um dos cônjuges*, presumivelmente mais débil, ou em geral na garantia de uma rela-

³⁵ Art. 1698º do Código Civil.

³⁶ V., sobre o tema, a extensa e profunda análise monográfica de RITA L. XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, 2000.

ção de efectiva *igualdade* entre os cônjuges³⁷. Mas observe-se que alguns desses limites tendem a ser progressivamente abandonados pela generalidade das legislações³⁸, enquanto outros, como é fácil demonstrar, se defrontam com incongruências no próprio quadro legislativo português actual³⁹.

Na união de facto, por seu turno, parece valer um *princípio geral de autonomia e informalidade*⁴⁰. Dir-se-á, aliás, que é isso mesmo que os conviventes se propõem – não apenas, como sabemos, no plano pessoal, mas também neste plano patrimonial.

Simplesmente, tal não impede, *por um lado*, que os sujeitos celebrem, se assim quiserem, um contrato (habitualmente designado de “*contrato de coabitação*”) que funcionaria como um esquema regulador do seu relacionamento patrimonial, no âmbito do qual os conviventes, por via da estipulação de cláusulas sobre a pro-

³⁷ Em obediência, de resto, ao princípio constitucional com esse mesmo sentido (art. 36º, nº 3, da Constituição)

³⁸ Como sucede, expressivamente, com o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e dos regimes de bens. V., sobre o ponto, F. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso, cit.*, p. 498-500.

³⁹ P. ex., a lei estabelece a imperatividade do regime de administração dos bens do casal (art. 1699º, nº 1, al. c), do Código Civil), mas simultaneamente admite que um dos cônjuges, mediante *mandato*, tenha a administração exclusiva dos bens comuns ou dos bens próprios do outro (art. 1678º, nº 1, al. g)). E também parece haver alguma incongruência, em certos pontos, entre o regime da propriedade e o da responsabilidade por dívidas (pode p. ex. suceder que seja *exclusiva* a responsabilidade pela dívida do preço de um bem que, em propriedade, é *comum* a ambos – v., a tal respeito, o curto apontamento de C. PAMPLONA CORTE-REAL/J. SILVA PEREIRA, *cit.*, p. 169) ou entre o regime da administração de bens e o da responsabilidade por dívidas (v. F. P. COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso, cit.*, p. 406). De igual modo, se é verdade que é imperativa a regra da *metade* que preside à “estrutura” do património comum do casal e à respectiva partilha (art. 1730º), também é verdade que, através do recurso à via da sub-rogação real, os cônjuges podem, em muitos casos, logo no momento da aquisição do bem, adquiri-lo em *compropriedade* e aí fixar quotas *diferentes* para um e outro cônjuges (possibilidade, esta, não prevista explicitamente na lei, mas que resulta, de modo evidente, do art. 1723º, al. c), do Código Civil, em articulação com as regras gerais da compropriedade – v. F. P. COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso, cit.*, p. 518).

⁴⁰ Sendo os problemas que se suscitam no âmbito do seu relacionamento patrimonial decididos *caso a caso*, de acordo com as *regras gerais*.

priedade dos bens adquiridos após o início da união de facto⁴¹, ou sobre o modo de administração dos bens próprios de cada um ou dos adquiridos em compropriedade, ou sobre outras matérias afins, fixariam afinal um quadro regulativo *equivalente* ao que existe no

⁴¹ Fazemos aqui duas observações.

