



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

DO DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO DE FATO:

UMA PERSPECIVA DO DIREITO COMPARADO ENTRE BRASIL E PORTUGAL

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Paula Sant'Anna Guimarães

Orientadora: Stela Marco de Almeida Neves Barbas

Número da candidata: 20141313

Março de 2018

Lisboa

DEDICATÓRIA

À minha filha Brenda Sant'Anna Pedreira,
Minha luz, minha inspiração, a melhor parte de mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha Família, meu avô (Bráz Sant'Anna), meu pai (José Eduardo Guimarães) e minha mãe (Mariluce Sant'Anna), por todo o amor, apoio e suporte, reconhecendo que sem eles nada disso seria possível.

À minha filha, razão da minha existência, minha força motriz que despertou em mim todo amor e toda força necessária para que eu trilhasse minha jornada, sempre me encorajando a seguir em frente e acreditando em cada passo dado.

Agradeço também às amigas Milene Fernandes e Ana Luiza Rodrigues, por me incentivarem e por estarem ao meu lado em todos os momentos da minha vida, me dando confiança nas minhas tomadas de decisões. Agradeço ainda mais por darem significado a palavra amizade.

Ao amigo e companheiro Rodrigo Pedreira, por estar sempre ao meu lado, por acreditar em mim, por me pressionar e por sempre me lembrar de que eu sou capaz, me impulsionando a atingir os objetivos traçados.

À minha querida orientadora, Professora Doutora Stela Barbas por compreender meus momentos de dificuldades e se mostrar sempre acessível, fazendo com que eu acreditasse em cada linha que estava escrevendo.

Ao Amigo e mentor José Augusto Adami por compartilhar comigo todo seu conhecimento jurídico, na qual carregou cada ensinamento e cada palavra amiga proferida.

Aos meus colegas de Mestrado Fernanda Bernardinis, Daniel Castro e Kamila Meneghel que além tornarem meus dias em Lisboa muito mais leves me trouxeram ensinamentos que carregou em cada experiência que vivencio.

Ao amigo Fábio Bezerra, por toda ajuda e apoio em uma das mudanças mais difíceis da minha vida.

Agradeço a todos que, de certa forma, fazem parte da minha jornada, e que estiveram próximos fazendo com que cada vez mais eu tenha certeza de que essa vida vale a pena.

Agradeço também aos Docentes da Universidade Autônoma de Lisboa *Luis de Camões* por compartilhar comigo o conhecimento jurídico.

Por fim, agradeço ao mundo por todas as mudanças, por nunca fazer as coisas serem da mesma forma, pois assim não teríamos o que pesquisar, o que descobrir e o que fazer, pois através disto consegui concluir essa obra.

RESUMO

O objetivo dessa investigação é analisar as legislações portuguesas e brasileiras, afim de alcançar o nível de conhecimento científico necessário para fundamentar nossa posição no sentido de apontar a necessidade de inserir as pessoas que vivem em união de fato no rol de herdeiros na legislação portuguesa, para que estes sejam chamados para a vocação hereditária e tenham direitos, pelo menos, sobre os bens adquiridos na constância do seu relacionamento.

Para atingir esse objetivo, delineamos alguns objetivos secundários para justificar e demonstrar nosso posicionamento, que são: 1) Demonstrar o conceito de família no âmbito social e, posteriormente como esse conceito reflete no conceito de família no âmbito jurídico, na qual pretendemos comprovar que a situação jurídica das pessoas que vivem em união de fato, deve ser interpretada como uma entidade familiar e, portanto, é merecedora da tutela jurídica que respalda a família; 2) Averiguar que direitos e deveres as pessoas que vivem em união de fato possuem atualmente perante a legislação portuguesa, e demonstrar a necessidade de alargar esses direitos; 3) Analisar como a união de fato é abordada no Brasil, país escolhido para realizar a comparação, para corroborar com a afirmação da união de fato como entidade familiar e, portanto, digna de proteção justa na sucessão hereditária; 4) Demonstrar que as pessoas que vivem em união de fato têm-se utilizado de outros mecanismos para garantir o direito ao patrimônio; 5) Considerando todos os aspectos anteriores, sintetizar quais direitos sucessórios nós acreditamos que deveriam ser incluídos na lei portuguesa para beneficiar as pessoas que vivem em união de fato.

