

A UNIÃO DE FACTO EM PORTUGAL

COHABITATION IN PORTUGAL

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 110-147



Sandra
PASSINHAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: Este texto pretende ofrecer uma visão geral sobre a união de facto em Portugal, começando por concretizar a figura da coabitação de duas pessoas em condições análogas às dos cônjuges e por identificar quais são os requisitos para que aquela possa produzir efeitos. Assumindo que a união de facto é uma manifestação do direito do indivíduo, constitucionalmente protegido, ao desenvolvimento da sua personalidade, apreciar-se-ão os efeitos conferidos pela ordem jurídica, bem como a legitimidade da intervenção do legislador e a medida dessa intervenção, sobretudo no âmbito da casa de morada de família.

PALABRAS CLAVE: União de facto, casa de morada, protecção constitucional da união de facto

ABSTRACT: *This article offers a general overview of cohabitation in Portugal. It analyses the legal definition of cohabitation and the requirements of its legal effects. The author claims that cohabitation should be regulated according to the right of individuals to choose the way to live their own life, that is constitutionally protected in Portugal. Furthermore, it questions about the intervention of the legislator, mainly if it not excessive in the field of family home protection.*

KEY WORDS: *Cohabitation, family home, constitutional protection of cohabitation*

SUMARIO.- I. INTRODUÇÃO.- II. A PROTECÇÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO DE FACTO.- III. EFEITOS DA UNIÃO DE FACTO.- IV. O CASO ESPECIAL DA PROTECÇÃO DA CASA DE MORADA.- 1. Em caso de ruptura.- 2. Em caso de falecimento de um dos cônjuges.- V. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

I. INTRODUÇÃO.

A união de facto em Portugal encontra o seu regime, principalmente, na Lei n.º 7/2001, de Maio¹. Este diploma define 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 anos². Assim, a vivência em condições análogas às dos cônjuges implica a comunhão de leito, mesa e habitação (*tori, mensae et habitationis*) e pressupõe ainda a unidade ou exclusividade³. Contudo, a produção de efeitos da união de facto depende, no âmbito da alçada deste diploma, de a união de facto ter uma duração superior a dois anos. Noutras regulamentações específicas, o prazo pode variar: o prazo de um ano basta para assegurar a transmissão do arrendamento por morte do unido⁴, enquanto que, na Lei da Nacionalidade, a

1 A primeira regulação autónoma da situação jurídica de duas pessoas que vivem em condições análogas às dos cônjuges foi a da Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto. Pouco tempo depois entrou em vigor a nova Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que estendeu a protecção das uniões de facto às uniões homossexuais, neste caso com exclusão do direito de adopção. Recentemente, e após a entrada em vigor da Lei 9/2010, de 31 de Maio, que consagrou o casamento homossexual em Portugal (alterando o artigo 1577.º do Código Civil [doravante, CC]), a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, veio alterar a Lei n.º 7/2001, incluindo no artigo 1.º, n.º 2, a definição da união de facto como “a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivem em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”. A Lei 7/2001 recebeu pequenas alterações da Lei n.º 2/2016, de 29 de Fevereiro, e da Lei n.º 71/2018, de 31 de Dezembro.

2 Sobre as múltiplas motivações possíveis da união de facto, vide, por todos, PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G., *Curso de Direito da Família*, 5 ed., Imprensa da Universidade, Coimbra, 2016, pp. 58 ss., e HÖRSTER, H., “Há necessidade de legislar em matéria de união de facto?”, in AA.VV, *Direito da família e política social*, (coord. SOTTOMAYOR, M., e TOMÉ, M. J.), Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, p. 68. Destacamos a fuga à juridificação do casamento sentida como excessiva, ligada a uma tendência de privatização das relações familiares que se querem sem intervenção nem do Estado nem da Igreja; a vontade de evitar que o virtual cônjuge venha a ser herdeiro legitimário; a rejeição do casamento como instituição burguesa ou como instituição adequada com os seus deveres e consequentes limitações à liberdade individual; a vontade de passar por uma fase experimental antes da vinculação definitiva pelo casamento. O autor aponta precisamente a heterogeneidade de causas da união de facto como um obstáculo à possibilidade de encontrar um regime geral satisfatório e funcional.

3 Não encontram tutela neste regime as situações de policonvivência ou de poliamor.

4 Cfr. artigo 1106.º do Código Civil, que determina a transmissão do arrendamento por morte do unido de facto ao membro sobrevivente que com ele vivesse há mais de um ano.

• Sandra Passinhas

Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Correo electrónico: sandrap@fd.uc.pt

duração necessária para que um estrangeiro possa declarar querer adquirir a nacionalidade portuguesa com fundamento na união de facto é de três anos⁵.

São susceptíveis de impedir a produção de efeitos da união de facto, isto é, impedem a atribuição de direitos ou benefícios, em vida ou por morte aos unidos, os factos indicados no n.º 2, do artigo 2.º, nomeadamente, a idade inferior a 18 anos à data do reconhecimento da união de facto⁶, a demência notória, mesmo com intervalos lúcidos e situação de acompanhamento de maior, se assim se estabelecer na sentença que a haja decretado, salvo se posteriores ao início da união; o casamento não dissolvido⁷, salvo se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens⁸; o parentesco na linha recta ou no 2.º grau da linha colateral ou afinidade na linha recta, a condenação anterior de uma das pessoas como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado contra o cônjuge do outro. Estes últimos factos impeditivos seguem os impedimentos matrimoniais dirimentes⁹.

Na medida em que em Portugal a união de facto não está sujeita a qualquer formalidade (não está sujeita a inscrição no registo, rectius, não é um facto susceptível de inscrição no registo civil), é particularmente relevante a questão da prova da existência de uma situação de facto análoga à dos cônjuges¹⁰. Assim,

5 Cfr. artigo 3.º, n.º 3, da Lei 37/81, de 3 de Outubro.

6 Em termos práticos, isto significa que a união de facto só começa a ser considerada pela ordem jurídica a partir dos 16 anos do unido mais novo (numa solução alinhada com a idade nupcial, 18 anos para a celebração do casamento, 16 anos com autorização dos pais). Assim, uma união entre duas pessoas, em que uma tenha menos de 16 anos, não desencadeia qualquer medida de protecção ao abrigo deste regime, ainda que a união tenha sido acompanhada de rituais religiosos ou étnicos, que não são reconhecidos como casamento em Portugal. Na verdade, estes “casamentos”, sendo celebrados por quem não tem competência funcional para a prática de casamentos, são inexistentes, nos termos do artigo 1626.º, não produzindo quaisquer efeitos jurídicos.

7 Na verdade, estando um dos unidos vinculado por matrimónio a um terceiro, em rigor nem se pode considerar preenchido o requisito da unidade ou exclusividade, pressuposto da união de facto. Note-se, contudo, a valiosa jurisprudência do Ac. STJ, de 22 de Maio de 2013 [Processo: 185/09.6TVLSB.LI.SI]. Em causa estava uma união de facto que durava havia catorze anos, mas em que um dos unidos fora casado e a dissolução do casamento ocorrera menos de dois anos antes da cessação da união de facto. Como decidiu o Tribunal: “Tendo a união de facto cessado quando um dos membros dessa união já estava divorciado não se exige que o estado de divorciado perdure há dois anos, não existindo, no caso vertente, possibilidade de concorrência ou disputa de direitos, por exemplo, previdenciais ou outros, como a atribuição da casa de morada de família entre o cônjuge e o unido de facto”.

8 A separação de pessoas e bens, regulada nos artigos 1794 e ss, é um afrouxamento do vínculo matrimonial. Nos termos do artigo 1795.º-A, a separação judicial de pessoas e bens não dissolve o vínculo conjugal, mas extingue os deveres de coabitação e assistência, sem prejuízo do direito a alimentos; relativamente aos bens, a separação produz os efeitos que produziria a dissolução do casamento. Apesar de a lei não considerar extinto o dever de fidelidade (cfr. artigo 1672.º CC, quanto aos deveres conjugais), este efeito parece hoje indiscutível à luz da Lei n.º 7/2001.

9 Cfr. artigos 1601.º e 1602.º CC.

10 Decidiu o Acórdão do STJ, de 09 de Julho de 2014 [processo: 3076711.ITBLLE.EI.SI], que, no fundo, estamos perante a “comunhão de leito, mesa e habitação, a que tradicionalmente se recorre para caracterizar a relação entre os cônjuges, ou seja, nas palavras de Jorge Duarte Pinheiro [O Direito da Família Contemporâneo, 4ª ed. (reimpressão), FDL Editora, Lisboa, 2015, p. 651], face a «uma coabitação, na tripla vertente de comunhão de leito, mesa e habitação». Segundo este mesmo autor, a alusão a ‘comunhão de leito’ é integrada pela comunhão sexual, elemento que, por faltar, na ‘convivência em economia comum’, diferencia esta figura da união de facto [ob. cit., p. 653]. Por ‘economia comum’, entende-se, nos termos do art. 2º, n.º 2 da Lei nº 6/2001, de 11.05 (que estabelece as medidas de proteção das pessoas que vivem

na reforma de 2010, o legislador determinou que, na falta de disposição legal ou regulamentar que exija prova documental específica, a união de facto prova-se por qualquer meio legalmente admissível¹¹. Uma das formas de provar a união de facto é através de declaração emitida pela Junta de Freguesia competente; neste caso, o documento deve ser acompanhado de declaração de ambos os membros da união de facto, sob compromisso de honra, de que vivem em união de facto há mais de dois anos, e de certidões de cópia integral do registo de nascimento de cada um deles. O que se disse vale, *mutatis mutandis* para o caso de a união de facto se ter dissolvido por vontade de um ou de ambos os membros, devendo a declaração sob compromisso de honra mencionar quando cessou a união de facto; se um dos membros da união dissolvida não se dispuser a subscrever a declaração conjunta da existência pretérita da união de facto, o interessado deve apresentar declaração singular. No caso de morte de um dos membros da união de facto, a declaração emitida pela junta de freguesia atesta que o interessado residia há mais de dois anos com o falecido, à data do falecimento, e deve ser acompanhada de declaração do interessado, sob compromisso de honra, de que vivia em união de facto com o falecido há mais de dois anos, à mesma data, de

em economia comum), «a situação de pessoas que vivam em comunhão de mesa e habitação há mais de dois anos e tenham estabelecido uma vivência em comum de entreaajuda ou partilha de recursos». Aliás, é precisamente este aspeto que distingue a união de facto do chamado concubinato duradouro, a que alude o art. 1871º, n.º 1 do C. Civil, uma vez que neste, não há comunhão de mesa e habitação, verificando-se apenas um relacionamento sexual estável [Jorge Duarte Pinheiro, in obra citada, p. 653]. Assim, decidiu o Tribunal: “1 . A união de facto pressupõe, além do mais, que exista intimidade, a maior parte das vezes sexual, entre os unidos. 2 . Alegando a ré que vivia em união de facto com um homem, entretanto falecido, sem aludir expressamente a intimidade entre eles, mas referido que coabitaram a mesma casa, vinham observando os deveres próprios do casamento, nomeadamente o de fidelidade, se respeitavam mutuamente e não tiveram, em todo o tempo que durou a coabitação qualquer outra relação ou compromisso pessoal, deve considerar-se – atenta a necessária elasticidade processual em benefício do fundo sobre a forma – que está alegada a intimidade aludida em 1.” Vide, com conclusões diferentes, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de Março de 2018, [Processo: 6380/16.9T8CBR.CI.S1]: “É que, caracterizando-se esta convivência pela situação de pessoas que vivam em comunhão de mesa e habitação, com base num lar em sentido familiar, moral e social e com base numa economia doméstica comum, o que ressalta da factualidade supra descrita é, conforme se afirma na sentença proferida pela Tribunal de 1ª Instância, que a ré pernoitava na casa do BB, sita no n.º ... r/c, mas manteve sempre a sua casa, onde conservou os seus objectos e pertences, o que é bem sintomático de que não sentia aquela casa como sua. Acresce que, não obstante ter alegado, a ré não logrou provar, tal como lhe competia, nos termos do disposto no art. 342º, n.º 1 do C. Civil, que: «a Ré e o BB tenham passado a fazer toda a vida de casal, na Rua ..., n.º ... r/chão; a R. tenha mantido o arrendamento da casa sita na Rua ..., n.º ...-1º para acautelarem a possibilidade de DD poder vir para ali morar; a casa sita na Rua ..., n.º ...- 1º servisse como uma casa para os amigos ficarem a dormir e que o BB pernoitasse em casa da Ré», o que tudo é bem ilustrativo do que se acabou de afirmar”.

- 11 OLIVEIRA, G., “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniãoes de Facto)”, *Lex Familiae*, n.º 14, 2010, pp.142 e 143, explica que: “No que diz respeito à prova da união de facto, ou se previa um Registo nas Conservatórias do Registo Civil – dando assim um estatuto ‘oficial’ à relação informal; ou se previa um regime de prova simples, adequada a cada caso. O regime adoptado afirma que a prova é livre, por qualquer meio; mas sugere-se a apresentação de um atestado da Junta de Freguesia”. E ainda: “O argumento de que a prova, nos termos referidos, é frágil e permite fraudes não parece suficiente para abandonar o regime. A verdade é que, não adoptando um ‘registo’ oficial da união de facto, as alternativas recaem: ou se exigia que a prova dos factos fosse feita nos tribunais, ou se aceitava a prova por qualquer meio, incluindo a declaração emitida pela Junta de Freguesia. A primeira hipótese significaria jurisdicionalizar todos os diferendos e todas as pretensões; a segunda hipótese – que foi adoptada – tem a consistência que resulta das incriminações penais, segundo as regras comuns que valem para muitas áreas da vida social”.

certidão de cópia integral do registo de nascimento do interessado e de certidão do óbito do falecido¹².

II. A PROTECÇÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO DE FACTO.

A união de facto não vem elencada na lista das relações familiares constante do artigo 1676.º do Código Civil português, onde constam o casamento, a filiação, a afinidade e a adopção. Na medida em que os unidos de facto vivem como se fossem casados - apenas com a diferença de que não o são, pois não estão ligados pelo vínculo formal do casamento¹³ - a união de facto é, consideramos, uma relação parafamiliar¹⁴, equiparada pelo nosso legislador ao casamento para determinados efeitos, no âmbito do seu poder de conformação. A questão da medida dessa equiparação, e até que ponto ela se deve aproximar do casamento, tem sido controversa e motivou várias vezes a intervenção do Tribunal Constitucional¹⁵.

O artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa, enquadrado sistematicamente no capítulo dedicado aos direitos, liberdades e garantias pessoais, reconhece e garante direitos individuais dos cidadãos¹⁶, na área familiar:

12 Naturalmente que as falsas declarações são punidas nos termos da lei penal.

13 PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G., *Curso*, cit., 56.

14 Vide, em sentido não coincidente, PEREIRA COELHO, F. B., “Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações”, in AA.VV.: *Textos de Direito da Família para Pereira Coelho*, OLIVEIRA, G. (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 77 e ss.