Em primeiro lugar, repare-se que o Decreto n° 349/X (que está na base da Lei n° 23/2010, de 30 de Agosto) previa expressamente, no seu art. 5°-A (n° 1), que os conviventes pudessem “estipular cláusulas sobre a propriedade dos bens adquiridos durante a união” – tal como previa, de igual modo, que se presumiria, independentemente da estipulação de tais cláusulas, a compropriedade dos móveis (n° 2). A circunstância de tal disposição não haver passado para o articulado do texto legislativo não nos parece que signifique, de modo claro, uma *proibição* da estipulação daquelas cláusulas, ou o afastamento puro e simples do funcionamento da referida presunção. Por um lado, a estipulação de cláusulas “sobre a propriedade”, como aliás de quaisquer outras cláusulas destinadas à (auto-)regulação das relações e interesses patrimoniais dos conviventes, constitui uma faculdade que resultaria já das regras *gerais*, no quadro da autonomia negocial *normal* (neste sentido, aliás, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Notas, cit.*, p. 150). Por outro lado, a presunção de compropriedade dos móveis também resultará, estamos em crer, de uma *analogia* tirada da presunção do mesmo teor estabelecida no art. 1736°, n° 2, do Código Civil – supondo nós que neste caso a analogia é indiscutível, dado serem idênticas as *circunstâncias “convivenciais”* no âmbito das quais são adquiridos os bens móveis (se é *normal* que os móveis sejam adquiridos com o contributo de ambos os cônjuges, normal é também que o sejam se se tratar de simples unidos de facto) e dado o facto de o “regime de bens” vigente numa união de facto (na ausência, insistimos, de um contrato de coabitação que aponte em sentido diverso) ser exactamente *equivalente* ao regime (matrimonial) de *separação* de bens. E, ainda que não pudesse intervir aqui uma presunção *legal*, porque tirada por analogia e portanto não expressamente prevista na lei – argumento que, todavia, não subscrevemos –, sempre poderia funcionar uma presunção natural ou judicial (neste sentido, aliás, J. DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, 2011, p. 732-733).

Em segundo lugar, devemos observar que, não tendo o contrato de coabitação o valor de “título legal” de deferimento da propriedade (como tem o casamento), podem suscitar-se dúvidas sobre o âmbito da eficácia de algumas das suas cláusulas – dúvidas que, aliás, vêm sido já de algum modo referenciadas pela (ainda escassa) literatura jurídica portuguesa sobre o tema (v., entre nós, C. PAMPLONA CORTE-REAL/J. SILVA PEREIRA, *cit.*, p. 171-3). Pergunta-se, designadamente, se o contrato de coabitação não estará confinado a uma *eficácia puramente “interna”* – propendendo nós a crer que a sua oponibilidade a terceiros estará efectivamente condicionada à sua inscrição no registo, o que, note-se, resultaria já das regras gerais e se acha prescrito para a própria convenção antenupcial (art. 1711° do Código Civil). E pergunta-se, do mesmo modo, se nessa “convenção anteconvivencial” os companheiros podem fixar um *regime de bens de comunhão* idêntico ou análogo àqueles que tipicamente estão previstos para o casamento (é óbvio que poderiam sempre “pôr em compropriedade” quaisquer bens, nos termos gerais; mas a compropriedade, como é sabido, é uma forma de contitularidade de *um bem em particular*). Julgamos, também aqui, dever a resposta ser afirmativa: a circunstância

casamento – se não na sua extensão pelo menos no seu *objecto* e nos seus *propósitos*. E muitas regras ou institutos aparentemente *privativos* do casamento – como porventura sucederá com a própria “comunhão” conjugal⁴² – poderão surgir afinal aplicados à união de facto por via da sua inclusão nesse “contrato de coabitação”.

Por outro lado, apesar dessa *aparência* de uma total autonomia dos conviventes, julgamos que tal autonomia nunca será, em rigor, absoluta ou irrestrita: na realidade, achando-se constituída uma relação convivencial *análoga* à que se estabelece entre os cônjuges, é nosso juízo que haverá sempre *um corpo mínimo de regras imperativas* – designá-lo-íamos de “*ordem pública convivencial*” –, que naturalmente não é fácil identificar no presente contexto, mas às quais presidirá sobretudo uma ideia geral de preservação de uma relação *igualitária* entre os conviventes.

Por último, deve reconhecer-se que a larga maioria dos efeitos patrimoniais do casamento correspondem àquilo que denominámos de efeitos “indirectos” ou “legais” do casamento, não integrando pois o seu “*estatuto negocial*”. Nada impede, por conseguinte, que as regras que estabelecem tais efeitos possam eventualmente aplicar-se *analogicamente* à união de facto⁴³ – desde que, como sabemos, se registre efectivamente analogia, tendo em conta a *ratio* de *cada norma*

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 puramente formal; e a consideração de que a propriedade colectiva (de que a comunhão conjugal é um exemplo) seria uma forma *excepcional* de contitularidade, sujeita a um princípio de *legalidade* estrito (neste sentido, reconhecemos, o ensinamento corrente entre nós: v. M. HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, Coimbra, 1967, p. 235, C. MOTA PINTO, *cit.*, p. 353, e ainda, com “alguma dúvida” embora, J. DUARTE PINHEIRO, *cit.*, p. 726), também nos não parece que resulte directa e claramente dos dados da lei – nem do princípio da *par conditio creditorum* nem (mas aqui com algumas reservas) da regra do *numerus clausus* dos direitos reais fixada no art. 1306º, nº 1, do Código Civil.