Nesse percurso pudemos observamos que considerando que nem sempre o Direito se desenvolve na mesma velocidade que a sociedade se desenvolve, por isso não é incomum que um grupo específico de pessoas sejam excluídos da legislação, sem qualquer suporte legal. Como exemplo podemos mencionar o casamento homoafetivo, que somente após muita luta conseguiram ter seus direitos garantidos pela lei. O mesmo está acontecendo com as pessoas que vivem em união de fato já que possuem quase nenhum direito na lei portuguesa, razão pela qual também é necessário lutar para que essas pessoas tenham seus direitos garantidos,

Assim, o que pretendemos é, além de apontar a trajetória da união de fato, reconhece-la como uma entidade familiar, para chamar atenção do legislador sobre a necessidade de garantir proteção adequada de direitos para quem vive em união de fato, principalmente no que se refere ao Direito Sucessório.

Palavras – chave: União de Fato. Família, Sucessão. Direito de Herança. Herdeiros Legítimos. Partilha de Bens.

ABSTRACT

The purpose of this investigation is to analyse the Portuguese and Brazilian law in order to reach the level of scientific knowledge needed to point out the need for people who live in common-law marriage, in the role of heirs in the Portuguese law, thus to be called to the hereditary vocation and have rights, at least, on the goods acquired in constancy of their relationship.

In order to reach this goal, we outline some secondary objectives to justify and demonstrate our positioning, that are: 1) To demonstrate the concept of family in the social sphere and later on how this concept reflects in the concept of family in the legal sphere, in which we intend to prove that the legal situation of the people who live in common-law marriage, must be interpreted as a familiar entity and, therefore, deserves the legal protection that supports the family; 2) To find out what rights and duties the people who live in common-law marriage actually have towards Portuguese law and demonstrate the need to extend these rights; 3) To analyze how common-law marriage is approached in Brazil, chosen country to make the legislation comparison, to corroborate with the affirmation that common-law marriage is a family entity, therefore, worthy of hereditary succession; 4) Demonstrate that people who live in common-law marriage use other ways to guarantee the property rights; 5) Considering all the previous aspects, to synthesize which inheritance rights we believe should be included in Portuguese law to benefit the common-law marriage.

In this way we could observe that not always the law is not always developing at the same speed of the development of society, so it is not uncommon that a specific group to be excluded from legislation without any legal support. As an example we can mention the legality of same-sex marriage, which only after a lot of struggle managed to have their rights guaranteed by the law. The same is happening with common-law marriage where they have almost no right by the law, and that is why it is also necessary to fight for these people to have their rights guaranteed.

Thus, this work aims to point out the trajectory of the common-law marriage, recognizing it as a family entity, in order to draw the attention of the legislator, to the need to ensure adequate protection of the rights to whom live in common-law marriage, especially regarding Succession Rights.

Key words: Common-Law Marriage. Family. Succession. Inheritance Law. Legitimate heirs. Sharing of Goods.

Sumário

LISTA DE ABREVIATURAS	7
INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I – DA FAMÍLIA.....	12
1.1 Antecedentes Históricos	14
1.2 Dos Modelos de Família	19
1.3 Do Direito de Família	22
1.3.1 Do Direito de Família Português.....	23
1.3.2 Do Direito de Família Brasileiro	24
1.4 Da União de Fato	26
1.4.1 Da União de Fato no Brasil.....	29
1.4.2 Da União de Fato em Portugal	32
CAPÍTULO II – DOS DIREITOS PESSOAS CASADAS	37
2.1 Breve Histórico do Casamento	37
2.2 Da Perspectiva da Família no Direito Constitucional Português	41
2.3 Dos Direitos de Família e das Pessoas Casadas à Luz da Legislação Civil Portuguesa	45
2.4 A legislação Brasileira e os Direitos inerentes aos Casados.....	50
CAPÍTULO III – DA SUCESSÃO	55
3.1 Da Sucessão aos olhos da Legislação Brasileira.....	57
3.1.1 Da Ordem de vocação Hereditária.	60
3.1.2 Da Partilha de bens	64
3.1.3 Da Sucessão dos Companheiros	66
3.2 Do Direito de Sucessão em Portugal	70
3.2.1 Da Sucessão Legal (Legítima e Legitimária).....	73
3.2.2 Dos Meios Alternativos para Beneficiar o Companheiro no Direito Sucessório Português.....	76
CAPÍTULO IV – DA INCLUSÃO DA UNIÃO DE FATO NO DIREITO SUCESSÓRIO PORTUGUÊS.....	80