15 Em algumas decisões do Tribunal Constitucional, a questão a resolver situava-se não no plano da diferente natureza do casamento e da união de facto, mas sim no plano da protecção do *interesse dos filhos resultantes dessas uniões* (em que existe uma relação familiar, a de filiação). Veja-se, por exemplo, o Acórdão TC n.º 359/91 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 9 de Julho, em que o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Abril de 1987, publicado no Diário da República, I Série, de 28 de Maio de 1987, por força da violação do princípio da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, contido no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição (o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em que foi tirado aquele assento, depois de considerar a *regra geral* contida no artigo 424.º do Código Civil, relativa à cessão da posição contratual, sustentou que o regime definido no artigo 1110.º, n.ºs 2 e 3, do mesmo código constituía uma excepção àquela regra, uma vez que nele se permitia que o direito ao arrendamento se transmitisse entre os cônjuges ou ex-cônjuges, conforme se tratasse de separação judicial ou divórcio, sem que para o efeito fosse necessário o consentimento do senhorio, para depois concluir no sentido de aquele regime não poder ser aplicado, por analogia, ao caso das uniões de facto, mesmo quando desta houvesse filhos menores, sob pena de infracção do artigo 11.º do mesmo Código Civil); o Acórdão TC n.º 286/99 [Relatora: HELENA BRITO], de 11 de Maio, julgou inconstitucionais, por violação do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, normas de preferência na colocação de professores em escolas que se situassem na proximidade da residência familiar, na medida em que excluía da preferência nelas estabelecida os professores que, sendo pais de filhos menores, mas não casados, conviviam em condições idênticas às dos cônjuges e coabitavam com aqueles filhos. Neste acórdão, é, todavia, de destacar o voto de vencido do Conselheiro Paulo Mota Pinto, que - a nosso ver bem -, chamou a atenção para o facto de a norma em causa estabelecer uma preferência ligada ao estatuto conjugal, sem mencionar em ponto algum os filhos e sem qualquer relevância do interesse destes, nem sequer como critério adicional de preferência.

16 Como nos dizem GOMES CANOTILHO, J./MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, anot. ao artigo 36.º, p. 561, I, o artigo 36.º consagra, em primeira linha, um direito individual dos cidadãos, embora seja de admitir que com o reconhecimento de direitos individuais, estes preceitos reconhecem e garantem também a família e o casamento como instituições em si mesmas, sendo repositórios de típicas garantias institucionais, que por isso não podem ser legalmente suprimidas ou desqualificadas. Sobre o casamento-instituição, veja-se VARELA, A., *Direito da Família*, vol. I, 4.ª ed., Livraria Petrony, Lisboa, 1996, pp. 188 e ss.

o direito a constituir família e a casar (n.ºs 1 e 2)¹⁷, os direitos dos cônjuges, no âmbito familiar e extrafamiliar (n.º 3), os direitos dos pais em relação aos filhos (n.ºs 5 e 6) e os direitos dos filhos (n.ºs 4, 5, 2.ª parte, e 6)¹⁸.

Não é incontroverso o significado da expressão “o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”, que consta do n.º 1. O debate tem girado, sobretudo, em torno da questão de saber se o artigo 36.º CRP, na parte em que consagra “o direito de constituir família”, tutela constitucionalmente a união de facto¹⁹. Em sentido positivo pronunciaram-se GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA²⁰, para quem o conceito constitucional de família não abrange apenas a

O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a questão do casamento enquanto instituto no Acórdão TC n.º 359/2009, de 9 de Julho [Relator: CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA], sobre a aprovação do casamento homossexual, vale dizer, sobre a vinculação constitucional do legislador a conservar o núcleo essencial do complexo jurídico de direito privado através do qual o direito fundamental se concretiza: a chamada garantia de instituto, i.e. do complexo de normas e de relações jurídicas unitariamente estruturadas e sedimentadas na ordem jurídica infraconstitucional ao longo de um certo processo de desenvolvimento histórico. Como ficou expresso no Acórdão, o direito fundamental ao casamento compreende, além da liberdade individual de casar ou não casar, a exigência de que para o efeito o Estado organize procedimentos e mantenha estruturas oficiais (o procedimento preliminar, a celebração, o registo público), mas ainda – como os demais direitos fundamentais que se analisem em pretensões a estatutos – o de que a ordem jurídica comporte normas reguladoras da constituição e extinção da situação jurídica correspondente e dos seus efeitos pessoais e patrimoniais. Trata-se de um direito subjectivo público que pressupõe conceptualmente a existência do correspondente instituto jurídico de direito privado, cuja pré-existência fornece elementos de interpretação do âmbito normativo objectivo da norma constitucional consagradora do direito fundamental. É, efectivamente, possível conceber os direitos fundamentais como apresentando ou comportando um “lado” jurídico individual, enquanto garantem aos seus titulares um direito subjectivo público, e um “lado” institucional objectivo, enquanto garantias constitucionais de âmbitos de vida juridicamente ordenados e conformados. Assim, da “configuração do direito a contrair casamento como direito fundamental resulta que o legislador não pode suprimir do ordenamento jurídico o casamento, enquanto instituto jurídico destinado a regular as situações de comunhão de vida entre duas pessoas, num reconhecimento da importância dessa forma básica de organização social”.

- 17 MIRANDA, J./MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, 2005, anot. ao artigo 36.º, p. 395, IV, sublinham que: “As restrições legais ao direito de constituir família e de contrair casamento – e a definição por lei dos impedimentos matrimoniais – estão, no entanto, sujeitas aos limites do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, e carecem de uma especial justificação, seja interna à própria relação conjugal, em vista concretamente à garantia de uma decisão livre e plenamente consentida (artigo 16.º, n.º 2, da DUDH), seja em resultado da ponderação de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.
- 18 Sobre o dever fundamental dos pais na manutenção e educação dos filhos, VIEIRA DE ANDRADE, J., *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 157. CASALTA NABAIS, J., *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998 (3.ª reimpressão, de 2012), pp. 70-71, nota 151, relembra que tal dever não é mais do que um dever correlativo do direito fundamental dos filhos à educação e manutenção por parte dos pais. Como, porém, esse dever também é um direito – o direito de serem os pais e não outrem (mormente o Estado) a educar e manter os filhos – estamos perante uma figura complexa de direito-dever.
- 19 Sobre a história do artigo 36.º, n.º 1, veja-se MAGALHÃES COLLAÇO, I., “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, 2004, pp. 23-24. A autora dá-nos conta de que, nas suas palavras: “O facto de não se regular a união de facto como instituto autónomo em termos paralelos ou semelhantes à união nascida do casamento, não fechava a porta ao reconhecimento dessa situação, ao mesmo tempo que desde logo legitimava a protecção concedida por muitas disposições legislativas avulsas – designadamente no campo do direito do trabalho, do direito da segurança social e do direito fiscal – que equiparavam à situação de pessoas casadas a das que, embora não unidas pelo casamento, vivam em condições análogas às dos cônjuges”.
- 20 GOMES CANOTILHO, J./MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., anot. ao artigo 36.º, p. 561, II. Neste mesmo sentido, CARVALHO, T., “A união de facto: a sua eficácia jurídica”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 226, e, mais recentemente, ARAÚJO DIAS, C., “Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, REBELO DE SOUSA, M., et al. (coordenadores), Coimbra Editora, 2012, p. 460, baseada numa interpretação objectivista actualista

“*família matrimonializada*”, havendo assim uma abertura constitucional – se não mesmo uma obrigação – para conferir o devido relevo às uniões familiares “*de facto*”. Em sentido diverso, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA²¹ defenderam que, quando o n.º 1 do artigo 36.º estabelece que todos têm direito de constituir família e de contrair casamento, a expressão “*direito a constituir família*” refere-se à matéria da filiação: o direito a constituir família é, em primeiro lugar, um *direito a procriar*²², e, em segundo lugar, um *direito a estabelecer as correspondentes relações de maternidade e paternidade*. Quanto ao facto de no n.º 2 se estabelecer que a lei regula “*os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração*” - e de alguns autores pretenderem reconduzir a união de facto a um casamento sem forma, ou com forma diversa de celebração -, ensinam-nos os mesmos autores que não se pode reconduzir a união de facto a uma dimensão ou vertente negativa do direito de contrair casamento. A dimensão ou vertente negativa do direito de contrair casamento, sublinhe-se, é o direito de não casar (mais amplo do que viver em união de facto, pois pode ainda significar ficar em solidão, relacionar-se esporadicamente ou pontualmente ou até viver em promiscuidade).

Para estes autores, cuja posição adoptamos, o princípio da protecção da união de facto decorre do direito ao desenvolvimento da personalidade, que a revisão constitucional de 1997 reconheceu de modo explícito no n.º 1 do artigo 26.º. Considerando o direito ao desenvolvimento da personalidade como o direito do indivíduo a afirmar livremente a sua identidade - com as suas diferenças e a sua autonomia, sem estar vinculado a modelos externamente impostos, conferindo-lhe o seu direito a viver a sua vida, do modo que escolher, desde que daí não resultem prejuízos para terceiros -, estabelecer uma união de facto é certamente uma manifestação ou forma de exercício desse direito²³. Se o direito

dada pelo TEDH ao artigo 8.º da Convenção. Entende, todavia, a autora que a inclusão constitucional ao lado do casamento não exige uma regulamentação idêntica que, aliás, não se justifica face ao princípio da igualdade do artigo 13.º CRP.

- 21 PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G., *Curso*, cit., pp. 56 e ss. Mas também LEITE DE CAMPOS, D., *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão de 2012), pp. 102-103; CID, N., *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 502 e ss, em particular na p. 506: “Não nos parece que o legislador constituinte tenha querido contemplar ‘a união de facto’ no art. 36.º, n.º 1, da C.R.P., nem sequer implicitamente, nem sequer no singular, que aqui usamos como forma de aludir à união de facto entre duas pessoas de sexo diferente, e tal como Pereira Coelho, cremos que o artigo 16.º, 2 [ao impor a interpretação dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais de harmonia com a DUDH], da C.R.P. também reclama esta conclusão” (vide ainda pp. 539-540); PITÃO, F., *União de facto e economia comum*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 38 e ss. CASTRO MENDES, J., “Anotações diversas – Art. 36.º, n.º 1 (Família e casamento)”, in *Estudos sobre a Constituição*, coordenação de Jorge Miranda, 1.º volume, Livraria Petrony, Lisboa, 1976-1979, p. 374, escreveu: “Cremos (...) que a palavra família do art. 36.º não pode razoavelmente deixar de significar o mesmo que no art. 67.º; e que, em face deste, se deve estender circunscrita à família modelo legal, à família fundada no casamento”. Mas ao autor havia referido previamente, na p. 373, que “a união de facto more uxório deve merecer uma certa medida de protecção” e que seria “mais curial atribuir à Constituição uma noção de família baseada no modelo de facto da família ocidental: união monogâmica e monoândrica duradoura”.
- 22 No mesmo sentido, MIRANDA, J./MEDEIROS, R., *Constituição*, cit., anot. ao artigo 36.º, p. 399, VI.
- 23 Sublinhamos as dimensões do direito ao livre desenvolvimento da personalidade assinaladas por GOMES CANOTILHO, J./MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., anot. ao artigo 26.º, p. 463, III,

ao desenvolvimento da personalidade tutela o substracto da individualidade, segundo a decisão própria e autónoma de cada um, abrange também a tutela da liberdade geral de acção da pessoa humana, reconhecendo a cada indivíduo um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal liberto de intervenção jurídica. A legislação que proibisse a união de facto, que a penalizasse, impondo sanções aos membros da relação e coarctando de modo intolerável o direito de as pessoas viverem em união de facto, seria, pois, manifestamente inconstitucional.

É pacífico, mesmo para quem entenda que o artigo 36.º da CRP inclui a união de facto no seu âmbito normativo, que a sua protecção constitucional não exige, todavia, que o legislador dê à união de facto efeitos idênticos aos que atribui ao casamento, equiparando as duas situações²⁴. Nem se diga que o diferente tratamento do casamento e da união de facto viola o princípio da igualdade (artigo 13.º CRP), pois este princípio apenas proíbe discriminações arbitrárias ou desprovidas de fundamento ou de justificação racional. Ora, o casamento e a união de facto são situações materialmente diferentes: os casados assumem o compromisso de vida em comum; os membros da união de facto não assumem, não querem ou não podem assumir esse compromisso²⁵. Nas palavras de DIOGO LEITE DE CAMPOS, “entre o casamento e a união de facto há extremas marcas que impedem que se fale de analogia jurídica”²⁶. O desfavor ou desprotecção dos unidos de facto relativamente aos cônjuges é assim objectivamente fundado, e este entendimento é também perfilhado pelo Tribunal Constitucional, que já decidiu que: “na óptica do princípio da igualdade, a situação de duas pessoas que declaram a intenção de conceder relevância jurídica à sua união e a submeter a um determinado regime (um específico vínculo jurídico, com direitos e deveres

de formação livre da personalidade, sem planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade e de protecção da liberdade de acção de acordo com o projecto de vida e a vocação e capacidades pessoais. Lapidamente, nas palavras de OLIVEIRA, G., “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, cit., p. 140: “A união de facto deve continuar a ser não jurídica”.

- 24 Mesmo para GOMES CANOTILHO, J./MOREIRA, V., *Constituição*, cit., anot. ao artigo 36.º, p. 561, II, que, como vimos, entendem que a união de facto está protegida pelo artigo 36.º, n.º 1, da CRP, “nada impõe constitucionalmente um tratamento jurídico inteiramente igual das famílias baseadas no casamento e das não matrimonializadas, desde que as diferenciações não sejam arbitrárias, irrazoáveis ou desproporcionadas e tenham em conta todos os direitos e interesses em jogo”. No mesmo sentido, CRISTINA ARAÚJO DIAS, “Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar”, cit., p. 460, que entende que a inclusão constitucional ao lado do casamento não exige uma regulamentação idêntica que, aliás, não se justifica face ao princípio da igualdade do artigo 13.º CRP, e MIRANDA, J./MEDEIROS, R., *Constituição*, cit., anot. ao artigo 36.º, p. 402, VI.
- 25 PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G., *Curso*, cit., pp. 58-60.
- 26 Cfr. LEITE DE CAMPOS, D., *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., p. 22. Refere o autor que, enquanto o casamento é um contrato, determinante, por si mesmo, de efeitos jurídicos que se impõem aos cônjuges, ao passo que a união de facto é um estado cujo conteúdo e duração está dependente da vontade dos concubinos. GRAY, J., *Enlightenment’s Wake: Politics and Culture at the Close of Modern Age*, Routledge, Londres, 2007, p. 33, chama a atenção para o facto de o casamento (ao conferir o reconhecimento social das relações daqueles que o contraem) ter valor mesmo para aqueles que escolherem apenas viver juntos, na medida em que constitui um padrão público da relação em que escolheram não entrar.

e um processo especial de dissolução) não tem de ser equiparada à de quem, intencionalmente, opta por o não fazer”²⁷.