⁴² V. nota anterior.

⁴³ Inscribe-se aqui o debatido problema – a que já atrás fizemos referência – da eventual aplicação à união de facto do regime da responsabilidade comum pelas dívidas contraídas para acorrer aos encargos normais da vida familiar.

potencialmente aplicável e o *quadro de interesses* em presença. Aliás, podemos mesmo afirmar que essa analogia *foi reconhecida pela própria lei*, numa escala razoável: as consequências (fundamentalmente de tipo “protectivo”, sendo pois efeitos legais ou indirectos, como vimos dizendo) estabelecidas pela Lei nº 7/2001, sobretudo após as alterações introduzidas pela Lei nº 23/2010, reportam-se justamente a mecanismos de protecção *já fixados para o casamento*, em relação aos quais se entendeu haver uma *analogia* suficiente para fundar a sua *extensão* à união de facto⁴⁴; os direitos do sobrevivente, ou dos ex-conviventes em caso de ruptura, respeitantes ao destino da casa de morada de família correspondem aproximadamente àqueles que a lei prevê para o casamento⁴⁵, limitando-se mesmo a lei, em alguns casos, a pura e simplesmente *remeter* para o regime do casamento⁴⁶; o direito de exigir *alimentos* da herança do falecido, constante do art. 2020º, corresponde também, de alguma forma, ao “apanágio do cônjuge sobrevivente” previsto no art. 2018º; os direitos às *prestações sociais* (e outras) de diversos tipos enumeradas nas várias alíneas do nº 1 do art. 3º da Lei da União de Facto operam igualmente mediante uma pura remissão para o regime do casamento ou da viuvez⁴⁷; e

⁴⁴ Tratando-se, além do mais, de pontos de regime relativos a matérias que os conviventes poderão não ter tido oportunidade de regular – já porque entretanto um deles faleceu, já porque se deu uma ruptura da sua relação.

⁴⁵ Efectivamente, em caso de *ruptura*, a Lei da União de Facto limita-se a remeter para os arts. 1105º e 1793º, relativos ao divórcio; e, em caso de *morte*, surge-nos também uma remissão para o regime dos direitos concedidos ao cônjuge sobrevivente no caso de se tratar de casa *arrendada* (o art. 5º, nº 10, da Lei da União de Facto remete para o art. 1106º do Código Civil), e, no caso de se tratar de casa *própria*, o extenso conjunto de efeitos predispostos nos nºs 1 a 9 do art. 5º da Lei da União de Facto corresponde também, em alguma medida, às “atribuições preferenciais” fixadas no art. 2103º-A do Código Civil.

⁴⁶ Assim os arts. 4º e 5º, nº 10, da Lei nº 7/2001, de 11 de Maio (na redacção resultante da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto)

⁴⁷ Remissão que hoje, após a Lei nº 23/2010, é feita sem qualquer reserva, mesmo quanto às prestações sociais previstas nas als. e), f) e g) – que operam agora *automaticamente* (como sucede em caso de casamento ou viuvez), e não dentro da lógica “alimentar” que parecia ser a opção da lei antes das alterações de 2010.

o mesmo sucede em relação a outros direitos concedidos ao (ex-) companheiro, como o direito a indemnização por morte, nos termos do art. 496º, nº 3, do Código Civil⁴⁸.

5. A conclusão fundamental que se retira deste brevíssimo percurso é pois, insistimos, a de que se estreitou substancialmente a distância entre o casamento e a união de facto, sobretudo em consequência do *novo perfil do casamento* que resulta das recentes alterações legislativas.

Este *recuo* no “perfil contratual” do casamento traduzir-se-á – sintetizando e recompondo de alguma forma as observações que aqui fomos deixando –, *em primeiro lugar*, numa *perda de importância do “momento declarativo”* (ou seja, do acto ou contrato de casamento) em confronto com o seu “momento executivo” (ou seja, o estado do casamento, a execução do projecto de comunhão de vida). É verdade que o Código Civil mantém ainda, como é aliás compreensível, uma extensa lista de possíveis *causas de invalidade* (ou inexistência) do casamento – por incapacidade ou “impedimento” matrimonial, por vício de forma, por divergência entre a vontade e a declaração ou vício da vontade relevantes. Simplesmente, sabemos que em matéria de casamento vale entre nós uma “*regra de validade*”, expressa no art. 1627^a do Código Civil, pelo que a invalidade (ou inexistência) do casamento será, neste sentido, excepcional; por outro lado, os efeitos da invalidade do casamento acabam muitas vezes por poder ser *neutralizados* quer por força da *sanação* dessa invalidade⁴⁹, quer mediante o funcionamento do instituto do *casamento putativo*⁵⁰; além do mais, deve reconhecer-se que algumas das causas

⁴⁸ De acordo com a nova redacção do preceito, introduzida com a Lei nº 23/2010.