4.1	Da Caracterização da União de Fato como Unidade Familiar e a Eventual Inclusão no Texto Constitucional.	81
4.2	Dos Efeitos a Serem Atribuídos a União de Fato.	91
4.2.1	Dos Efeitos Pessoais	97
4.2.2	Dos Efeitos Patrimoniais	101
4.3	Do Direito sucessório na União de Fato	104
4.4	Disposições Finais	108
4.5	Da Proposta de Projeto de Lei para Estabelecer Proteção Adequada às Pessoas que Vivem em União de Fato.	109
	CONCLUSÃO	120
	FONTES DOCUMENTAIS	124
	BIBLIOGRAFIA GERAL	128
	BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA	131

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

c/c – Combinado com

CC – Código Civil Brasileiro/1916

CCiv – Código Civil Português

CF – Constituição Federal Brasileira/1988

Consult. – Consultado

CPC – Código de Processo Civil Brasileiro

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto Lei

Ed. – Edição

Nº. – Número

NCC – Novo Código Civil Brasileiro/2002

n/f – Na forma

Op. Cit. – Obra Citada

P. – Página

PMA – Procriação Medicamente Assistida

Rev. - Revisão

Vol. – Volume

s.d. – Sem data de publicação

s.l. – *Sine Loco* / Sem local de publicação

s.n. – sem editor

ss – seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

SUM – Súmula

INTRODUÇÃO

A produção dessa obra foi baseada em um estudo histórico e evolutivo das instituições da família, do casamento, da união de fato e do direito sucessório. E há uma motivação muito simples para essa análise histórica, como se sabe os institutos jurídicos nascem a partir das experiências humanas, e por esta mesma razão é que continuam a se modificar a se desenvolver, porque as necessidades humanas mudam, de acordo com o tempo e o lugar. São as ações da sociedade que nos impulsionam a voltar ao passado e compreender os motivos que nos levaram a essa ou aquela criação normativa, e dessa forma aperfeiçoar as previsões legislativas, para garantir a adequação necessária que a atual sociedade demanda. Não temos a menor pretensão de esgotar a matéria, tendo em vista a vastidão do tema proposto, todavia, tentaremos elucidar alguns aspectos marcantes para que seja possível compreender as modificações ocorridas até os dias de hoje.

Miguel Reale explica e classifica esse sociologismo jurídico:

“Todas as teorias consideram o direito sob o prisma predominante, quando não exclusivo, do fato social, apresentando-o como simples componente dos fenômenos sociais e suscetíveis de ser estudado segundo nexos de causalidade não diversos dos que ordenam os fatos do mundo físico.”¹²

Assim, utilizando a teoria tridimensional de Reale, nos pautamos para justificar e para apresentar o desenvolvimento da sociedade e os seus anseios em busca de uma regulamentação legislativa que atenda às suas necessidades.

O homem por sua natureza se mantém na busca de suprir suas necessidades fisiológicas e emocionais, e é dentro dessa busca que passa a se relacionar com seus semelhantes. Isto porque, como um ser insuficiente, identifica no outro a possibilidade de realização pessoal.

“Para atingir a plenitude do ser, o homem precisa não só da convivência, mas da participação na sociedade. É na sociedade, não fora dela, que o homem encontra o complemento ideal ao desenvolvimento de suas faculdades, de todas as potências que carrega em si.”³

¹ REALE, Miguel - **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 434.

² REALE, Miguel *apud* FILHO, João Biazio Histórico Dos Direitos das Sucessões. **Revista Jus Navigandi**. [Em linha]. Teresina, ano 18, nº 3639 (jun. 2013). [Consult. 7 Mar. 2018]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/24714/historico-do-direito-das-sucessoes/1>

³ NADER, Paulo – **Introdução ao Estudo do Direito**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 16.

Considerando essas duas perspectivas apresentadas, tanto do que concerne ao estudo histórico, quanto da necessidade do convívio em conjunto que o homem possui, o presente estudo, sob ênfase do cenário atual do Direito de Família e do Direito Sucessório, observou que cada vez mais se torna exigível uma tutela jurídica que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução das relações familiares. Desta forma, partimos da análise das legislações existente em Portugal e no Brasil, para fundamentar nossa posição no sentido de caracterizar a união de fato como uma fonte de relação familiar e assim apontar a necessidade de garantir a tutela jurídica para as pessoas que vivem nesse tipo de união, e também, inseri-las no rol dos herdeiros necessários na legislação portuguesa, para que estes possam ser chamados para a ordem de vocação hereditária e tenham direitos, pelo menos sob os bens adquiridos onerosamente na constância da união de fato.