Forçoso é também reconhecer que uma legislação que equiparasse totalmente a união de facto ao casamento seria inconstitucional, fosse qual fosse a via por que essa equiparação se fizesse²⁸, na medida em que retiraria aos particulares a possibilidade de partilharem uma vida em comum sem estarem ligados pelos laços apertados do casamento. Do mero facto de coabitarem, com mais ou menos requisitos, resultaria uma submissão a efeitos que claramente extrapolariam da vontade dos conviventes²⁹. A decisão de casar é uma opção constitucionalmente protegida, mas a decisão de não casar também o é. Entre as fronteiras da penalização da união de facto e da sua equiparação ao casamento, disse-nos PEREIRA COELHO³⁰, “vale o princípio democrático, que permite ao legislador ordinário conformar livremente o regime da união de facto, de acordo com a opção mais progressista ou conservadora da política familiar adoptada”.

Não sendo a união de facto uma forma de contrair casamento, mas implicando um projecto de vida totalmente diverso, que deve ser respeitado e valorado pelo legislador e, portanto, não cabendo no âmbito de protecção “do direito a

27 Cfr. o Acórdão TC n.º 159/2005 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 29 de Março, que veio a concluir que o “legislador constitucional não pode ter pretendido retirar todo o espaço à prossecução, pelo legislador infraconstitucional, cujo programa é sufragado democraticamente, de objectivos políticos de incentivo ao matrimónio enquanto instituição social, mediante a formulação de um regime jurídico próprio – por exemplo, distinguindo entre a posição sucessória do convivente em união de facto (reduzida ao referido direito a exigir alimentos da herança) e a do cônjuge. A diferenciação de tratamento em causa na presente norma não pode, assim, ser considerada como destituída de fundamento razoável ou arbitrária”.

28 PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G., *Curso*, cit., p. 62.

29 HORSTER, H. “Há necessidade de legislar em matéria de união de facto?”, cit., p. 71, escreveu: “A união de facto corresponderá, na maioria dos casos, a uma opção de vida de acordo com a autonomia da vontade de quem a escolheu e o legislador há-de respeitar esta opção e as razões multifacetadas e complexas que a podem ter motivado. Apenas quando interesses de terceiros, i.e. da comunidade, ou a necessidade da protecção dos mais fracos, i.e. dos filhos (na maioria dos casos), o justificarem, o legislador pode e deve intervir”.

Neste sentido, LOBO XAVIER, R., “Novas sobre a união ‘*more uxório*’ em Portugal” in AA.VV.: *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, GOMES, J. (coord.), Publicações Universidade Católica, Lisboa, 2002, pp. 1398 e 1401, referindo-se ao tratamento que a união de facto tem merecido em Portugal, chama a atenção para a distinção entre um estatuto, que chama de social, que define os direitos das pessoas a viver em união de facto face aos organismos públicos e à sociedade em geral, e que vai progressivamente aumentando, e um estatuto que designa por “privado”, relativo aos próprios direitos e deveres recíprocos entre essas pessoas, que foi sendo ignorado pela lei. Na verdade, segundo a autora, o regime português desresponsabilizou totalmente os indivíduos nas suas relações recíprocas e para com a sociedade, ao contrário de regimes civilizacionalmente próximos em que o reconhecimento de direitos àqueles que vivem em união de facto perante o Estado e a sociedade em geral depende da vinculação dos próprios a determinados deveres recíprocos. A autora refere, a este propósito, o regime do Pacts, em que a solidariedade implica uma obrigação de ajuda mútua recíproca, uma presunção de indivisão dos bens adquiridos e uma responsabilidade de ambos os companheiros pelas dívidas contraídas para ocorrer às necessidades da vida corrente. Em caso de dissolução do pacto, a liquidação dos direitos e obrigações é feita por acordo, e, na falta de acordo, é o juiz que decide sobre as consequências patrimoniais da ruptura, sem prejuízo da reparação dos danos eventualmente sofridos. A autora escreveu ao tempo da vigência da Lei 135/99, mas as alterações legislativas posteriores vieram, em nossa opinião, confirmar a tendência assinalada.

30 Assim, PEREIRA COELHO, F., “Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade”, in *Ciclo de conferências em homenagem póstuma ao Prof. Manuel de Andrade*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 67 e ss., falando de violação do direito de não casar.

casar e a constituir família” do artigo 36.º da CRP, sublinhe-se, todavia, que, no nosso entendimento, o casal nascido da união de facto juridicamente protegida também é família, para efeitos da protecção institucional conferida pelo artigo 67.º da CRP. Note-se, em favor desta nossa posição, o modo como o legislador, em cumprimento do disposto no artigo 67.º, n.º 2, da CRP, conformou a posição dos unidos de facto, no sentido de lhes conceder protecção da casa de morada de família, de os beneficiar com o regime jurídico aplicável a pessoas casadas em matéria de férias, feriados, faltas, licenças, de preferência na colocação dos trabalhadores da Administração Pública; com a aplicação do regime do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, concedendo-lhes protecção social na eventualidade de morte do beneficiário, por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social, bem como prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, a pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País, ou a inclusão do unido de facto no elenco dos titulares do direito à indemnização por danos não patrimoniais por morte da vítima, no n.º 3 do artigo 496.º. São expressões da valoração pelo legislador ordinário da fundamentalidade reconhecida a esta forma de organização da vida familiar. Na verdade, a vinculação jurídico-material do legislador à Constituição e, em especial, à protecção da família como instituição, não é de modo a eliminar a sua liberdade de conformação legislativa, cabendo-lhe, dentro dos limites constitucionais, definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que hão-de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente, bem como definir o regime concreto a que essas relações ficarão sujeitas.

III. EFEITOS DA UNIÃO DE FACTO.

No que aos efeitos da união de facto diz respeito, as conclusões a retirar do que dissemos no ponto anterior são claras: união de facto e casamento não produzem os mesmos efeitos. Em termos pessoais, os unidos não estão vinculados pelos deveres conjugais, não estabelecem relações de afinidade com os parentes do outro, nem podem alterar o seu nome de modo a acomodar os apelidos do outro. Em termos patrimoniais, a união de facto não permite a aplicação de um regime de bens, nem das regras que disciplinam as relações patrimoniais dos cônjuges independentemente do regime de bens, como a administração de bens e regime da responsabilidade por dívidas³¹. Neste âmbito, aplicar-se-á, pois, entre os unidos o regime geral das relações obrigacionais e reais³².

31 É discutível a aplicação aos unidos de facto dos artigos 1691.º b) e 1695.º do CC, sobre responsabilidade por dívidas para ocorrerem aos encargos da vida corrente.

32 Os contratos de coabitação, ainda que admissíveis ao abrigo da liberdade contratual (consagrada no artigo 405.º do CC), não são habituais em Portugal. Vide as limitações a que estariam sujeitos em PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G., *Curso*, pp. 83-84.

Mas o artigo 3.º da Lei 7/2001 garante uma série de efeitos à união de facto³³, a que acrescem disposições dispersas noutras diplomas. Vejamos. Nele encontramos consagrado o direito de as pessoas que vivem em união de facto a beneficiarem do regime jurídico aplicável a pessoas casadas em matéria de férias, feriados, faltas, licenças e de preferência na colocação dos trabalhadores da Administração Pública, ou a beneficiarem de regime jurídico equiparado ao aplicável a pessoas casadas vinculadas por contrato de trabalho, em matéria de férias, feriados, faltas e licenças³⁴; o direito à aplicação do regime do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares nas mesmas condições aplicáveis aos sujeitos passivos casados e não separados de pessoas e bens; o direito à protecção social na eventualidade de morte do beneficiário, por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social, a prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, por aplicação dos regimes jurídicos respectivos, e a pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao país. O artigo 6.º esclarece que o membro sobrevivente da união de facto beneficia daqueles direitos, independentemente da necessidade de alimentos³⁵. A entidade responsável pelo pagamento das prestações, quando entenda que existem fundadas dúvidas sobre a existência da união de facto, pode solicitar meios de prova complementares, designadamente declaração emitida pela Autoridade Tributária e Aduaneira ou pelo Instituto dos Registos e do Notariado, l. P., onde se ateste que à data da morte os membros da união de facto tinham domicílio fiscal comum há mais de dois anos. Quando, na sequência destas diligências, subsistam dúvidas, a entidade responsável pelo pagamento das prestações deve promover a competente acção judicial com vista à sua comprovação.

33 Note-se que qualquer disposição em vigor tendente à atribuição de direitos ou benefícios fundados na união de facto é aplicável independentemente do género dos seus membros (cfr. artigo 3.º, n.º 3), sem prejuízo do disposto no artigo 7.º relativamente à adopção, e no n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, sobre a procriação medicamente assistida.

34 Vide a Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, bem como o Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

35 A questão era controversa, em face dos múltiplos acórdãos sobre o regime da atribuição de pensão de sobrevivência ao unido de facto, que fazia depender a titularidade do direito a essa pensão da prova pelo companheiro sobrevivente da impossibilidade de obtenção de alimentos da herança do companheiro falecido. Vide o nosso *Propriedade e Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 245 ss, para desenvolvimentos. Sobre esta problemática, na doutrina, veja-se, LOBO XAVIER, R., “União de facto e pensões de sobrevivência. Anotação aos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 195/03 e 88/04”, in *Jurisprudência constitucional*, 3, 2004, pp. 16 e ss. Após a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, que veio alterar o artigo 3.º da Lei 7/2001, no sentido de atribuir ao unido de facto a mesma protecção social na eventualidade de morte do beneficiário de que beneficia o cônjuge, surgiu nova controvérsia, agora sobre a aplicação temporal desta norma. Vide, sobre a questão, TEIXEIRA DE SOUSA, M., “De novo sobre o regime da união de facto e aplicação da lei no tempo”, *CDPiv.*, 42, 2013, pp. 27 e ss, em apoio do AUJ 3/2013, de 15 de Março, que veio considerar aplicável o novo regime das prestações sociais em caso de óbito de um dos elementos da união de facto beneficiário de sistema de Segurança Social também às situações em que o óbito do beneficiário ocorreu antes da entrada em vigor do novo regime. Muito recentemente, o Acórdão do STJ, de 11 de Maio de 2017 (AUJ 7/2017) veio uniformizar jurisprudência no seguinte sentido: “O membro sobrevivente da união de facto tem direito a pensão de sobrevivência, por morte do companheiro, beneficiário do sector bancário, mesmo que o regime especial de segurança social aplicável, constante de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, para que remete a Lei n.º 7/2001, não preveja a atribuição desse direito”.

Fora do âmbito da Lei n.º 7/2001, encontramos importantes medidas de protecção noutros diplomas. O artigo 2020.º do CC prevê a possibilidade de o membro sobrevivente da união de facto exigir alimentos da herança do falecido. Este direito caduca se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão e cessa, nos termos do artigo 2019.º,³⁶ se o alimentado contrair novo casamento, iniciar união de facto ou se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral. O artigo 496.º, n.º 2, também do CC, sobre os danos não patrimoniais, por morte da vítima, determina que o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem. O n.º 3, aditado pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto³⁷, veio definir que se a vítima vivia

36 Por força do n.º 3 do artigo 2020.º

37 O Acórdão TC n.º 275/02, que considerou inconstitucional, por violação do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição conjugado com o princípio da proporcionalidade, a norma do n.º 2 do artigo 496.º do Código Civil, na parte em que, em caso de morte da vítima de um crime doloso, excluía a atribuição de um direito de “indemnização por danos não patrimoniais” pessoalmente sofridos pela pessoa que convivia com a vítima em situação de união de facto, estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges. Posteriormente, o Acórdão do TC n.º 86/200 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 6 de Fevereiro, não julgou inconstitucional a norma do artigo 496.º, n.º 2, do Código Civil, na medida em que não admitia que a pessoa que vive em união de facto com uma vítima de acidente de viação, do qual resultasse a morte dessa vítima, tinha o direito a receber uma indemnização por danos não patrimoniais. O Acórdão TC n.º 86/2007 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 6 de Fevereiro, a montante, relembrou que a ratio decidendi do juízo de inconstitucionalidade do se encontrava na violação do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição conjugado com o princípio da proporcionalidade. O Tribunal considerou que o confronto entre a justificação da delimitação operada no artigo 496.º, n.º 2, e a dimensão normativa em questão neste recurso conduzia a resultados diversos dos alcançados no Acórdão TC n.º 275/2002, faltando, pois, identidade substancial. Nas palavras do Tribunal: “Não é, com efeito, possível detectar no presente caso qualquer falta grosseira ou evidente de adequação entre a dimensão normativa ora em apreço e as finalidades dessa delimitação, resultante do artigo 496.º, n.º 2 (note-se, aliás, e como se referiu, que o legislador goza, neste âmbito, de uma considerável margem de discricionariedade para ponderar os vários interesses envolvidos, e sem que se possa retirar da Constituição um certo e único regime constitucionalmente admissível, e que, na dúvida, sobre tal inadequação sempre seria de decidir no sentido da inexistência de inconstitucionalidade). É o que facilmente se conclui, desde logo, para a justificação consistente na necessidade de limitar as pretensões indemnizatórias, por razões de certeza, que se pode revelar procedente para lesões que se verificam com uma frequência diária, e sem qualquer relação prévia entre lesante e lesado (diversamente do que acontecia com a lesão provocada pelo homicídio no caso do Acórdão n.º 275/2002)”. Sem tal limitação, os prejuízos não patrimoniais resultantes da morte poderiam ser invocados frequentemente, e “por vezes por um número considerável de pessoas, com o resultado de o responsável ter que pagar quantia avultadíssima ou com o de a cada um dos prejudicados se dar uma importância tão diminuta que seria praticamente nula” (nas palavras de Vaz Serra). O que é reforçado pela consideração da expectativa do lesante de se não ver assoberbado com um número não definido de pretensões indemnizatórias. Na verdade, afirmou-se, no caso decidido pelo Acórdão n.º 275/2002, que “não merece certamente tutela o eventual interesse do homicida doloso em se eximir à compensação de todos os danos que provocou com o homicídio”. Tal posição do lesante, se não merecia protecção, dada a “gravidade extrema do ilícito” e o dolo do lesante, no caso do Acórdão n.º 275/2002, não foi agora considerada irrelevante – sob pena de erro grosseiro de avaliação do legislador – no caso dos autos, em que estava em causa a infracção de regras legais de circulação rodoviária e de deveres de cuidado, com negligência do lesante, da qual veio a resultar o acidente que provocou a morte. E neste sentido salientou que a solução encontrada no Acórdão n.º 275/2002, “diferente da, aqui, defendida, tem, confessadamente, a marca da gravidade extrema do ilícito”, ou com quem considera questionável a extensão dessa solução “às situações, mais frequentes, em que a pretensão indemnizatória se insere no quadro da responsabilidade civil por negligência ou pelo risco”. E isto, entendeu o Tribunal, quer para quem não subscrevesse o juízo de inconstitucionalidade a que chegou o Acórdão n.º 275/2002, quer para quem adoptasse a posição que nele fez vencimento. Concluiu, pois, o Tribunal que “a norma do artigo 496.º, n.º 2, do Código Civil, na parte em que exclui o direito a indemnização por danos não patrimoniais da pessoa que vivia em união de facto com a vítima mortal de acidente de viação resultante de culpa exclusiva de outrem, não viola nem o princípio da igualdade nem o artigo 36.º, n.º 1, da Constituição conjugado com o princípio da proporcionalidade, parâmetros constitucionais invocados

em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes.