⁴⁹ Por confirmação, convalidação ou decurso do prazo de arguição da anulabilidade.

⁵⁰ Previsto nos arts. 1647º e 1648º do Código Civil.

de invalidade – estamos exactamente a pensar nos impedimentos matrimoniais – se fundam não tanto numa incapacidade relativa ao consentimento, mas sobretudo numa *incapacidade relativa ao estado de casado*⁵¹; por último, o que importa aqui sublinhar é que, esvaziadas as declarações negociais dos nubentes do seu conteúdo “de assunção de um vínculo” – vínculo este que hoje já nem existirá verdadeiramente, nem no plano das características e da garantia dos “deveres conjugais” nem sobretudo no da garantia de *perdurabilidade* do casamento –, a invocação da invalidade do casamento acaba por ter *escassíssima importância prática*, tendo em conta que os cônjuges poderão sempre, ou com grande facilidade, pôr termo ao casamento por via do divórcio⁵². Diremos pois que o velho paradigma matrimonial assente no *contrato* e nos seus possíveis *vícios*, com a conseqüente *invalidade* desse contrato, se encontra hoje, no quadro do *novo perfil* de casamento resultante sobretudo da Reforma de 2008, definitivamente *comprometido*. E a referida perda de importância do “momento declarativo” do casamento significará uma correlativa *valorização do seu “momento executivo”*: mais que o *contrato* de casamento, e o compromisso ou a vinculação aí assumida, o que importa verdadeiramente é a *continuada execução*

⁵¹ Trata-se, pois, no seu fundamento, não de incapacidades para casar mas de incapacidades para “estar casado” – para assumir o estado de casado ou “executar” os comportamentos correspondentes a uma plena comunhão de vida. Circunstância que, aliás, se reflecte no próprio regime das anulabilidades daí resultantes, quer em relação aos prazos para a sua arguição quer em relação ao círculo de pessoas com legitimidade para essa arguição.

⁵² Ao que julgamos saber, supomos que as referidas causas de invalidade do casamento, sobretudo os designados “vícios do consentimento”, acabam por, na realidade, ser pouco ou raramente invocados em juízo, não tendo pois, nesta perspectiva, grande interesse prático – ressalvada a declaração de nulidade do casamento católico, mas aí por razões específicas da lei canónica. Referimo-nos ao facto de a declaração de nulidade do casamento católico ser *o único meio*, de acordo com a lei canónica, de os cônjuges casados catolicamente obterem a cessação do casamento (fora a hipótese marginal de casamento rato e não consumado) e simultaneamente terem a possibilidade de vir a contrair um novo casamento católico.

do *projecto de comunhão de vida*, nos termos em que os sujeitos o executarem e enquanto o executarem.

O referido recuo do *perfil contratual* do casamento – e esta é uma *segunda* observação conclusiva – faz-se sobretudo sentir, como é evidente, ao nível dos seus efeitos *negociais* ou directos. Os efeitos essenciais a que se dirigiria a vontade dos *nubentes*, mas que justamente os unidos de facto pretenderiam *excluir* – a assunção de um *compromisso*, dotado de um mínimo de *garantias* e sem a possibilidade de uma denúncia unilateral *ad nutum* –, tais efeitos não se descobrem hoje com facilidade no próprio casamento. Diremos pois que, no essencial, *desapareceu a base* do que era a diferença fundamental entre o casamento e a união de facto. É verdade que os unidos *não querem* vincular-se juridicamente; mas também é verdade que, hoje, o regime legal do casamento *não proporciona nem permite* aos nubentes uma vinculação jurídica clara, como tivemos oportunidade de expor.