Sabemos que se trata de um tema divergente e polêmico. Destarte, considerando que em Portugal o tema não está devidamente regulamentado, ao nosso entender, utilizamos a legislação brasileira como parâmetro. Todavia, destacamos que, da leitura do presente estudo, fica claro que temos algumas ressalvas no que concerne ao posicionamento brasileiro sobre a matéria. Fizemos essas considerações para enfatizar que é necessário encontrar um equilíbrio no que tange a sucessão dos companheiros, de modo que este receba uma parte justa da herança, nunca sobrepondo ao recebimento de parcela superior ao que o cônjuge receberia, tampouco, não perceber nenhuma parcela a título de herança, que é a realidade atual.

Cada vez mais encontramos pessoas vivendo em situação análoga e/ou à margem do casamento, e é inegável que tal situação fatídica mereça maior proteção estatal. Tal premissa demonstra-se tanto verídica, que o legislador português promulgou as leis nº 6/2001 e nº 7/2001, exatamente para regulamentar a situação das pessoas que vivem em economia comum e união de fato, respectivamente. Todavia, entendemos que tais garantias ainda se mostram limitadas, se considerarmos a realidade que se apresenta nos dias atuais.

Para alcançarmos nosso objetivo, pretendemos demonstrar que embora as pessoas que vivam em união de fato não mereçam as mesmas proteções e garantias pertinentes as pessoas casadas, merecem um pouco mais de atenção do legislador, no que tange a acrescer direitos aos companheiros, já que, embora, não tenham sido consagrados pelo matrimônio, escolheram dividir uma vida, assumindo obrigações sociais e jurídicas, inclusive.

Assim, o estudo proposto foi dividido da seguinte forma, no primeiro capítulo abordaremos as questões familiares, onde será tratada a evolução histórica do instituto da família, apontando as mudanças que ocorreram ao longo do tempo. Em seguida, apresentamos como as legislações portuguesas e brasileiras abordam os direitos de família. Na sequência

abordaremos a questão da união de fato, apresentando as dificuldades que as pessoas que vivem nesse tipo de união encontraram e que ainda encontram para garantir algum direito ou garantia aos olhos do ordenamento jurídico vigente. Durante essa pesquisa, verificamos que as pessoas que vivem em união de fato já conseguiram conquistar alguns direitos significativos face ao ordenamento jurídico brasileiro, todavia, poucos foram os avanços obtidos na legislação Portuguesa, isto porque, Portugal se quer reconhece como fonte de relação familiar a união de fato.

Passando para o segundo capítulo faremos uma apresentação dos direitos que possuem as pessoas casadas tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no português. Esse capítulo se mostra de grande importância pois serve de base comparativa para constatar que diferença de direitos existente entre as pessoas casadas e as que vivem em união de fato são muito discrepantes. Uma vez caracterizada a união de fato como fonte de relação familiar, cabe ao legislador buscar formas de expandir, na legislação em vigor, os direitos das pessoas que vivem em união de fato.

O Direito das Sucessões é o ramo do direito que disciplina a transmissão de patrimônio (tanto ativo quanto passivo) *post mortem*. Assim, com a morte do *de cujos*⁴, seus bens serão partilhados entre os herdeiros, obedecendo a ordem de vocação hereditária. Desta forma, no terceiro capítulo explicamos o processo que ocorre desde a morte do *de cujos* até o momento da partilha de bens, analisando o que consta tanto na lei portuguesa quanto na brasileira. Durante esse estudo, verificamos que a legislação brasileira já garante direitos sucessórios às pessoas que vivem em união de fato. Ao contrário, em Portugal, onde resta algum ou nenhum direito previsto em lei. A única solução encontrada, que serviria como meio alternativo de garantir que os bens chegassem a companheira, foi a sucessão testamentária.

No último capítulo, pretendemos quebrar os paradigmas ainda existentes na legislação portuguesa, e caracterizar a união de fato como uma fonte de relação familiar que é, e chamar a atenção do legislador para a necessidade de uma revisão legislativa que garanta melhores direitos às pessoas que vivem em união de fato, sem deixá-las à margem do ordenamento jurídico. Dentro desse cenário se faz necessário a inclusão da união de fato no contexto do artigo 36º da CRP, para que sejam garantidos não só os preceitos constantes no art. 67º do mesmo disposto legal, como alguns direitos e garantias previstos no Código Civil, em sua maioria, os efeitos pessoais, patrimoniais e consequentemente sucessórios.

⁴ Expressão latina abreviada da frase *de cujos successionem agitur* que significa “aquele de cuja sucessão se trata”.