Para além da já referida possibilidade de o estrangeiro, unido de facto há mais de três anos com um português, declarar a pretensão de aquisição da nacionalidade portuguesa, a união de facto produz outros efeitos pessoais. Assim, o artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, reconhece a todas as pessoas que vivam em união de facto o direito de adoção em condições análogas às previstas no artigo 1979.º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adoção por pessoas não casadas. Do mesmo modo, nos termos do artigo 6.º da Lei n.º 32/2016, de 26 de Julho, podem recorrer às técnicas de procriação medicamente assistida os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.

Nos termos do artigo 46.º, n.º 2, da Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, considera-se que constituem uma família, para efeitos de medidas de acolhimento familiar, duas pessoas casadas entre si ou que vivam uma com a outra há mais de dois anos em união de facto ou parentes que vivam em comunhão de mesa e habitação. E no Código de Processo Civil, o artigo 497.º, 2, alínea d), considera que se pode recusar legitimamente a depor quem conviver, ou tiver convivido, em união de facto em condições análogas às dos cônjuges com alguma das partes na causa.

No que diz respeito aos filhos dos unidos de facto, nas acções de investigação da paternidade, presume-se a paternidade quando, durante o período legal de concepção, tenha existido comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges ou concubinato duradouro entre a mãe e o pretenso pai³⁸. Já quanto ao exercício das responsabilidades parentais, o artigo 1911.º, n.º 1, manda aplicar ao exercício das responsabilidades parentais os artigos 1901.º a 1904.º, isto é, o regime a vigorar na constância do casamento, quando a filiação se encontre estabelecida relativamente a ambos os progenitores e estes vivam em condições análogas às dos cônjuges. Em caso de dissociação familiar, o artigo 1911.º, n.º 2, determina aplicáveis as disposições dos artigos 1905.º a 1908.º, relativas ao divórcio, separação de pessoas e bens ou declaração de nulidade ou anulação do casamento³⁹. O legislador cumpriu integralmente o princípio constitucionalmente

pelo recorrente (já que nada mais se pode retirar, no sentido da inconstitucionalidade, da invocação da 'concepção constitucional de família vertida no art.º 67.º, n.º 1 da Constituição', que não tenha já sido considerado na fundamentação que antecede)". Sobre a alteração, ver OLIVEIRA, G., "Notas sobre a Lei n.º 23/2010," cit., p. 148.

38 Cfr. artigo 1871.º, alínea d), do Código Civil.

39 Bem como o disposto no artigo 1909.º, n.º 2, sempre que os progenitores pretendam regular por mútuo acordo o exercício das responsabilidades parentais.

consagrado no artigo 36.º, 4, da CRP, que proíbe a discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento⁴⁰.

Note-se, por último, que a extinção da união de facto não confere aos unidos qualquer específico direito a indemnização⁴¹, nem há lugar a uma pretensa separação de meações. Cessando a união de facto, cada um dos sujeitos da relação tem direito a participar na liquidação do património adquirido pelo esforço comum⁴² que, entende a nossa jurisprudência, pode ser feita de acordo com as normas disciplinadoras da dissolução e liquidação das sociedades civis⁴³. Outra via será a de o convivente em união de facto, que se considere empobrecido relativamente aos bens em cuja aquisição participou, pedir que o outro convivente seja condenado a reembolsá-lo, com fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, nos termos dos artigos 473.º, 474.º e 479, n.º I do Código Civil. Note-se, contudo, que o enriquecimento sem causa pode encontrar dificuldades várias. Como bem decidiu o Acórdão do STJ, de 20 de Março de 2014⁴⁴: “isto porque se considera que houve então uma causa justificativa para tais atribuições patrimoniais impeditiva da conclusão de que o prestado foi indevido; essa causa justificativa reside, precisamente, na subsistência da união de facto, para a qual cada um dos membros contribuiu em termos materiais pela forma tacitamente acordada pelo casal enquanto a relação se manteve”⁴⁵. No mesmo sentido, mais recentemente, o Acórdão do STJ, de 24 de Outubro de 2017⁴⁶: “Não decorrendo da união de facto quaisquer obrigações decorrentes de um dever de assistência entre o casal assim formado há que entender que tudo o que possa ser prestado por ambos, mesmo a nível de trabalho doméstico terá de ser entendido como uma obrigação natural, de coercitividade e repetição impossíveis, atenta a natureza da relação instituída (...)”.

40 Cfr. PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G., *Curso*, cit., pp. 790 e ss.

41 Como decidiu o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Julho de 2011 [Processo: 3084/07.7TBPTM. EI.SI], “I- Não estando, como não está, o unido de facto vinculado juridicamente ao cumprimento dos deveres conjugais previstos nos arts 1672.º e segs. do CC, e porque o regime da união de facto nada prevê nesse sentido, necessariamente, não existe o direito a indemnização pela ruptura daquela união nem pelos eventuais danos não patrimoniais que a dissolução daquela tenha causado. II - Em caso de dissolução da união de facto, o trabalho doméstico que a autora fez enquanto viveu naquela situação com o réu, porque constitui uma participação livre para a economia comum baseada na entreadjada ou partilha de recursos, não lhe confere o direito de restituição do respectivo valor”.

42 Que não se provou existir no Acórdão do STJ, de 9 de Março de 2004 [04B11].

43 Assim, o Acórdão do STJ, de 14 de Março de 2002 [Processo: 02B291]. Cfr. os artigos 1011.º e ss. do CC, bem como o artigo 1068.º do Código de Processo Civil.

44 [Processo: 2152/09.5TBBERG.GI.SI]. Como decidiu o Acórdão de revista excepcional do STJ, de 21 de Maio de 2011 [Processo: 122/09.2TBVFC-A.LI.SI] - na esteira do Acórdão do STJ, de 15 de Novembro de 1995 [087127] -, o prazo de prescrição de três anos do direito à restituição fundada no enriquecimento sem causa, dada a deslocação patrimonial do empobrecido a favor do património do enriquecido em razão da união de facto, surge com o termo da união de facto.

45 Já o Acórdão do STJ, de 1 de Julho de 1993 [Processo: 083655], havia decidido que as quantias despendidas por cada um dos partícipes com gastos normais e correntes de manutenção da vida em comum não são restituíveis, finda que seja a união de facto.

46 [Processo: 3712/15.0T8GDM.PI.SI].

IV. O CASO ESPECIAL DA PROTECÇÃO DA CASA DE MORADA.

Uma questão nuclear na protecção da união de facto é aquela que se prende com o destino da casa de morada em caso da extinção da união de facto⁴⁷. Nos termos do artigo 8.º, I, da Lei n.º 7/2001, a união de facto dissolve-se com o falecimento de um dos membros, por vontade de um dos seus membros e com o casamento de um dos membros. É àquele particular regime que vamos agora dedicar a nossa atenção, analisando separadamente os preceitos aplicáveis em caso de ruptura e em caso de morte.

I. Em caso de ruptura.

O artigo 4.º da Lei 7/2001 determina que, em caso de ruptura⁴⁸, se aplica o disposto nos artigos 1105.º e 1793.º do Código Civil, com as necessárias adaptações. O artigo 1105.º, aplicável à situação em que a casa é arrendada, determina que, incidindo o arrendamento sobre casa de morada de família, o seu destino será, em caso ruptura, decidido por acordo dos unidos, podendo estes optar pela transmissão ou pela concentração a favor de um deles. Na falta de acordo, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta a necessidade de cada um, os interesses dos filhos e outros factores relevantes. A transferência ou a concentração acordadas e homologadas pelo juiz ou pelo conservador do registo civil ou a decisão judicial a elas relativa são notificadas oficiosamente ao senhorio.

Já o artigo 1793.º do Código Civil refere-se aos casos em que a casa é comum ou própria do outro cônjuge. Determina o n.º I deste preceito que: “Pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada da família, quer esta seja comum quer própria do outro, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal”. Nos termos do n.º 2, aquele arrendamento fica sujeito às regras do arrendamento para habitação, mas o tribunal pode definir as condições do contrato, ouvidos os cônjuges, e fazer caducar o arrendamento, a requerimento

47 O artigo 4.º, n.º 3, da Lei 135/99 estabelecia que, em caso de separação “pode ser acordada entre os interessados a transmissão do arrendamento em termos idênticos aos previstos no n.º I do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano”. E no n.º 4 lia-se que “O disposto no artigo 1793.º do Código Civil e no n.º 2 do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano é aplicável à união de facto se o tribunal entender que tal é necessário, designadamente tendo em conta o interesse dos filhos do casal”. Na redacção da Lei n.º 7/2001, o artigo 4.º, n.º 3 manteve a sua redacção. Mas o n.º 4 foi alterado no sentido de o disposto no artigo 1793.º do Código Civil e no n.º 2 do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano ser aplicável à união de facto “se o tribunal entender que tal é necessário, designadamente tendo em conta, consoante os casos, o interesse dos filhos ou do membro sobrevivente”. A Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, veio dar nova redacção ao artigo, e estabeleceu, de forma sistematicamente correcta, a equiparação entre a ruptura da união de facto e o divórcio no artigo 4.º “O disposto nos artigos 1105.º e 1793.º do Código Civil é aplicável, com as necessárias adaptações, em caso de ruptura da união de facto”.

48 Note-se que a dissolução prevista em caso de ruptura tem de ser judicialmente declarada quando se pretendam fazer valer direitos que dependam dela. A declaração judicial de dissolução da união de facto deve ser proferida na acção mediante a qual o interessado pretende exercer direitos dependentes da dissolução da união de facto, ou em acção que siga o regime processual das acções de estado (cfr. artigo 8.º, 2 e 3).

do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem⁴⁹. Parece-nos incontroverso que do artigo 1793.º resulta uma restrição do direito de propriedade, garantida, prima facie, no artigo 62.º da CRP, entendida como norma jusfundamental permissiva do livre uso, aproveitamento e fruição dos bens⁵⁰; a imposição de um arrendamento forçado impõe, indubitavelmente, ao proprietário uma limitação na sua titularidade, uma interferência com a sua potestas uti domini que, indiscutivelmente, cabe no âmbito de protecção do artigo 62.º⁵¹. É certo que o direito de propriedade não é um direito absoluto, mas antes um direito a ser moldado pelo legislador, “nos termos da constituição”. O legislador, todavia, não é livre de conferir qualquer conteúdo à norma restritiva do direito; antes é necessário que esta norma restritiva tenha, na perspectiva global da Constituição, um sentido que seja conforme com o quadro valorativo estabelecido⁵². As intervenções de cunho restritivo⁵³, nos termos do artigo 18.º, n.º 2 e 3, não devem exceder o necessário para salvaguarda de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, nem afectar o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais que os tutelam. Já defendemos que a atribuição da casa de morada de família a ex-cônjuge, quando não haja filhos, ou quando os filhos não fiquem a residir na casa, é uma restrição ao direito de propriedade que não nos parece constitucionalmente justificada por outros “direitos ou interesses legalmente protegidos”⁵⁴.

Como dissemos, o artigo 4.º da Lei n.º 7/2001 manda aplicar o artigo 1793.º às situações de ruptura da união de facto, ou seja, veio estabelecer o mesmo tratamento legal dos ex-unidos e dos ex-cônjuges no que à atribuição da casa de família diz respeito. A aplicação à união de facto dos artigos 1793.º CC e

-
- 49 O regime fixado pode ser alterado nos termos gerais da jurisdição voluntária (cfr. n.º 3 do artigo 1793.º).
- 50 Relembramos GOMES CANOTILHO, J./MOREIRA, V., *Constituição*, cit., anot. ao artigo 62.º, p. 804, VIII; SOUSA RIBEIRO, J., *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009, p. 12; SOUSA FRANCO, A./D’OLIVEIRA MARTINS, G., *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 171; bem como os Acórdãos TC n.º 328/94 [Relator: BRAVO SERRA], de 13 de Abril, n.º 148/05 [Relator: VÍTOR GOMES], de 16 de Março, e n.º 345/09 [Relator: VÍTOR GOMES], de 8 de Julho.
- 51 Vide o nosso *Propriedade e Personalidade*, cit., pp 187 ss.
- 52 MIRANDA, J./MEDEIROS, R., *Constituição*, cit., anot. ao artigo 18.º p. 154, VI
- 53 NOVAIS, J., *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 193: “as restrições em sentido estrito têm uma vocação normativa geral e abstracta, o que significa que o prejuízo da liberdade produzido se identifica com uma alteração da própria norma jusfundamental – isto é, verifica-se uma redução, amputação ou eliminação do conteúdo objectivo do direito fundamental constituído, reconhecido, conformado ou delimitado por essa norma, restringindo-se o seu âmbito de protecção”.
- 54 Vide PASSINHAS, S., “L’attribuzione dell’uso della casa familiare in caso di divorzio in Portogallo”, em AA.VV.: *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Carapezza Figlia, G./De Verda y Beamonte, J.R./Frezza, G./Virgadamio, P. (eds.), Edizioni Scientifiche Italiane, Florença, 2016, pp. 393-423.

1005.º CC⁵⁵ corresponde a anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional⁵⁶. O acórdão TC n.º 359/91⁵⁷ declarou a inconstitucionalidade do Assento do STJ de 23 de Abril de 1987, segundo o qual as normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do CC⁵⁸ - que prescreviam que, em caso de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens, o direito ao arrendamento da casa de morada de família podia ser atribuído, por acordo dos cônjuges ou ex-cônjuges, ou, na falta deste, por decisão judicial, ao cônjuge ou ex-cônjuge não arrendatário - não eram aplicáveis às uniões de facto, mesmo que destas houvesse filhos menores. O Tribunal desenvolveu a sua argumentação em torno do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição e aplicou o princípio da não discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento. Nas palavras do Acórdão: “a regra sobre a atribuição da casa de morada de família contém diversos princípios informadores dos quais, em última análise, no plano da respectiva aplicação, vai depender o sentido da própria regra. Ora, um desses conteúdos normativos de que pode depender a transferência do arrendamento, consubstancia-se num princípio da protecção do interesse dos filhos menores. E, desde que se entenda, que o interesse dos filhos apenas vale no caso dos filhos nascidos do casamento e não já relativamente aos filhos cujos pais viviam em união de facto, parece seguro que, no plano específico deste segmento normativo, então erigido em critério decisivo de atribuição do arrendamento se verifica um manifesto tratamento discriminatório relativamente aos filhos cujos pais viviam em união de facto”. Em consequência, o Tribunal decidiu: “considerar inconstitucional o Assento de 23 de Abril de 1987, pois que, por força dele, consente-se um

55 Na versão original do artigo 4.º (casa de morada de família e residência comum) lia-se: “3 - Em caso de separação, pode ser acordada entre os interessados a transmissão do arrendamento em termos idênticos aos previstos no n.º 1 do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano. 4 - O disposto no artigo 1793.º do Código Civil e no n.º 2 do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano é aplicável à união de facto se o tribunal entender que tal é necessário, designadamente tendo em conta, consoante os casos, o interesse dos filhos ou do membro sobrevivente”.

56 Sobre o debate na doutrina e a irradiação da proibição constitucional de discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento no regime da união de facto, ver CID, N., *A comunhão de vida à margem do casamento*, cit., pp. 512 e ss.