Esbatida a base da diferença principal entre os dois institutos, afigura-se – esta é uma *terceira* observação – que deixou de haver fundamento para a recusa de uma aplicação analógica, à união de facto, de muitas normas do casamento que estabelecem efeitos *indirectos* ou laterais de diversa ordem. A ideia de que certas normas do casamento pressuporiam um *dever* conjugal, e nessa conformidade seriam insusceptíveis de se aplicar analogicamente à união de facto precisamente porque aqui os sujeitos não assumiriam quaisquer deveres⁵³, parece, na realidade, desajustada do direito matrimonial

⁵³ Tal argumento continua a ser usado para recusar, p. ex., a aplicação à união de facto do art 1691º, nº 1, al. c), do Código Civil (ao qual nos referimos já) ou da obrigação de alimentos subsequente ao divórcio (arts. 2016º e 2016º-A do Código Civil). Quanto a este segundo caso, reconhecemos que a orientação firme dos nossos tribunais (v., p. ex., o Acórdão do STJ de 4/2/1992, Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, 1992, Tomo V, p. 89) tem sido, efectivamente, no sentido de *negar* aos ex-conviventes, após a ruptura da sua união, um direito a alimentos análogo ao estabelecido nos arts. 2016º e 2016º-A – sobretudo com fundamento na ideia de que o dever de alimentos pós-divórcio representaria

actual, no âmbito do qual os deveres conjugais se apresentam de alguma forma, repetimos, como um puro quadro “formal”.

6. E à (quase) identidade jurídica entre o casamento e a união de facto devemos acrescentar, de igual modo, a sua (quase) identidade no plano sociológico – muito exactamente, no plano das *funções* desempenhadas por um e outro institutos. Efectivamente, a análise sociológica, ou económico-sociológica, vem mostrando que as *funções* ou *vantagens* normalmente associadas ao casamento – nos dias de hoje, fundamentalmente a “mútua gratificação afectiva” dos cônjuges, a partilha de recursos e sacrifícios através da constituição de um núcleo de economia comum, a educação, socialização ou “aculturação” dos filhos (ou da geração subsequente) –, tais funções ou vantagens são igualmente asseguradas, com o mesmo grau de *eficiência*, pela união de facto. O casamento deixa pois de ser *necessário*, nos planos social, afectivo, cultural ou económico; e tal sensação de desnecessidade, estamos em crer, é em geral partilhada pelas pessoas⁵⁴, que tendem a aceitar a união de facto como uma relação equivalente ou idêntica ao casamento – só subsistindo uma larga maioria de casamentos⁵⁵, supomos nós, por muitas vezes se

tão simplesmente um *prolongamento* do *dever* conjugal de assistência, o qual, justamente, *não existiria* na relação convivencial entre os unidos de facto. Ora, ainda que fosse essa a única *ratio* da obrigação alimentar entre ex-cônjuges – o que evidentemente é discutível –, o que sucede é que, tal como expomos no texto, os deveres conjugais, no actual contexto normativo, são mais um quadro “formal” do que propriamente deveres com existência efectiva.

⁵⁴ Em sentido diverso, aparentemente, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Notas*, cit., p. 140 (afirmando que “a sociedade (...) dá preferência ao casamento como modelo jurídico de regulação da vida íntima”). Mas – concedemos – é claro que estamos aqui a lidar com realidades insusceptíveis de um conhecimento preciso, e muito menos de “quantificação”.

⁵⁵ Mas mesmo estes, segundo parece, muitas vezes após o decurso de um certo tempo de união de facto – apresentando-se o casamento, pois, como uma espécie de “ritual de confirmação” de uma relação que já existia.

tratar de um *hábito* adquirido e de, pelo menos em certos meios, haver uma *pressão social e religiosa*⁵⁶ nessa direcção.

7. A identidade ou analogia fundamental que reconhecemos existir entre o casamento e a união de facto, sobretudo após a alteração de paradigma do casamento (e do divórcio) resultante da Lei nº 61/2008, esbarra ainda hoje, contudo, com a atribuição de escassíssimos efeitos legais à união de facto⁵⁷ – subsistindo diversas matérias em que é claro o intuito, *por parte da lei*, de tratar de forma diversa o casamento e a união de facto, *não sendo pois admissível, perante esse claro intuito, proceder-se a qualquer extensão analógica do regime do casamento*⁵⁸.