Sabemos das dificuldades e das polêmicas que o tema envolve. De antemão já manifestamos que nosso objetivo está longe de querer desvalorizar a instituição do casamento, mas ao contrário, o que pretendemos é valorar a relação familiar, dando a amplitude que o conceito desse instituto merece.

Enfim, o que pretendemos é dar um humilde contributo científico ao domínio do direito sucessório, para que seja possível incluir os companheiros como herdeiros, na ordem de vocação hereditária.

CAPÍTULO I – DA FAMÍLIA

A Instituição família é, sem dúvida, o elemento mais importante nas sociedades. Vislumbramos aqui, a possibilidade de nos aprofundar nas questões familiares e quem sabe, despertar nas autoridades públicas o interesse de buscar outras formas de superação de problemas familiares dentro dos diversos enquadramentos e dos novos desafios que hoje se apresentam na sociedade moderna.

É no seio familiar que o indivíduo encontra o primeiro espaço para o desenvolvimento e a consolidação da personalidade humana, é na família que ele se descobre e se reafirma como pessoa. Assim a instituição familiar é o mecanismo mais eficaz de transmissão de valores éticos, morais, sociais e educacionais.

Uma vez que a família é uma instituição natural, que nasce com o homem, ela existe antes mesmo da criação do Estado ou de qualquer outra sociedade. Por esta razão, pode ser traduzida como a primeira e essencial sociedade, contudo, haja vista não ser uma simples construção social estável, não está imune às transformações. Assim sendo, é imperioso analisarmos seus antecedentes históricos, para desta forma entendermos as transformações corridas no instituto com o decurso do tempo.

António Bagão Felix, em sua obra sobre Reflexões sobre a Família no Limiar Do Século XXI, salienta que dois aspectos essenciais da família perduraram mesmo considerando o decurso do tempo e o lugar, o primeiro; a transmissão da vida; e o segundo, a dupla característica de unidade e autonomia que identifica e diferencia a instituição familiar⁵.

Nessa altura, para reforçar a constata transformação da família, cumpre-se destacar que o primeiro aspecto referenciado pelo o autor supramencionado, já não nos parece tão essencial, face as transformações na sociedade, principalmente no que diz respeito a adoção e a procriação medicamente assistida, que em alguns casos não envolve somente os integrantes da família, já que essas famílias em determinadas situações precisam recorrer, por exemplo, à doação de material genético de terceiros não pertencentes aquele seio familiar.

Nesse aspecto, gostaríamos de nos antecipar, no que se refere a necessidade de uma previsão legislativa abrangente e bem elaborada, haja vista que, “*aos novos poderes da Ciência correspondem novos deveres do homem*”⁶. Assim, considerando que nos dias atuais já é

⁵ FÉLIX, António Bagão – Reflexões Sobre a Família No Limiar do Século XXI. In NAZARETH, Joaquim António Pantoja; RIBEIRO, Maria Teresa; DUARTE, David José Peixoto - **Traços da Família Portuguesa**. Portugal: Ministério do Emprego e da Segurança Social, 1994. ISBN 972.27.0749.3. Cap. 1, p. 14.

⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-1113-5. p. 11.

possível a concepção de filhos implantados através de inseminação artificial, precisamos nos atentar às implicações que esses avanços da medicina trazem não só para a sociedade, mas também para o direito de família e o direito sucessório.

Assim, suscitamos as questões levantadas pela Ilustríssima Stela Barbas no que concerne aos problemas em torno do estabelecimento da filiação: nos casos de inseminação artificial com a utilização de material genético de terceiros e os casos das mães portadoras ou hospedeiras⁷; e as implicações no direito sucessório, sobretudo nas questões que se levantam nos casos de inseminação artificial *post mortem*⁸⁹, já que, considerando que um embrião (tal como o espermatozoide e os óvulos) pode permanecer com vida por vários anos (desde que conservados de forma adequada), e assim sendo, podem vir a ser concebidos mesmo após a morte dos seus proetores, nesses casos além de condenar a criança que vier a nascer nessas condições à orfanidade, e das dificuldades de estabelecimento da filiação, conforme já mencionado, surgirão obstáculos no que diz respeito à atribuição de direitos sucessórios.

Fizemos essas considerações para demonstrar que a cada nova modificação das necessidades da sociedade, novos desafios surgem para a composição de possíveis conflitos, por essa razão, o legislador deve se manter atento às essas transformações para garantir respaldo jurídico adequado para a sociedade.