57 O acórdão TC n.º 359/91 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 9 de Julho.

58 Era a seguinte a formulação do Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro, desta norma (que teve como antecedente imediato a disposição contida no artigo 45.º da Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948): “2. Obtido o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens, podem os cônjuges acordar em que a posição de arrendatário fique pertencendo a qualquer deles. 3. Na falta de acordo, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta a situação patrimonial dos cônjuges, as circunstâncias de facto relativas à ocupação da casa, o interesse dos filhos, a culpa imputada ao arrendatário na separação ou divórcio, o facto de ser o arrendamento anterior ou posterior ao casamento, e quaisquer outras razões atendíveis; estando o processo pendente no tribunal de menores, cabe a este a decisão. 4. A transferência do direito ao arrendamento para o cônjuge do arrendatário, por efeito de acordo ou decisão judicial, deve ser notificada oficiosamente ao senhorio”. Esta norma foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro e a solução material passou a estar consagrada no artigo 84.º RAU. Com o NRAU (Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro), como sabemos, o regime do arrendamento foi reintegrado no Código Civil e a questão passou a ser tratada pelo artigo 1105.º do CC (comunicabilidade e transmissão em vida para o cônjuge): “1 - Incidindo o arrendamento sobre casa de morada de família, o seu destino é, em caso de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens, decidido por acordo dos cônjuges, podendo estes optar pela transmissão ou pela concentração a favor de um deles. 2 - Na falta de acordo, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta a necessidade de cada um, os interesses dos filhos e outros factores relevantes. 3 - A transferência ou a concentração acordadas e homologadas pelo juiz ou pelo conservador do registo civil ou a decisão judicial a elas relativa são notificadas oficiosamente ao senhorio”.

tratamento diferenciado entre filhos menores, consoante sejam nascidos dentro ou fora do casamento, impondo-se a estes últimos um regime de manifesto desfavor relativamente àqueles, tudo em aberta contravenção com o disposto no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição”.

Pouco tempo depois, o Acórdão TC n.º 1221/96⁵⁹ julgou inconstitucional, por violação do disposto no n.º 4 do artigo 36.º da Constituição da República, a norma do artigo 1793.º na interpretação segundo a qual o regime nela previsto não é aplicável às situações de cessação da união de facto, se constituída esta more uxorio, havendo filhos nascidos dessa união. O Tribunal considerou de manter a linha jurisprudencial seguida pelo Acórdão TC n.º 359/91, pois: “é evidente a correlação entre as situações contempladas nos n.ºs. 2 e 3 do artigo 1110º e no n.º 1 do artigo 1793º: visam aquelas, além do mais, a destinação da casa de morada da família quando os cônjuges vivam em casa arrendada; cuida a última da destinação da casa de morada da família pertença em comum ou própria de um dos cônjuges”, sublinhando que “num caso e noutro, o interesse dos filhos do casal é erigido como critério de ponderação: nesta perspectiva torna-se evidente a similitude entre a situação decorrente da atribuição da casa de morada da família estabelecida em imóvel pertencente a um dos membros do casal e a casa de morada da família constituída em prédio arrendado por um dos membros desse casal”.

A Lei n.º 7/2001, porém, como já antes dela a Lei n.º 135/99, não só confirmaram a jurisprudência de extensão dos efeitos da ruptura do casamento à união de facto, como a ampliaram, admitindo que as mencionadas disposições legais se apliquem à união de facto mesmo que desta não haja filhos menores⁶⁰. A união de facto enquanto relação parafamiliar goza da protecção institucional do artigo 67.º, cabendo ao legislador a conformação concreta da medida dessa protecção, que será sempre de acordo com a fundamentalidade que lhe seja reconhecida. A abertura constitucional a uma tutela directa das uniões de facto não significa que, por força do princípio da igualdade, deva haver um mesmo tratamento legal para pessoas que vivem em união de facto⁶¹, mas a diferença, e a medida dessa diferença, cabem ao legislador determinar. Nas palavras do Acórdão TC n.º 651/09⁶², tendo como pano de fundo as uniões de facto heterossexuais, a *família* que, nos termos do artigo 67.º da Constituição merece a protecção do Estado, “não é só aquela que se funda no matrimónio; é também aquela outra que pressupõe uma comunidade auto-regulada de afectos, vivida estável e duradouramente à

59 Acórdão TC n.º 1221/96 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 4 de Dezembro.

60 O Ac. TRL, de 17 de Fevereiro de 1994 [Processo: 0064116], havia decidido que o artigo 84.º só seria aplicável à união de facto quando desta houvesse filhos menores. No sentido correcto, PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G., *Curso*, cit., pp. 94-95.

61 MIRANDA, J./MEDEIROS, R., *Constituição*, cit., anot. ao artigo 36.º, p. 402, VI.

62 Acórdão TC n.º 651/2009 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 15 de Dezembro.

margem da pluralidade de direitos e deveres que, nos termos da lei civil, unem os cônjuges por força da celebração do casamento”.

Todavia, se o ex-cônjuge, após o divórcio, não cabe no âmbito de protecção do artigo 67.º da CRP, *a fortiori*, tal entendimento deve ser defendido para o ex-unido de facto, ainda com mais intensidade⁶³; os unidos no âmbito da sua autodeterminação pessoal, decidiram assentar a sua relação numa união de facto, rejeitando o vínculo formal do casamento e o estatuto que o legislador lhe associa⁶⁴. A Constituição marca os limites do legislador que se constitui neste sentido, como intérprete, e ao mesmo tempo, instaura os critérios formais e materiais que podem ser seguidos pelo operador jurídico como intérprete, tanto na Constituição como desde a Constituição⁶⁵. Ainda que o conceito de família que a Constituição acolhe como “elemento fundamental da sociedade” seja um conceito aberto e plural, adaptável às necessidades e realidades sociais⁶⁶, não nos parece que aí se possa incluir o ex-unido de facto.

Se a situação das pessoas unidas pelo matrimónio não é idêntica à partida àquela em que se encontram as pessoas que vivam em união de facto, também não o deverá ser após a ruptura. Retomando as palavras do Acórdão TC n.º 57/95⁶⁷: “Havendo liberdade de contrair casamento (artigo 36.º, n.º I, da Constituição), não seria razoável impor às pessoas que, consciente e voluntariamente, não quiseram unir-se matrimonialmente, o regime jurídico pensado para as famílias fundadas no casamento, que até elas poderão achar inconveniente”. Reiteramos, pois, o nosso juízo de que a atribuição da casa de morada de família a um ex-unido, quando não haja filhos, ou quando os filhos não fiquem a residir na casa, é uma restrição ao direito de propriedade do seu titular não constitucionalmente justificada por outros direitos ou interesses legalmente protegidos.

2. Em caso de falecimento de um dos unidos.

Nos termos do artigo 1106.º CC⁶⁸, o arrendamento para habitação não caduca por morte do arrendatário quando lhe sobreviva pessoa que com ele vivesse

63 Parece-nos que no mesmo sentido, PINHEIRO, J., “O direito do arrendatário face ao casamento e ao divórcio”, *Estudos em homenagem no centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha*, Almedina, 2012, p. 494.

64 Relembremos as palavras de AMARAL, M. L., Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador, Coimbra Editora, 1998, p. 547: “O ‘valor’ que orienta o n.º I do art. 62 é – pelo menos ‘em parte’ – o da garantia de um espaço de autonomia pessoal”.

65 Cfr. FREIXES SANJUÁN, T., “Una aproximación al método de interpretación constitucional”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 4, 1993, pp. 39-40.

66 Acórdão TC n.º 359/09 [Relator: PAMPLONA DE OLIVEIRA], de 9 de Julho.

67 Acórdão TC n.º 57/95 [Relator: ALVES CORREIA], de 16 de Fevereiro (estava em causa a lei de autorização dos diplomas reguladores do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) e do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC) e legislação complementar).

68 O artigo 57.º da Lei 6/2006, de 1 de Fevereiro, por remissão dos artigos 26.º e 27.º do mesmo diploma, estabelece um regime transitório para os arrendamentos anteriores ao NRAU. O artigo 57.º da Lei n.º

em união de facto há mais de um ano. A transmissão da posição de arrendatário depende de, à data da morte do arrendatário, o transmissário residir no locado há mais de um ano e, havendo várias pessoas com direito à transmissão, a posição do arrendatário transmite-se, em igualdade de circunstâncias, sucessivamente para o cônjuge sobrevivente ou pessoa que com o falecido vivesse em união de facto, para o parente ou afim mais próximo ou, de entre estes, para o mais velho ou para a mais velha de entre as restantes pessoas que com ele residissem em economia comum. O direito à transmissão previsto nos números anteriores não se verifica se, à data da morte do arrendatário, o titular desse direito tiver outra casa, própria ou arrendada, na área dos concelhos de Lisboa ou do Porto e seus limítrofes ou no respectivo concelho quanto ao resto do País.

Não é unânime a qualificação da natureza da transmissão do arrendamento por morte, previsto, quer no artigo 1106.º do CC, quer no artigo 57.º da Lei n.º 6/2006. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁶⁹ considera a atribuição do direito de arrendamento de uma casa para habitação um legado legítimo, e JORGE DUARTE PINHEIRO⁷⁰ qualifica-o mesmo como um legado legitimário. Pelo contrário, OLIVEIRA ASCENSÃO⁷¹, LUIS CARVALHO FERNANDES⁷² e RITA LOBO XAVIER⁷³ partilham da posição

6/2006, também na redacção da Lei n.º 31/2012, estabelece que: "1 - O arrendamento para habitação não caduca por morte do primitivo arrendatário quando lhe sobreviva: a) Cônjuge com residência no locado; b) Pessoa que com ele vivesse em união de facto há mais de dois anos, com residência no locado há mais de um ano; c) Ascendente em 1.º grau que com ele convivesse há mais de um ano; d) Filho ou enteado com menos de 1 ano de idade ou que com ele convivesse há mais de 1 ano e seja menor de idade ou, tendo idade inferior a 26 anos, frequente o 11.º ou o 12.º ano de escolaridade ou estabelecimento de ensino médio ou superior; e) Filho ou enteado, que com ele convivesse há mais de um ano, portador de deficiência com grau comprovado de incapacidade superior a 60 %. 2 - Nos casos do número anterior, a posição do arrendatário transmite-se, pela ordem das respectivas alíneas, às pessoas nele referidas, preferindo, em igualdade de condições, sucessivamente, o ascendente, filho ou enteado mais velho. 3 - O direito à transmissão previsto nos números anteriores não se verifica se, à data da morte do arrendatário, o titular desse direito tiver outra casa, própria ou arrendada, na área dos concelhos de Lisboa ou do Porto e seus limítrofes ou no respectivo concelho quanto ao resto do País. 4 - Sem prejuízo do disposto no número seguinte, quando ao arrendatário sobreviva mais de um ascendente, há transmissão por morte entre eles. 5 - Quando a posição do arrendatário se transmita para ascendente com idade inferior a 65 anos à data da morte do arrendatário, o contrato fica submetido ao NRAU, aplicando-se, na falta de acordo entre as partes, o disposto para os contratos com prazo certo, pelo período de 2 anos. 6 - Salvo no caso previsto na alínea e) do n.º 1, quando a posição do arrendatário se transmita para filho ou enteado nos termos da alínea d) do mesmo número, o contrato fica submetido ao NRAU na data em que aquele adquirir a maioridade ou, caso frequente o 11.º ou o 12.º ano de escolaridade ou cursos de ensino pós-secundário não superior ou de ensino superior, na data em que perfizer 26 anos, aplicando-se, na falta de acordo entre as partes, o disposto para os contratos com prazo certo, pelo período de 2 anos".

69 TELLES, G., *Direito das Sucessões: Noções fundamentais*, 6.ª ed., Coimbra Editorap. 83.

70 PINHEIRO, J., "A morte do arrendatário", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque I, FDUL*, 2010, p. 925.

71 ASCENSÃO, O., *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 250-251.

72 FERNANDES, L., *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª ed., Quid Iuris, Lisboa, 2012, p. 122.

73 LOBO XAVIER, R., "'Concentração' ou transmissão do direito ao arrendamento habitacional em caso de divórcio ou morte", AA.VV.: *Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, MENEZES CORDEIRO, A/PAIS DE VASCONCELOS, P./COSTA e SILVA, P., (coords), vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 1037, parece seguir Oliveira Ascensão e considerar que não há um verdadeiro fenómeno sucessório, mas sim de uma transmissão ipsa vis legis: "Tratar-se-ia de uma aquisição mortis causa excluída das Sucessões: a aquisição ocorria por morte, mas não haveria um fenómeno sucessório. Neste sentido apontavam as circunstâncias de a lei prever uma ordem de beneficiários diferente dos designados para suceder em termos gerais, as exigências de que os beneficiários tivessem coabitado durante algum tempo com o falecido e o facto de

contrária, pois a transmissão do arrendamento, dando-se embora por morte do arrendatário, segue um regime que se distancia em muito do regime sucessório.

Também nós somos da opinião de que o artigo 1106.º do CC e o artigo 57.º da Lei 6/2006 não configuram um legado legítimo. O argumento decisivo para a nossa tomada de posição prende-se com o facto de, nestas situações, o legislador, ao prever a transmissão do arrendamento por morte do arrendatário, não estar a afectar – em substituição do de cuius - um bem determinado do património daquele, bem de que o de cuius pudesse ele próprio dispor⁷⁴.

Na hipótese de a casa de morada ser própria do unido falecido ou compropriedade dos unidos, o artigo 5.º da Lei 7/2011, na redação que lhe foi dada pela Lei 23/2010, confere hoje protecção ao unido de facto sobrevivivo, quer relativamente à casa de morada, quer ao respectivo recheio. Aí se estabelece, para proteger mais eficazmente a continuidade do lar que viveu em união de facto⁷⁵, que, em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada da família e do respectivo recheio, o membro sobrevivivo pode permanecer na casa, pelo prazo de cinco anos, como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio⁷⁶, ou, no caso de a união de facto ter começado há mais de cinco anos antes da morte, aqueles direitos são

não se aplicar o regime das indignidades sucessórias. Assim, o direito ao arrendamento não tinha de ser relacionado pelo cabeça de casal nem o seu valor contaria para efeitos de partilha sucessória”.