Ora, é indiscutível que a diferença que sobressai de forma mais nítida tem a ver com os *efeitos sucessórios* do casamento e da união de facto. A um *fortíssimo estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente* – que é não apenas herdeiro legítimo (e numa posição qualificada em face dos demais herdeiros legítimos⁵⁹) mas também herdeiro *legitimário*, como é sabido – contrapõe-se um estatuto sucessório do companheiro sobrevivente *praticamente vazio*: o companheiro so-

⁵⁶ Obviamente que, para o direito canónico, o casamento constitui um *sacramento*, pelo que, aí, há uma diferença *radical* entre o *acto* de casamento, *regularmente* celebrado perante um ministro do respectivo culto, e a mera situação de facto de convivência *more uxorio*. Simplesmente, os valores ou interesses que estão subjacentes à “regularidade” *apenas* do casamento – não da união de facto – são *completamente estranhos* ao direito civil, que lida com interesses de ordem *totalmente diversa*.

⁵⁷ Para um levantamento de algumas matérias que ainda não foram consideradas expressamente pela lei, e que, para o autor, deveriam merecer a sua atenção, v. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Notas, cit.*, p. 150 e ss.

⁵⁸ Tratar-se-á, em tais casos, de “lacunas aparentes”: não há qualquer ausência de uma “regulamentação exigida ou postulada pela ordem jurídica global”, ou de “resposta, [no sistema], a uma questão jurídica” (V. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1990, p. 194), porquanto a lei, ao omitir o tratamento *específico* de tais matérias, *quis*, de modo claro, dar-lhe o tratamento que resulta das *regras gerais*.

⁵⁹ Nos termos do art. 2139, nº 1, a quota do cônjuge não pode ser inferior a um quarto da herança.

brevivo *não é herdeiro* do falecido, limitando-se a lei a conceder-lhe um direito a exigir *alimentos* da herança do falecido⁶⁰, direito este que, aliás, a lei já atribuía ao cônjuge⁶¹. E a diferença é de tal forma *marcante* – em face da progressiva *indiferenciação* do casamento e da união de facto na generalidade das matérias, e em particular nesta área da *protecção do sobrevivivo* em caso de morte – que pode mesmo afirmar-se que hoje o casamento se apresenta, nesta perspectiva, como ... um (quase) *contrato sucessório*, no sentido de que o “*grande efeito*”, o efeito mais significativo que os sujeitos vão obter, *optando pelo casamento em lugar da união de facto*, é precisamente esse efeito *sucessório*⁶²!

Supomos que tal diversidade de tratamento – *excessiva*, na realidade, tendo em conta aquela indiferenciação ou aproximação – deve ser objecto de atenção pelo legislador⁶³, quer mediante a atribuição ao companheiro sobrevivivo de uma posição sucessória “razoável”, quer sobretudo, e *inversamente*, mediante a *depreciação* ou o *enfraquecimento* do estatuto sucessório deste cônjuge sobrevivivo, pelo menos na parte que se refere à sua qualidade de *herdeiro legítimo*.

Em relação à posição sucessória do *unido de facto sobrevivivo*, cremos que se justificaria que pudesse integrar a escala de suces-

⁶⁰ Direito a alimentos condicionado, nos termos gerais, ao duplo requisito da *necessidade* de alimentos por parte do alimentando e da *possibilidade* de os prestar por parte do alimentador (arts. 2003º, 2004º e 2013º do Código Civil).

⁶¹ Referimo-nos aqui ao apanágio do cônjuge sobrevivivo (art. 2018º do Código Civil) – direito que, convenhamos, se encontra hoje praticamente destituído de importância prática –, ao qual já anteriormente aludimos.

⁶² Estamos aqui a pensar, fundamentalmente, na qualidade de herdeiro *legítimo*.

⁶³ *Mais*, aliás, que outros pontos apontados pelos autores (como a eventual necessidade de um registo da união – que nos parece que nunca deveria além de uma função probatória –, ou a regulação dos regimes de bens, dos poderes de administração de bens e da responsabilidade por dívidas – que são matérias basicamente “técnicas”, de simples arrumação ou organização, e nas quais podem já, de resto, operar analogias).

síveis na sucessão legítima, porventura numa posição inferior à do cônjuge, descendentes e ascendentes⁶⁴.

Em relação à posição sucessória do *cônjuge sobrevivivo*, e admitindo não ser este o espaço próprio para o tratamento desenvolvido do problema – que, de resto, ultrapassa a perspectiva do mero confronto com a união de facto –, alinhamos aqui, de modo sumário, algumas razões que julgamos deporem a favor dessa depreciação.