Voltando às características familiares apontadas por Bagão¹⁰, no que tange ao segundo aspecto, no nosso entendimento, ainda se mostra consideravelmente relevante nos dias atuais. Isto porque, atualmente as sociedades, de forma geral, possuem diversos tipos de família, como é o caso não só das famílias homossexuais, mas também, das famílias monoparentais, da união de fato e tantas outras. Assim, considerando que cada tipo de família possui uma característica diferente e um aspecto peculiar que a define, não podemos, nem devemos esperar que as regras que se aplicam a um determinado tipo de família sejam aplicáveis a todas as outras igualmente.

Isto sem mencionar, mais uma vez, a questão do lapso temporal, já que os valores familiares, pessoais, educacionais, comportamentais, etc. também mudam de geração para geração.

⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **O Direito de Família Português: Algumas Características**. Atas das Jornadas de Direito Comparado Portugal/Marrocos, Jurismar, número especial. ISSN 2182-6900, Maio de 2014, p. 73.

⁸ *Idem* – **Op. Cit.** p. 129-137.

⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do Genoma Humano**. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-3250-4, p. 539-541.

¹⁰ FÉLIX, António Bagão – **Op Cit.** p. 14.

“Se a sociedade fosse estática, o Direito seria estático. Se o Direito fosse estático, imporia à vida social um imobilismo incompatível com o senso evolutivo da civilização. Contingente como a vida, o Direito é igualmente mutável.”¹¹

O que se nota, como bem leciona o ilustríssimo Caio Mário, que assim como ocorre mutações na constituição da família, cabe ao Direito acompanhar e resguardar os interesses desse instituto tão importante. Já que, independente das transformações que tenham ocorrido, e que, ainda ocorrem, a família continua a ser a primeira instituição de sociabilização e de transferência de valores do ser humano, e que, por sua vez, conduz a dignificação da pessoa¹².

Feitas essas considerações iniciais, passaremos a analisar os aspectos históricos da família, bem como a sua evolução, para ao final desse capítulo, conceituarmos e nos aprofundarmos em alguns modelos de família em específico.

1.1 Antecedentes Históricos

Fabio Ulhôa Coelho, em seu livro sobre Direito da Família e Sucessões, afirma que ninguém sabe ao certo em que circunstância ocorreu, mas em um determinado momento da sua trajetória evolutiva, o *homo sapiens* deixou de praticar relações sexuais com pessoas que descendiam do mesmo tronco. Esta “proibição” do incesto foi impulsionada pelo instinto natural da preservação da espécie, uma vez que foi observando que a diversidade genética propiciava combinações que tornavam os seres mais aptos a enfrentar a seleção natural. É ululante que quando o *homo sapiens* pararam de praticar o incesto não tinham a menor ideia da evolução que esta atitude ocasionaria em suas vidas. Desta forma, para garantir essa proteção genética e para que fosse possível distinguir quem pertencia ao mesmo tronco (como forma de garantir que não haveria relações sexuais entre eles), por uma questão de instinto, começaram a se agrupar em pequenos clãs. E foi da divisão desses pequenos clãs que surgiram as primeiras famílias¹³.

Ressalta-se, no entanto, que essa teoria não foi nem totalmente confirmada, nem totalmente rejeitada pelos estudiosos da área. O que significa dizer que se essa teoria estiver correta, a proibição do incesto seria a primeira lei da nossa organização social¹⁴, se errada, pode ser traduzida como uma característica biológica da espécie humana, que surgiu antes mesmo da

¹¹ MARIO, Caio da Silva Pereira – **Instituições de Direito Civil**. Vol. V. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7460-2. p. 14.

¹² FÉLIX, António Bagão – **Op. Cit.** p. 15-16.

¹³ COELHO, Fábio Ulhoa – **Curso de Direito Civil: Família – Sucessões**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-15961-7. p. 21-24.

¹⁴ Levi-Strauss, 1962 *apud* COELHO, Fábio Ulhôa – **Op. Cit.** p. 24.

criação das civilizações. De toda sorte, a proibição do incesto é a única característica universal de todas as comunidades humanas, que serve de elo entre a condição natural e cultural da espécie.

Ainda na incansável busca da evolução histórica da família, considerando o seu aspecto sociológico, verificamos que ainda estamos longe de se chegar a uma definição consensual sobre essa trajetória, até atingirmos o modelo monogâmico e patriarcal do instituto, é certo que passamos por um grande processo de promiscuidade, seja em decorrência da falta da regras, ou ainda a ausência dos homens de seus lares, em decorrência das caças e da guerras com outros povos, no interesse de defender a sociedade em que vive.