74 Para mais desenvolvimentos, PASSINHAS, S., *Propriedade e personalidade*, cit., pp. 255 e ss.

75 OLIVEIRA, G., “Notas sobre a Lei n.º 23/2010”, p. 145.

76 Cabe uma nota prévia ao facto de, à morte do unido de facto proprietário da casa de morada, atribuir a lei um direito real de habitação da casa e de uso do recheio ao unido sobrevivivo. Estamos perante dois direitos reais de criação ex lege, forma de constituição de direitos reais de gozo pouco comum no nosso ordenamento jurídico e que era considerada, pela doutrina, estranha ao regime do direito de uso e habitação. Nas palavras de ASCENSÃO, O., *Direito Civil: Reais*, 5.ª ed., Coimbra, Editora, Coimbra, 1993, escrevia na p. 481: “nunca há constituição de direito de uso e habitação por lei. Pode haver usufrutos legais, mas não usos legais”. Os direitos reais de gozo ex lege, de que são exemplo mais elucidativo as servidões, são direitos potestativos – ou seja, o poder conferido ao respectivo titular tendente à produção de um efeito jurídico que se produz inelutavelmente na esfera jurídica de outrem, mediante uma declaração de vontade do titular, só de per si ou integrada por um acto de uma autoridade pública (Assim ANDRADE, M., *Teoria geral da relação jurídica I*, Almedina, Coimbra, 1974 [1960], p. 12.) - que podem ser constituídos em concreto por iniciativa do seu titular, através de contrato, de decisão judicial ou administrativa ou por usucapião (analogamente, nas atribuições preferenciais do cônjuge sobrevivivo, a atribuição prevista na lei é de um direito potestativo (ao direito de uso e habitação), que vem a ser depois constituído em concreto na partilha). O regime legal de protecção do unido sobrevivivo não prevê, todavia, nesta fase qualquer intervenção judicial na constituição do direito real de habitação da casa de morada e de uso do recheio que seria importante por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, quanto ao direito de habitação, para a segurança no tráfico jurídico, já que os direitos reais legais (i.e., cuja constituição resulta directamente da lei) não estão sujeitos a registo como condição de eficácia perante terceiros, e, em segundo lugar, agora já relativamente não apenas à habitação da casa, mas também ao uso do recheio, para o controlo do surgimento, da titularidade e da duração desses direitos, protegendo deste modo o(s) herdeiro(s) (agora proprietário(s)), os terceiros adquirentes e o tráfico jurídico, na medida em que o encargo ficaria judicialmente concretizado e delimitado

conferidos por tempo igual⁷⁷ ao da duração da união⁷⁸. Se os membros da união de facto eram comproprietários da casa de morada da família e do respectivo recheio, o sobrevivente tem o direito de uso exclusivo da casa e do recheio. A formulação legal não é a mais correcta. Nos termos do n.º 3 do artigo 5.º, “se os membros da união de facto eram comproprietários da casa de morada de família e do respectivo recheio, o sobrevivente tem os direitos previstos nos números anteriores, em exclusivo”⁷⁹. A leitura correcta do artigo 5.º, n.º 3, será, todavia, aquela que, partindo da qualidade do unido sobrevivente como comproprietário da casa e do recheio, entende a norma como vindo estabelecer e alargar os poderes do unido sobre a casa e sobre o recheio ainda enquanto faculdades compreendidas no seu direito de (com)propriedade. Nos termos do artigo 1406.º, n.º 1, CC, a qualquer dos comproprietários é lícito servir-se da coisa comum, “contanto que a não empregue para fim diferente daquele a que a coisa se destine

77 Admitindo a prova não jurisdicionalizada da existência e da duração da união de facto, e referindo a duração do direito dela a constituir, ou a expansão dos poderes de uso do comproprietário, à duração da união de facto, o legislador desviou-se, em muito, do regime geral da constituição e transmissão dos direitos reais, que são a sentença judicial, a usucapião ou o acordo das partes (na propriedade horizontal, o acto unilateral do proprietário que divide o prédio). Recordemos que, até 2008, a constituição de direitos reais sob forma negocial estava sujeita a escritura pública e só a partir dessa data passou a admitir-se a criação por documento particular certificado. O princípio da segurança jurídica exige segurança na realização do direito, que as restrições legais sejam claras e precisas, ou seja, demanda a calculabilidade e previsibilidade dos sujeitos em relação aos actos que afectam os seus direitos. Sobretudo no campo da criação dos direitos reais, em que a ordenação dominial é forte nos seus efeitos, necessário se torna garantir aos indivíduos cujos direitos serão restringidos, segurança nas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos de terceiros. Acórdão TC n.º 273/04 [Relator: GIL GALVÃO], 20 de Abril (acção pauliana). Como se escreveu no Acórdão TC n.º 215/00: “de facto, a segurança de que o homem necessita para planear e reger toda a sua vida de forma responsável e com respeito pelos fins comunitários é um dos elementos constitutivos do Estado de Direito e que se deduz do artigo 2.º da Constituição”. O princípio geral da segurança jurídica insito no princípio do Estado de Direito prevê que qualquer cidadão possa, de antemão, saber que aos actos que praticar ou negócios que realizar se ligam determinados efeitos, mas também que os actos que os outros pratiquem, incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas decorrentes de normas jurídicas em vigor, garantem fiabilidade, clareza e transparência. A segurança jurídica postula o princípio da precisão ou determinabilidade dos actos normativos, ou seja, a conformação material e formal dos actos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios. Nesta perspectiva se fala de princípios jurídicos de normação jurídica concretizadores das exigências de *determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica* e, conseqüentemente, da segurança jurídica e do Estado de direito. Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 258, e, no mesmo sentido, CASALTA NABAIS, J., *O dever fundamental*, cit., p. 395. Um acto legislativo que não contenha uma disciplina suficientemente concreta (densa, determinada) – no sentido de permitir a restrição do direito de propriedade do *de cuius* por uma duração que será em grande medida determinada pela declaração do seu beneficiário, o unido sobrevivente – não oferece uma medida jurídica capaz de proteger eficazmente as posições jurídicas dos cidadãos. Isto, sem prejuízo, como sublinha NOVAIS, J., *Os princípios*, cit., p. 262, da possibilidade e até da necessidade de o legislador recorrer normalmente a cláusulas gerais e conceitos indeterminados. A determinabilidade das leis ganha particular acuidade no domínio das leis restritivas ou de leis autorizadoras de restrição. Ver Acórdão TC n.º 458/93 [Relator: ARMINDO RIBEIRO MENDES], de 12 de Agosto (segredo de Estado): “O princípio da precisão ou determinabilidade das leis implica que o legislador elabore normas jurídicas *claras*, susceptíveis de interpretação que conduza a um *sentido inequívoco*, e que tenham a *suficiente densidade*, de forma a constituírem uma medida jurídica capaz de alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos” (cursiva no original).

78 O direito real de habitação não é conferido ao membro sobrevivente se este tiver casa própria na área do respectivo concelho da casa de morada da família; no caso das áreas dos concelhos de Lisboa ou do Porto incluem-se os concelhos limítrofes. Excepcionalmente, e por motivos de equidade, o tribunal pode prorrogar os prazos previstos nos números anteriores considerando, designadamente, cuidados dispensados pelo membro sobrevivente à pessoa do falecido ou a familiares deste, e a especial carência em que o membro sobrevivente se encontre, por qualquer causa. caducam se o interessado não habitar a casa por mais de um ano, salvo se a falta de habitação for devida a motivo de força maior.

79 Sublinhado nosso.

e não prive os outros consortes do uso a que igualmente têm direito”. É aqui que o legislador vem intervir, determinando que, ainda que mero comproprietário da casa e do recheio, os poderes ou faculdade do unido sobrevivo se estendem agora à totalidade da coisa⁸⁰. Mas, ressaltamos, afastamos a interpretação de que o legislador veio alargar os poderes do unido comproprietário sobre a sua quota-parte a todo o objecto, sob pena de se vir a permitir que este viesse a realizar sobre a coisa actos de fruição – que não cabem no âmbito dos poderes conferidos pelos direitos de uso e habitação - como, por exemplo, um arrendamento de parte da casa, sem necessidade do assentimento requerido pelo artigo 1424.º, n.º 2, CC. O que o legislador quis dizer – parece-nos ser esta a leitura mais adequada – foi que os poderes de uso que cabiam ao unido sobrevivo pela sua compropriedade são, agora, exercidos sobre todo o objecto, afastando, pois, a aplicação do artigo 1406.º CC.

Esgotado o prazo em que beneficiou do direito de habitação, o membro sobrevivo tem o direito de permanecer no imóvel na qualidade de arrendatário, nas condições gerais do mercado, e tem direito a permanecer no local até à celebração do respectivo contrato, salvo se os proprietários satisfizerem os requisitos legalmente estabelecidos para a denúncia do contrato de arrendamento para habitação, pelos senhorios, com as devidas adaptações. Na falta de acordo sobre as condições do contrato, o tribunal pode fixá-las, ouvidos os interessados. O membro sobrevivo tem, ainda, direito de preferência em caso de alienação do imóvel, durante o tempo em que o habitar a qualquer título.

Já o artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 135/99, estabelecia que em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada do casal⁸¹, o membro sobrevivo tinha um direito real de habitação sobre a mesma pelo prazo de cinco anos e direito de preferência na sua venda ou arrendamento. O disposto nesta norma, nos termos do n.º 2, podia ser afastado por disposição testamentária em contrário, e não se aplicava se ao falecido sobrevivessem descendentes ou ascendentes que com ele vivessem há pelo menos um ano e pretendessem continuar a habitar a casa. A Lei n.º 7/2001 veio introduzir algumas alterações a

80 OLIVEIRA, G., “Notas sobre a Lei n.º 23/2010”, pp. 145 e 146: “A lei anterior não estabelecia uma protecção para o caso de os membros da união de facto serem comproprietários do imóvel; deixava a solução para o regime geral da compropriedade. Deixava a solução para o regime geral da compropriedade, que autoriza qualquer dos consortes a usar a coisa comum, mas permite aos outros reclamar um uso semelhante. A lei nova reconhece um direito de uso exclusivo da coisa comum, durante certos prazos, para impedir que os outros comproprietários reclamem a possibilidade de um uso concorrente”.

81 O Ac. STJ, de 12 de Maio de 2005 [Processo: 05B204], decidiu que: “1. A expressão ‘proprietário da casa de morada de família’ utilizada no artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 135/99 não abrange os casos em que o membro da união de facto falecido era, no momento da sua morte, apenas herdeiro de uma herança indivisa em cujo acervo estava incluída a casa em que vivia com a sua companheira. 2. Por isso, o direito real de habitação por cinco anos e o direito de preferência na venda ou arrendamento da casa de morada do casal que aquele artigo 4.º, n.º 1, confere ao sobrevivo de uma união de facto não existem nas situações em que o companheiro pré-falecido era co-herdeiro, conjuntamente com sua mãe, de herança indivisa em que tal casa se integrava”.

este quadro legal⁸². Manteve o direito real de habitação do membro sobrevivivo, pelo prazo de cinco anos, mas este direito continuava a poder ser afastado por disposição testamentária em contrário e não se aplicava quando ao falecido sobrevivessem descendentes com menos de um ano de idade ou que com ele convivessem há mais de um ano e pretendessem habitar a casa, excluindo, pois, a tutela dos ascendentes. O direito de habitação conferido ao unido era considerado um direito “de fraca protecção”, na expressão de PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA⁸³, e apontava-se, como deficiência do regime, sobretudo, o facto de o unido sobrevivivo não ter direito ao uso do recheio da casa (e que se encontrava previsto em atribuição preferencial ao cônjuge na partilha sucessória no artigo 2103.º-A CC).

O artigo 5.º da Lei n.º 7/2001 e a protecção concedida ao unido sobrevivivo suscitam-nos, ainda, a montante, algumas interrogações sobre o seu regime e natureza, e a jusante, dúvidas sérias sobre a sua constitucionalidade. Começemos pelas primeiras.

Em primeiro lugar, podemos questionar-nos sobre a constituição, pelo *período mínimo de cinco anos*, de um direito real de habitação, em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada da família, ou do direito de uso exclusivo, se os membros da união de facto eram comproprietários, sem outros requisitos especiais nem outras excepções além das estabelecidas no artigo 5.º, n.º 5 e 6⁸⁴. Haverá repercussões no direito de uso e habitação se o unido de facto, durante o prazo de duração desses direitos, iniciar uma outra união de facto ou contrair matrimónio? De uma análise literal do regime legal, não resultam dúvidas da resposta negativa à questão colocada. Relembremos que o direito de uso “consiste na faculdade de se servir de certa coisa alheia e haver os respectivos frutos, na medida das necessidades, quer do titular, quer da família”. E o artigo 1487.º do Código Civil determina que no conceito de família se compreendem o cônjuge, não separado judicialmente de pessoas e bens, os filhos solteiros, outros parentes a quem sejam devidos alimentos e as pessoas que, convivendo com o respectivo titular, se encontrem ao seu serviço ou ao serviço das pessoas designadas. Já no caso de o unido proprietário ter o uso exclusivo, os seus poderes são os do proprietário pleno.

82 A Lei n.º 7/2001 restringiu o direito de preferência do unido à venda da habitação, corrigindo a lei anterior, pois não fazia sentido falar em direito de preferência no arrendamento da habitação se se concedia ao unido sobrevivivo um direito real de habitação sobre a casa de morada de família. CID, N., *A comunhão de vida à margem do casamento*, cit., p. 646, interrogava-se, ainda, no âmbito da versão originária da Lei n.º 7/2001, sobre a justificação da atribuição de um direito de preferência na venda ou arrendamento da casa sem dependência de prazo.

83 PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G., *Curso*, pp. 97 e ss.

84 No mesmo sentido, para a versão originária da Lei n.º 7/2001, CID, N., *A comunhão de vida à margem do casamento*, cit., p. 646.

A doutrina, todavia, tem dado uma resposta diferente à questão de saber se o unido sobrevivo mantém o seu direito enquanto morador usuário, no caso de iniciar uma nova união ou de contrair matrimónio. NUNO GOMES DA SILVA, ao analisar a questão a propósito da protecção do cônjuge sobrevivo, chamou à colação a doutrina italiana que relativamente a esta questão defende que por força do novo matrimónio, o originário ambiente familiar não pode e de certo modo já não deve representar um valor ético e sentimental. O autor acaba por defender a aplicação do abuso de direito: “pode dizer-se que o fim da concessão do direito ao cônjuge sobrevivo é a manutenção do quadro de vida, do ambiente que existia à data da cessação da sociedade conjugal. Mais do que uma intenção meramente patrimonial, esta atribuição tem um fim ético-sentimental. Sendo assim, poderá afirmar-se que, certamente, a intromissão de um novo cônjuge vai contrariar a finalidade legal de protecção do cônjuge sobrevivo. A lei quer proteger o cônjuge sobrevivo, enquanto tal, e não quando passa a bínubo”⁸⁵. Mais recentemente, também FRANÇA PITÃO⁸⁶ veio defender “uma limitação do conceito”, afastando a possibilidade de o novo unido ou um cônjuge posterior vir a habitar a casa de morada. Refere o autor que não foi certamente este tipo de situações que o legislador pretendeu proteger ao estender o âmbito de aplicabilidade do direito de habitação ao cônjuge sobrevivo. Nas palavras do autor: “Parece-nos ter de proceder-se a uma interpretação limitativa da sua aplicação, por forma a abranger no âmbito da família, para os efeitos em análise, apenas as pessoas que se encontram enumeradas no artigo 1487.º à data da morte do companheiro sobrevivo, à excepção feita na parte final do referido preceito, ou seja, quanto às pessoas que estejam ao serviço do titular do direito ou das restantes pessoas ali enumeradas”⁸⁷.