Em primeiro lugar, e como se viu, o casamento é, por um lado, cada vez menos “vinculativo” no plano dos efeitos pessoais e, por outro lado, cada vez mais precário, dada a progressiva facilitação do divórcio. Diríamos pois que o casamento hoje vale pouco – vincula pouco, e pode cessar facilmente. Parece portanto que este actual regime “familiar” do casamento se acha um pouco *desajustado* do seu regime sucessório, o qual terá sido pensado, pelo contrário, para o velho casamento perpétuo e de forte carga vinculativa. De alguma forma se diria, nesta sequência, que o casamento conseguiria, por via sucessória e portanto após o seu termo, uma vinculatividade e uma perpetuidade que não teria normalmente durante a sua vigência.

Em segundo lugar, também não nos parece colher o argumento de que, precisamente por ser o casamento cada vez mais precário, deve justamente ser *mais valorizado* o casamento que *consegue sobreviver até à morte* de um dos cônjuges⁶⁵. E não nos parece colher semelhante argumento porquanto não pode garantir-se que o casamento iria perdurar por muito mais tempo; de resto, o casamento

⁶⁴ Vai neste sentido, note-se, o Código Civil de Macau (arts. 1983º e 1985º). Repare-se, por outro lado, que a posição sucessória inferior do unido em face do cônjuge sobrevivivo é, em parte, aparente, pois que resulta logo da desconsideração da união de facto *adulterina*.

⁶⁵ A este argumento aludem PAULA T. VÍTOR/ROSA C. MARTINS, *New marriage, old succession? The influence of the new conceptions of marriage in the position of the surviving spouse*, in «Essays in honour of Penelope Agallopoulou», Atenas, 2011, p. 1473. Aliás, ao que julgamos saber, tal argumento terá pesado – no âmbito dos trabalhos da Comissão de Reforma do Código Civil que preparou a Reforma de 1977 – no sentido da consagração do actual regime sucessório.

pode ter durado pouco, se a morte se deu pouco tempo após o casamento; e parece artificial, de qualquer modo, essa distinção entre casamentos “fortes” e casamentos “fracos”, a ponto de fundamentar uma tal diferenciação de regimes sucessórios.

Em terceiro lugar, não vemos que as exigências de *solidariedade*⁶⁶ em favor do cônjuge sobrevivente, as quais estarão na base da sua sólida posição sucessória, sobretudo enquanto herdeiro *legitimário*, justifiquem tão elevado grau de protecção sucessória – mais elevado, como sabemos, que a protecção reservada aos próprios descendentes. Visto *globalmente* o sistema de protecção do cônjuge sobrevivente, o qual inclui prestações de diversa ordem⁶⁷, não vemos que haja uma necessidade estrita de *reservar* para o cônjuge, de forma *imperativa*, uma parcela da herança⁶⁸.

E a própria ideia de que aquela exigência de solidariedade asentaria num específico dever conjugal (o dever de *assistência*), cujo cumprimento *não deve ser interrompido só porque* a morte interrompeu (contra a vontade dos cônjuges) o casamento, também parece desfasada da actual configuração dos “deveres” conjugais, tal como julgamos deverem ser entendidos, e da actual precariedade e falibilidade do casamento: não era seguro que o casamento *perdurasse por tempo indeterminado*, e que portanto o cônjuge (que agora faleceu) continuasse, por tempo indeterminado, a cumprir normalmente o seu dever de assistência; e, de qualquer modo, a transmissão here-

⁶⁶ Sobre as duas preocupações possíveis subjacentes à designação legal dos sucessíveis (sobretudo dos legitimários) – a solidariedade (ou cuidado) e a “contribuição” (ou compensação pelos serviços prestados pelo agora beneficiário), v. a análise cuidada de PAULA T. VÍTOR/ROSA C. MARTINS, cit., ps. 1469 ss.

⁶⁷ Alimentares, relativas à casa de morada, resultantes dos regimes da segurança social, etc.

⁶⁸ Curiosamente, o Código Civil de Macau, muito moldado no nosso Código Civil, mantendo embora a posição de legitimário do cônjuge sobrevivente (art. 1995º), permite todavia que os cônjuges *renunciem reciprocamente* à sua qualidade de herdeiros legitimários, devendo fazê-lo em “convenção matrimonial” (antenupcial ou “pós-nupcial” – arts. 1971º e 1978º).

ditária *ultrapassa* em muito, no seu objecto, a lógica e propósitos “alimentares” e assistenciais do referido dever conjugal.