Durante muito tempo, não se poderia pensar em uma história da família, visto que as ciências históricas estavam sob a influência dos cinco livros de Moises. O que significa que o descrito nos livros era tido como verdade, ou seja, mesmo considerando o decurso do tempo entre a família patriarcal e a família burguesa, não se considerava quase nenhuma evolução no instituto.

“Com efeito, não faltam referências a que a família haja passado pela organização matriarcal, (...). Pode ter acontecido eventualmente que em algum agrupamento a ausência temporária dos homens nos misteres da guerra ou da caça haja subordinado os filhos à autoridade materna, que assim a investia de poder. Ou pode supor-se (como o faz Westermack, com base em costumes observados em primitivos atuais) que a certeza da maternidade foi erigida em elemento determinante das relações de parentesco (irmãos uterinos, especialmente), desprezando-se ou relegando-se a plano secundário o parentesco na linha masculina. **Mas aceitar como certa a existência de um tipo de família preenchendo todo um período evolutivo**, no qual à mulher estaria reservada a direção do lar, **parece realmente pouco provável.**”¹⁵

(grifos nossos)

Quando do surgimento do Direito Romano, verificamos que a família passou a ser organizada sob o princípio da autoridade, onde o *pater familias* exercia direito sobre a vida e a morte dos filhos e da esposa. Dentre as funções pertinentes à família romana, podemos destacar: a) a função biológica; b) a função educacional; c) a função econômica; d) a função assistencial; e) a função afetiva; e f) a função espiritual. Todavia, veremos que com o passar dos anos, a família foi perdendo algumas de suas funções. Isto porque, com o desenvolvimento da sociedade, esta acabou por absorver algumas das funções que antes estavam a cargo exclusivo da família.

¹⁵ MARIO, Caio da Silva Pereira – **Instituições de Direito Civil**. Vol. V. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7460-2. p. 52-53.

Com o surgimento do cristianismo instalou-se a concepção cristã da família, ao qual predominavam as preocupações de ordem moral. Desta forma, já observamos a perda de uma das funções da família, a função religiosa, visto que, agora essa função pertencia a igreja.

Durante a idade média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único reconhecido como forma de constituição de família. Embora ainda existissem normas com influência no *pater poder*, começaram a surgir diversas regras de origem germânicas¹⁶.

Em meados do Século XX, em virtude das revoluções industriais e dos movimentos feministas, houve uma busca de igualdade de direitos entre os sexos. Em decorrência desses acontecimentos, observamos que a família perdeu mais uma de suas funções, a função econômica. Outra função perdida, ainda na idade média foi a educacional, já que as crianças passaram a frequentar as escolas.

Todas essas transformações na sociedade, em decorrência das revoluções industriais e da perda de algumas funções, ocasionaram grandes alterações no núcleo familiar de cunho afetivo, pois até então, embora houvesse mais sentimento envolvido do que o interesse nos benefícios que a união poderia trazer, ainda estava muito latente a desigualdade que existia dentro do núcleo familiar, em virtude da inferiorização do sexo feminino. Uma vez que as mulheres passaram a trabalhar fora e buscar condições de igualdade com o homem, essa estrutura existente do núcleo familiar modificou-se. A partir de então, cada membro conjugal passou a buscar na comunhão em vida uma maior realização pessoal.

Conforme se observa, dessa evolução do instituto da família ao longo da história, podemos perceber a perda significativa de algumas de suas funções, como já dito, se compararmos aos modelos tradicionais. Assim, em síntese, a família moderna não possui mais a função política, não possui mais a função de unidade de produção, a função religiosa, a função educativa exclusiva e, deixou de ser suporte de um patrimônio que se pretende assegurar com a morte do respectivo titular¹⁷.

No entanto, uma função que ainda está presente, mas encontra-se ameaçada no instituto da família é a função biológica. Visto que hoje, o conhecimento humano e a tecnologia proporcionam outros meios de garantir a diversidade genética. Contudo, uma vez que esse é um tema que ainda está em desenvolvimento, é cedo para dizer de que modo exatamente as clínicas

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. V. 6. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-61788-9. p. 31.

¹⁷ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Curso de Direito de Família**. 4ªed. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-1547-2. p. 100.

médicas e essas tecnologias poderiam substituir a família nessa tarefa e quais seriam todas as implicações morais e jurídicas dessa desfuncionalização¹⁸.

Por outro lado, embora a família moderna tenha perdido algumas de suas funções, essas perdas reforçaram as funções afetivas, o amor e a intimidade, permitindo que se revelassem as funções essenciais dentro do núcleo familiar, como a mútua gratificação afetiva e a socialização dos filhos. Isto porque, a família hoje, está muito mais ligada no sentimento que envolve o instituto do que na materialidade que o título acarreta juridicamente.