A importância da casa como espaço de vida, fornecendo o contexto mais apropriado para o recato e desenvolvimento da família e da vida familiar ao

85 GOMES DA SILVA, N., “Posição sucessória do cônjuge sobrevivo”, em *Reforma do Código Civil*, Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 1981, p. 75. O autor refere ainda como argumento, que considera de menor força, mas que a nós nos parece muito pertinente, o facto de esta interpretação parecer enquadrar-se no espírito geral da lei: “Efectivamente (C. Civil, art. 2233.º) é ‘contrária à lei a condição de que o herdeiro ou legatário celebre ou deixe de celebrar casamento’. Mas, continua o n.º 2 do referido artigo – “É, todavia, válida a deixa de usufruto, uso, habitação, pensão ou outra prestação contínua ou periódica para produzir efeito enquanto durar o estado de solteiro ou viúvo do legatário”.

86 O autor exemplifica com um serviçal ou um trabalhador doméstico, vinculado a uma dessas pessoas por contrato temporário, que entretanto cessou, havendo necessidade de contratar outro em sua substituição. Nesta hipótese, nada parece impedir que, no decurso do prazo do exercício do direito possa haver alteração do âmbito dos que vivem legitimamente com o usuário morador, até porque não se trata de uma pessoa ligada a este por vínculo parental e que habita a casa por via de uma relação de subordinação que pode cessar a qualquer momento (por cessação do contrato, reforma, por morte, etc.) e em que se justifica a sua substituição por outra que venha desempenhar iguais funções. Cfr. PITÃO, F., *Unões de facto e economia comum*, cit., p. 211.

87 Afiora o problema do “domínio espacial objectivo do casamento”, PINHEIRO, J., “A tutela da exclusividade sexual entre os cônjuges na casa de morada da família”, AA.VV.: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões* (org. FDUC), Coimbra Editora, 2004, pp. 270-272.

proporcionar um sentimento de pertença, enraizamento e continuidade. Assim sendo, pensamos ser a melhor doutrina aquela que considera que quando a casa deixa de funcionar para o unido sobrevivo como a continuação do seu ambiente familiar – porque esse ambiente agora mudou, em função da nova relação afectiva -, ou quando ela já não representa a continuação do quadro de vida existente ao tempo da união de facto, o direito atribuído pelo artigo 5.º da Lei n.º 7/2001, deve extinguir-se.

Quanto à natureza deste direito, e para melhor aferirmos a sua adequada qualificação, relembremos que a sucessão hereditária vem definida no artigo 2024.º como o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam. O conceito de sucessão é definido como a modificação meramente subjectiva numa relação jurídica. São as pessoas que se movem: o novo sujeito sub-entra na situação jurídica do anterior, mantendo-se idêntica essa mesma situação. Esta definição é apoiada pelo significado etimológico de sucessão. Com efeito, esta palavra vem do latim *successio*, que, por sua vez, deriva do verbo *succedere* (sub+cedere), o qual significa “vir debaixo”, “entrar debaixo”, “penetrar”, “entrar”. Entrado o vocábulo na linguagem jurídica, manteve ele, fundamentalmente, a sua significação etimológica: entrar, substituir, ocupar a posição do antecessor, suportando os encargos, os riscos e os deveres”⁸⁸.

Como nos ensinou INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁸⁹, o legado é uma atribuição singular que pode concretizar-se em diversas modalidades: (i) o legatário recebe um direito que preexistia como tal no património do *de cuius*; (ii) recebe um direito novo formado à custa de preexistente direito do *de cuius*; (iii) o benefício do legatário está em se libertar de um débito; (iv) o legatário adquire um puro direito creditório constituído originariamente, tornando-se credor da herança ou de terceiro onerado (algum ou alguns dos herdeiros ou outros legatários).

O direito de habitação da casa e de uso do recheio consagrado no artigo 5.º da Lei n.º 7/2002, quando a casa era propriedade do unido falecido, ou o direito de uso exclusivo a favor do unido sobrevivo quando a casa era compropriedade dos dois, têm a natureza de legado *ex lege*? Parece-nos que a resposta não pode deixar de ser positiva⁹⁰. Estamos perante bens propriedade do unido falecido (a habitação e o recheio, num caso, a quota, no outro), ou seja, bens que compõem

88 SANTOS, E., *Direito das Sucessões*, Vega, Lisboa, 1998, pp. 13-14.

89 TELLES, G., *Direito das Sucessões*, cit., pp. 195-196.

90 Seguimos, pois, a opinião de FERNANDES, L., *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 90, que qualificou de legado legitimário o artigo 5.º, n.º 1 da Lei n.º 7/2001 (ao contrário do legado legítimo previsto no anterior artigo 4.º, n.º 2, da Lei 7/2001, que permitia ao testador fazer estipulações contrárias ao disposto no n.º 1 do preceito). A justificação deste legado está em “assegurar a estabilidade ou continuidade de habitação a quem, pelo jogo das regras comuns da sucessão legal, delas se veria inopinadamente privado pela morte do companheiro ou da companheira, proprietário da casa”.

a sua massa hereditária e de que ele poderia ter disposto em vida, não fora o caso de uma específica provisão legal o ter vindo, imperativamente, a proibir. Mas esta imposição legal surge como uma limitação ou restrição à transmissão de um direito existente e actual na esfera jurídica do de cuius. A atribuição do direito de uso e habitação não se afasta do esquema sucessório: o morador usuário entra na titularidade de um direito que fazia parte da esfera jurídica do de cuius, sub-entra, na medida do seu direito real limitado, no gozo dos bens em substituição do de cuius. O unido comproprietário sub-entra no direito de uso exclusivo, ou seja, no uso da quota que pertencia ao unido falecido, e que pertence agora à sua massa hereditária. O interesse do legitimário é satisfeito através da limitação da liberdade de disposição do de cuius. Esta sucessão é imperativa, não pode ser afastada pelo de cuius, tem lugar mesmo contra a sua vontade. Como escreveu GUILHERME DE OLIVEIRA⁹¹: “A lei nova considera que a protecção da casa de morada é o núcleo irredutível da protecção conferida ao membro sobrevivente da união de facto e, portanto, garante a protecção mesmo contra a vontade do falecido”⁹².

A imposição ex lege de um legado legitimário (a favor do unido sobrevivente) ao unido de facto falecido consubstancia uma restrição do seu direito de propriedade sobre o imóvel habitacional, sobre o seu recheio ou sobre a sua quota. Uma das dimensões protectivas do direito de propriedade tal como consagrado no artigo 62.º da CRP é, precisamente, o direito à transmissão da propriedade inter vivos ou mortis causa, entendida esta no sentido restrito de não se ser impedido de a transmitir, e não no sentido de uma liberdade geral de transmissão, que pode ser mais ou menos profundamente limitada pelo legislador infraconstitucional, nomeadamente, quanto à transmissão mortis causa⁹³.

A sucessão legitimária, seja a devolução sucessória aos herdeiros, seja aos legatários, como é o caso do membro sobrevivente da união de facto, representa sempre uma limitação do direito de propriedade, enquanto compressão dos poderes de livre disposição do seu titular. São, todavia, restrições que se justificam pela protecção do núcleo de familiares que, pressupõe-se, partilhavam entre si um

91 OLIVEIRA, G., “Notas sobre a Lei n.º 23/2010”, pp. 46 e 47.

92 A qualificação como legado legítimo do direito de uso e de habitação da casa de morada e do seu recheio não é uma mera questão de categorização teórica, desprovida de interesses práticos. Desde logo, enquanto sucessor, o unido sobrevivente está sujeito às regras da indignidade sucessória (referimo-nos aos artigos 2034.º e 2166.º do CC, na medida em que forem aplicáveis). Mas não podemos esquecer a aplicação de normas como o artigo 2250.º sobre a indivisibilidade da vocação, o artigo 2263.º, sobre o legado de recheio de uma casa ou o artigo 2269.º sobre a extensão do legado.

93 Veja-se o artigo 2025.º, n.º 1 do Código Civil, que estabelece que não constituem objecto de sucessão as relações jurídicas que devam extinguir-se por morte do respectivo titular, em razão da sua natureza ou por força da lei. O n.º 2 permite ainda que se extingam à morte do titular, por vontade deste, os direitos renunciáveis. A este propósito, veja-se PEREIRA COELHO, F., *Direito das Sucessões*, polic., Coimbra, 1992, pp. 160-161; LIMA, P./VARELA, A., *Código Civil Anotado*, vol. VI, anot. ao artigo 2025, pp. 7-9; ASCENSÃO, O., *Direito Civil – Sucessões*, cit., pp. 235 e ss; CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2000, p. 309 e ss.

conjunto de recursos e desenvolviam um espírito de entreatajuda.⁹⁴ À liberdade de acção do de cuius, na determinação autónoma sobre a disposição dos seus bens, sobrepõe-se a tutela da família nuclear, elencada pelo legislador no artigo 2057.º do CC: cônjuge, descendentes e ascendentes.

Que dizer, pois, desta extensão da sucessão legitimária aos unidos de facto, pela constituição imperativa de um direito de habitação e de uso do recheio da casa de morada, ou pelo direito de uso exclusivo, no caso de a casa pertencer em compropriedade a ambos os membros da união de facto? A nossa análise desenvolver-se-á em dois momentos metódicos: começaremos por uma análise estrutural da solução oferecida pelo legislador e faremos, de seguida, uma análise quanto aos efeitos.

Estruturalmente, se procurarmos enquadrar a tutela conferida ao unido sobrevivivo por referência ao cônjuge sobrevivivo, verificamos que o legislador procurou adoptar para a união de facto, quanto ao uso da casa de morada e do recheio uma solução “análoga” àquela prevista nos artigos 2103.º-A a C do CC, relativa às atribuições preferenciais na partilha. Todavia, há dissemelhanças em aspectos fundamentais que cumpre realçar. Em primeiro lugar, o cônjuge é herdeiro do *de cuius*, o que não acontece com o unido de facto. Ao cônjuge herdeiro é-lhe concedida uma atribuição preferencial por conta da sua meação no património conjugal e da sua quota hereditária. Ao unido é-lhe concedido um benefício, um direito de uso e de habitação constituído *ex novo*, um direito real de gozo que onera e restringe o direito de propriedade dos sucessores. Ao contrário do cônjuge que pode ver ser-lhe imposta, judicialmente, a pedido dos proprietários, a prestação de caução, o unido sobrevivivo não está sujeito a este ónus.

Se as diferenças são significativas ao nível estrutural, ao nível dos efeitos a solução é ainda mais gravosa. Exemplifiquemos: António, viúvo, a viver com o filho Filipe, inicia uma união de facto com Beatriz, que passa a viver com eles. António e Beatriz nunca casaram porque, assumidamente e de comum acordo, quiserem excluir qualquer comunicação patrimonial entre ambos. Se António morrer, Beatriz fica titular de um direito de habitação sobre a casa e de um direito de uso sobre o recheio. E no âmbito dos seus poderes, pode expulsar Filipe da casa onde moravam. Um outro caso: Pedro, solteiro, vive em união de facto com

94 Cfr. LEITE DE CAMPOS, D., *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., p. 29: “A noção de que a propriedade é mais familiar do que pessoal, determinou a agregação do Direito das Sucessões ao Direito da Família. Com efeito, enquanto o proprietário é vivo, a sua família, ou pelo menos os familiares mais próximos, usufruem pacificamente os bens como se seus fossem. Por morte do seu titular, há uma simples repartição dos bens entre aqueles que já os usufruíam antes, entre os familiares mais próximos do ‘de cuius’. CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 123, ensina que da tutela do artigo 67.º resulta manifestamente uma constitucionalizada sucessão familiar, até pela natural proximidade biológica e afectiva, pela normal entreatajuda e mesmo dependência familiar. Os termos dessa sucessão familiar é que já são sócio-juridicamente muito variáveis e compatíveis com uma limitação dos familiares sucessíveis.

Rita, numa casa de que ambos são proprietários. O filho de Pedro, Júlio, vem viver com eles após a morte da sua mãe. Se Pedro morrer, Rita fica com a faculdade de usar, exclusivamente, a casa e, no âmbito dos seus poderes, pode colocar Júlio fora de casa.

A solução seria diferente⁹⁵ para os dois casos se o unido de facto tivesse sido qualificado como herdeiro pelo legislador ordinário. Quer o unido quer o descendente, enquanto co-herdeiros, poderiam habitar a casa, nos termos do artigo 1406.º, n.º I, CC. A solução legal é, pois, perversa. É que, tal como o legislador conformou o regime legal, teria sido preferível para o de cuius (e para os seus herdeiros) que o legislador tivesse consagrado o unido de facto como herdeiro. Significa isto que para o de cuius, em termos de disposição patrimonial, e de tutela dos seus descendentes, teria sido preferível casar. Ou seja, no que à afectação post mortem do seu património diz respeito, é prejudicado por ter exercido o seu direito a não casar. A vivência em união de facto desprotegeu, inevitavelmente, a sua família. Quer os seus descendentes, quer outros familiares que vivessem na casa, como um ascendente ou um sobrinho, ainda que instituídos herdeiros, sempre se veriam postergados do direito de habitação pelo prazo mínimo de cinco anos. Na prática, neste quadro que apresentamos, a protecção do unido sobrevivente é superior àquela concedida ao cônjuge, o que representa uma inversão de intensidade de protecção por referência à fundamentalidade de cada uma destas relações no quadro constitucional.

Relembremos que a união de facto se funda no direito ao livre desenvolvimento da personalidade. O sujeito, na sua autoconformação vivencial, não quis assumir com o unido uma relação como o casamento, um estatuto próprio de direitos e deveres. Pelo contrário, podemos legitimamente aceitar que não querer que o unido seja herdeiro seja o único motivo para não casar. Pense-se no caso, cada vez mais corrente, de duas pessoas idosas, ambas viúvas ou divorciadas e com filhos dos anteriores casamentos, que querem viver juntas, numa velhice acompanhada, mas que não querem comunicações patrimoniais, nem em vida, nem por morte, de modo a não afectarem a expectativa sucessória dos seus herdeiros, relativamente ao património que construíram com os anteriores cônjuges e progenitores respectivamente.

95 Segundo OLIVEIRA, G., “Notas sobre a Lei n.º 23/2010”, p. 146: “A lei encara mais nitidamente a necessidade de protecção do membro sobrevivente da união de facto e dá-lhe prioridade relativamente aos descendentes, tal como os cônjuges têm privilégios relativamente aos filhos. Se os descendentes forem só do falecido, certamente ficarão a cargo do outro progenitor, ou do membro sobrevivente da união de facto com quem viviam; se forem descendentes comuns, por maioria de razão devem seguir o seu progenitor que se torna titular do direito de habitação”. MIRANDA, J./MEDEIROS, R., *Constituição*, cit., anot. ao artigo 67.º, p. 693, IV, ainda que não analisando a opção legislativa de prevalência da relação matrimonial à relação de filiação, constata que ela tem conseguido o seu lugar, por exemplo, no arrendamento: “O legislador supõe que os filhos são comuns (o que é cada vez menos provável, nas famílias reconstruídas e nas uniões homossexuais), ou que os filhos do de cuius passarão a viver com o outro progenitor. Também não é garantido”.

O legislador, ao obnubilar a vontade do unido, está a restringir não só o seu direito de propriedade - na vertente de transmissão *mortis causa*, porque lhe impõe um legado legitimário, que ele não pode afastar – mas também a sua autonomia privada. A união de facto cabe na tutela constitucional da instituição familiar do artigo 67.º, embora o seu fundamento enquanto direito subjectivo não se encontre no artigo 36.º (direito a constituir família), mas no artigo 26.º como uma concretização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁹⁶. Relembremos, nas palavras de SOUSA RIBEIRO⁹⁷, que a autodeterminação “como direito ao ‘livre desenvolvimento da personalidade’ é indissociável do tratamento como igual daquele que faz opções e adopta formas de vida divergentes dos padrões dominantes. Digna de igual reconhecimento e respeito é a pessoa como ser único e diferenciado, portadora de necessidades, aspirações, desejos e atributos que a individualizam na circunstância histórica do seu viver”.

O legislador tem um amplo poder de conformação das relações jurídicas familiares, e pode em cada momento interpretar, modificar, suspender ou revogar a lei anterior, mas a sua liberdade está limitada pelos outros valores e princípios constitucionais recolhidos na Constituição, nomeadamente pelo princípio da igualdade. É nossa convicção que, ao consagrar para o unido de facto uma protecção mais forte do que aquela prevista para o cônjuge sobrevivente, o legislador não cumpriu com o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição. Se o princípio da igualdade é um princípio de conteúdo pluridimensional, postula as exigências de obrigar a um tratamento igual das situações de facto iguais e a um tratamento desigual das situações de facto desiguais, proibindo, inversamente, o tratamento desigual das situações iguais e o tratamento igual das situações desiguais. Numa fórmula curta, a obrigação da igualdade de tratamento exige que “aquilo que é igual seja tratado igualmente, de acordo com o critério da sua igualdade, e aquilo que é desigual seja tratado desigualmente, segundo o critério da sua desigualdade”⁹⁸. É neste sentido que o legislador ordinário está vinculado no âmbito da sua conformação legislativa. Nas palavras de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS: toda a lei ordinária deve obedecer ao princípio da igualdade, “tanto nas

96 Relembremos com SOUSA RIBEIRO, J., “Constitucionalização do direito civil”, *BFD*, 1998, n.º 74 pp. 736 e 737, que “todas as disposições constitucionais, incluindo, naturalmente, as que relevam para a conformação das relações jurídico-civilis, ocupam uma posição supra-ordenada no sistema, aí se inscrevendo como padrões de referência normativa a respeitar em todos os planos de actuação infraconstitucional. (...) A vinculação do legislador aos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidos significa que lhe está vedada a criação de normas jurídicas lesivas dessas posições subjectivas. Elas afirmam-se, a um tempo, como limites e directrizes à liberdade reguladora das entidades legiferantes: nas intervenções com um sentido de concretização ou de organização institucional, deve ser procurada a conformação que melhor corresponda a uma realização óptima dos valores que incorporam; as intervenções de cunho restritivo, por sua vez, devem, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º, não exceder o necessário para salvaguarda de certos direitos e interesses constitucionalmente protegidos, nem afectar o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais que os tutelam”.

97 SOUSA RIBEIRO, J., “A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesa (algumas notas)”, *AA.VV.: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, ALVES CORREIA, F./MACHADO, J./LOUREIRO, J., Coimbra Editora, 2012, p. 850.

98 Acórdão TC n.º 186/90 [Relator: ALVES CORREIA], de 6 de Junho (passagem à reserva de oficiais do exército).

suas precipitações imediatas de igualação e diferenciação como no seu conteúdo geral”⁹⁹.

O legislador nacional, ao estabelecer para os unidos de facto sobrevividos um regime de protecção de casa de morada estruturalmente semelhante àquele definido para o casamento, tratou de forma igual o que é substancialmente desigual e violou o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP¹⁰⁰. Casamento e união de facto são realidades vivenciais distintas; equipará-las após a morte, à custa da autonomia e do património do unido falecido, é um artifício que não se coaduna com a ordem de valores estabelecida pela nossa Constituição.

O legislador equiparou o que é, de facto, diferente. Mas fê-lo com um fundamento razoável? Podemos nós dizer que a igualdade de tratamento no caso concreto tem justificação e fundamento material bastante? É certo que apontámos acima que a união de facto, bem como o casamento, cabem no âmbito de protecção do artigo 67.º da CRP. Mas o regime a definir pelo legislador sempre terá de considerar a *fundamentalidade* de cada uma destas relações. A submissão ao estatuto formal do casamento – que implica a sujeição dos cônjuges a um conjunto de direitos e deveres¹⁰¹, ao estabelecimento de relações familiares com o cônjuge e os seus parentes, a um regime patrimonial do casamento, com o seu regime de bens, com o regime específico de administração dos bens e da responsabilidade por dívidas, à solidariedade pós-conjugal resultante da obrigação de alimentos, etc.- que está ausente da união de facto, por esta ser a expressão da liberdade autodeterminada dos unidos, quer aquando do estabelecimento da relação, quer durante o tempo em que esta durou, impede que se considere como materialmente fundada não só a igualação da protecção conferida ao unido de facto com aquela de que beneficia o cônjuge, mas, e sobretudo, a atribuição de uma posição ao unido de facto que, na prática, se vem a revelar *como mais vantajosa* do que aquela de que ele mesmo beneficiaria se fosse cônjuge.

99 MIRANDA, J./MEDEIROS, R., *Constituição*, cit., anot. ao artigo 13.º, p. 124, VI.

100 Cfr. o Acórdão TC n.º 425/87 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 4 de Novembro (denúncia do contrato de arrendamento): “O âmbito de protecção do princípio da igualdade abrange diversas dimensões: proibição do arbítrio, sendo inadmissíveis, quer a diferenciação de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objectivos constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais”. Cfr., ainda, o Acórdão TC n.º 47/2010 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 3 de Fevereiro (benefícios fiscais): “só podem ser censuradas, com fundamento em lesão do princípio da igualdade, as escolhas de regime feitas pelo legislador ordinário naqueles casos em que se prove que delas resultam diferenças de tratamento entre as pessoas que não encontrem justificação em fundamentos razoáveis, perceptíveis ou inteligíveis, tendo em conta os fins constitucionais que, com a medida da diferença, se prosseguem”, seguido depois pelo Acórdão TC n.º 187/2013 [Relator: FERNANDES CADILHA], de 5 de Abril e pelo Acórdão TC n.º 413/2014 [Relator: CARLOS FERNANDES CADILHA], de 30 de Maio (normas do OE 2014).

101 Como referem MIRANDA, J./MEDEIROS, R., *Constituição*, cit., anot. ao artigo 67.º, p. 693, IV, “A Constituição, no artigo 67.º, impõe ao Estado um conjunto de incumbências destinadas a proteger, pela positiva, a família e a vida familiar. A imposição constitucional de um dever de protecção da família – associada ao reconhecimento de que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento (artigo 36.º, n.º 1) – tem, no entanto, pressuposta a imposição de desvantagens – ou de negação de vantagens – àqueles que optam por constituir família ou contrair casamento”.

Estamos perante violações por excesso de protecção, quando o Estado conceda a certa categoria de pessoas ou de situações uma protecção descabida, desproporcionada em face dos interesses constitucionalmente protegidos e que se traduza em verdadeiro privilégio em relação a outra ou outras categorias. Trata-se de um fenómeno aparentemente próximo da discriminação positiva, com a diferença de que esta é justificada, funda-se em fins assumidos pela Constituição e almeja alcançar uma igualdade de facto das pessoas (artigo 9.º, alínea d)), ao passo que o excesso de protecção, pelo contrário, agrava as desigualdades de direito e de facto e revela-se incoerente no plano global do sistema.¹⁰² No caso de excesso, justifica-se falar em desproporcionalidade positiva; no caso de défice de protecção em desproporcionalidade negativa¹⁰³. A questão do controlo da actividade legislativa face à assunção de uma concepção material conduz inevitavelmente a um padrão de controlo da observância do princípio da igualdade em que o julgador é inevitavelmente remetido para juízos de valoração que incidem sobre os fundamentos ou os critérios que pretendem justificar, em caso de igualdade de tratamento, a equiparação produzida. Ora, desse ponto de vista, tendo sobretudo em conta o amplo espaço de conformação que deve ser reconhecido ao legislador democrático, a resposta mais comum vai no sentido de uma autocontenção judicial que, todavia, conhece várias gradações, que vão de uma visão minimalista do papel do juiz neste domínio – o juiz só pode invalidar as diferenciações arbitrárias, aquelas para as quais o legislador não pode apresentar qualquer fundamentação ou, pelo menos, qualquer fundamentação compatível com os critérios constitucionais e onde não haja um mínimo de coerência entre os objectivos prosseguidos e os resultados previsíveis ou verificados¹⁰⁴. Na verdade, a protecção do unido sobrevivo relativamente à casa de morada é uma política legislativa de bondade indiscutível. Mas, na aplicação em concreto do artigo 5.º, da Lei n.º 7/2001, em que os tribunais sejam chamados a decidir, deverão fazer uma concretização da norma de acordo com a Constituição – em particular, com o respeito pelo princípio da igualdade, que proíbe a igualação de situações de facto distintas entre si, tendo em consideração a liberdade de transmissão do de cuius, bem como o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade. A solução a chegar passará, então, pela análise da vontade hipotética ou concreta do de cuius relativamente àquela situação específica. Nos casos em que o unido de facto exclui da habitação, propriedade do falecido ou compropriedade de ambos, pessoas que com eles viviam, em manifesto desacordo com o que seria a vontade do de cuius, cabe averiguar da aplicabilidade ao caso concreto de institutos do direito privado como o abuso do direito ou os bons costumes.

102 MIRANDA, J., *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2012, pp. 309 e 310.

103 Seguimos CANOTILHO, G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 273.

104 Vide NOVAIS, J., *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, pp. 112 e ss.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O objecto de investigação deste texto foi o regime da união de facto em Portugal. Em jeito de conclusão, cabe reiterar que o fundamento da protecção da união de facto é o direito, constitucionalmente protegido, de cada indivíduo ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Este direito permite a cada um desenvolver a sua vida afectiva sem ter de se sujeitar a modelos matrimoniais pré-determinados e a regulação operada pelo legislador terá, pois, de respeitar a vontade dos unidos em não se submeterem a um estatuto matrimonial rígido, como é o do casamento. É nestes limites que a Lei n.º 7/2001, bem como outras disposições legislativas, atribuíram certos direitos e benefícios aos unidos de facto. O legislador português terá, todavia ido um pouco mais longe na protecção da casa de morada, em caso de extinção da relação por ruptura (em que restringe o direito de propriedade do unido sem um fundamento constitucionalmente admissível) ou por morte (na medida em que adoptou um regime que pode, em concreto, proteger mais o unido do que o cônjuge sobrevivente), convocando, pois, a necessária contenção judicial na aplicação destas normas.

BIBLIOGRAFÍA:

AMARAL, M. L., *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, 1998.

ARAÚJO DIAS, C., “Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, REBELO DE SOUSA, M., et al. (coordenadores), Coimbra Editora, 2012, pp. 451-470.

ASCENSÃO, O., *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I., Coimbra Editora, 2012.

CARVALHO, T., “A união de facto: a sua eficácia jurídica”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I – *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 221-255.

CASALTA NABAIS, J., *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998 (3.ª reimpressão, de 2012).

CID, N., *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2005.

FERNANDES, L., *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª ed., Quid Iuris, Lisboa, 2012.

FREIXES SANJUÁN, T., “Una aproximación al método de interpretación constitucional”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 4, 1993, pp. 37-49.

GOMES CANOTILHO, J./MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007.

GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.

GOMES DA SILVA, N., “Posição sucessória do cônjuge sobrevivente”, em *Reforma do Código Civil*, Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 1981, p. 57-89.

GRAY, J., *Enlightenment's Wake: Politics and Culture at the Close of Modern Age*, Routledge, Londres, 2007.

HÖRSTER, H., "Há necessidade de legislar em matéria de união de facto?", in AA.VV. *Direito da família e política social*, (coord. SOTTOMAYOR, M., e TOMÉ, M. J.), Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, pp. 65-78.

LEITE DE CAMPOS, D., *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão de 2012).

LOBO XAVIER, R.: "Novas sobre a união 'more uxório' em Portugal" in AA.VV.: *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, GOMES, J. (coord.), Publicações Universidade Católica, Lisboa, 2002, pp. 1393-1406;

LOBO XAVIER, R.: "Concentração ou transmissão do direito ao arrendamento habitacional em caso de divórcio ou morte", AA.VV.: *Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, MENEZES CORDEIRO, A/PAIS DE VASCONCELOS, P./COSTA e SILVA, P., (coords), vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 1015-1047.

MAGALHÃES COLLAÇO, I., "A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois", in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I – *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, 2004, pp. 17-40.

MIRANDA, J., *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.^a ed., Coimbra Editora, 2012.

MIRANDA, J./MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, 2005.

NOVAIS, J., *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004.

OLIVEIRA, G., "Notas sobre a Lei n.º 23/2010,

PASSINHAS, S.: *Propriedade e Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2017;

PASSINHAS, S.: "L'attribuzione dell'uso della casa familiare in caso di divorzio in Portogallo", em AA.VV.: *MLa casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Carapezza Figlia, G./De Verda y Beamonte, J.R./Frezza, G./Virgadamo, P. (eds.), Edizioni Scientifiche Italiane, Florença, 2016, pp. 393-423

PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G., *Curso de Direito da Família*, 5 ed., Imprensa da Universidade, Coimbra, 2016.

PEREIRA COELHO, F., "Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade", in *Ciclo de conferências em homenagem póstuma ao Prof. Manuel de Andrade*, Coimbra, Almedina, 2002 (separata).

PEREIRA COELHO, F. B., "Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações", in AA.VV.: *Textos de Direito da Família para Pereira Coelho*, OLIVEIRA, G. (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 77-106.

PINHEIRO, J.: "A tutela da exclusividade sexual entre os cônjuges na casa de morada da família", AA.VV.: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões* (org. FDUC), Coimbra Editora, 2004, pp. 265-274;

PINHEIRO, J.: "A morte do arrendatário", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque I*, FDUL, 2010, pp. 915-928;

PINHEIRO, J.: "O direito do arrendatário face ao casamento e ao divórcio", *Estudos em homenagem no centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha*, Almedina, 2012, pp. 477-499.

SANTOS, E., *Direito das Sucessões*, Vega, Lisboa, 1998.

SOUSA FRANCO, A./D'OLIVEIRA MARTINS, G., *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993,

SOUSA RIBEIRO, J., J.: "Constitucionalização do direito civil", *BFD*, 1998, n.º 74, pp. 729-755;

SOUSA RIBEIRO, J., J.: *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009 (separata);

SOUSA RIBEIRO, J., J.: "A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)", AA.VV.: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, ALVES CORREIA, F./MACHADO, J./LOUREIRO, J., Coimbra Editora, 2012, pp. 835-859.

TELLES, G., *Direito das Sucessões: Noções fundamentais*, 6.^a ed., Coimbra Editora.

VARELA, A., *Direito da Família*, vol. I, 4.^a ed., Livraria Petrony, Lisboa, 1996.

VIEIRA DE ANDRADE, J., *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012.