Não estamos de forma alguma desmerecendo, ou ainda, desvalorizando a carga material decorrente dessa relação, e que o direito de família visa proteger. O que estamos tentando demonstrar é que as pessoas hoje sentem a necessidade de se unirem a uma relação familiar muito mais pelo sentimentalismo que a relação envolve, do que pelo benefício material que um tem a oferecer ao outro. Essas considerações se mostram límpidas quando pensamos, por exemplo, que nos dias atuais não existe mais o instituto do dote ou o casamento por aliança. Desse modo, a partir do século XIX as pessoas passaram a se unir pelo caráter romântico, ocorrendo a união “por amor”.

Hoje, constatamos que a família moderna corresponde a “pequena família”, ou seja, aquela que é constituída pelos pais e seus descendentes menores. Contudo, a família demonstra seu caráter ampliado, quando, nos deparamos com filhos maiores de idade residindo com seus pais, ou os sogros em decorrência da idade avançada residindo com os nubentes, ou uma tia, um sobrinho, etc. Ou ainda, a família se apresenta em caráter reduzido, quando ocorre a morte de um dos cônjuges, e nesse caso estamos diante de mães ou pais solteiros.

O que se nota é que não foi somente a função da família que foi alterada, nem somente a sua estrutura, já que hoje dificilmente encontramos a “grande família”, não existe mais a estrutura hierárquica no seio familiar, ambos possuem os mesmos deveres e obrigações, sejam eles relacionados à educação dos filhos, à assistência financeira ou até mesmo administração dos bens. O comportamento da família também mudou, hoje vislumbra-se uma taxa menor de casamento e uma taxa maior de divórcio e de união de fato.

Dentro dessas transformações entende Rosa Cândido Martins:

“Todas estas transformações têm sido frequentemente interpretadas como o fim da família. Todavia esta profecia falhou. A família continua a existir, mas em processo

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhôa – **Curso de Direito Civil: Família – Sucessões**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-15961-7. p. 30.

de transformação. A família está a adquirir uma “nova forma histórica”. Está a nascer a “nova família”¹⁹.

A nova família que a autora se refere, já foi por nós mencionada, que a família unida pelo amor, pelo sentimentalismo que a instituição possui. A autora confirma ainda, a existência de vários modelos de família além da família conjugal²⁰.

Em decorrência dessa diversidade de tipos de família, é possível somente a construção de alguns modelos teóricos, que auxiliem a compreensão da trajetória evolutiva do instituto. Esses modelos, todavia, nos auxiliam tão somente na compreensão da família na civilização ocidental de raízes europeias, não servindo necessariamente ao estudo de outras culturas, como a hindu, a muçulmana e oriental, por exemplo.

Considerando esses modelos, podemos dividir a trajetória da família em três blocos: a família tradicional, em que os pais contratam o casamento dos filhos; a família romântica, em que o pai da noiva tem o direito de não autorizar o casamento; e a família contemporânea, que as pessoas casam porque querem, independente da vontade dos pais²¹.

Voltando as transformações do núcleo familiar, observamos que no decorrer dos séculos, essas alterações foram de grande importância, essencialmente porque este instituto acompanha o desenvolvimento e a evolução da sociedade. Se analisarmos as estruturas familiares no tempo presente, perceberemos que ainda existem diferenças abismais entre os povos que estão em um grau cultural e civilizacional muito distinto de outros, como por exemplo, não podemos comparar os índios da Amazônia ao povo Europeu. Isto porque, como já dito, o desenvolvimento social, político, cultural e econômico acarreta influências diretas sobre o instituto.

Por todo o exposto, verificamos que é possível, numa determinada sociedade, considerando o tempo e lugar que se encontre, descrever uma ou outra estrutura familiar predominante. Contudo, se demonstra de grande dificuldade a busca pela definição de uma única trajetória evolutiva que explique satisfatoriamente como se estruturam e quais são as funções de todas as famílias existentes em todas as sociedades pelo mundo.

O que pretendemos aqui, é demonstrar que existe a diversidade de núcleos familiares que se apresentam nos dias de hoje nas sociedades e que, desta forma, merecem tanta

¹⁹ MARTINS, Rosa Cândido – Morte do Casamento: Mito ou Realidade. In OLIVEIRA, Guilherme de, Coord. – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1113-6. p. 220-221.

²⁰ *Idem* – **Op Cit.** p. 222.

²¹ COELHO, Fábio Ulhôa – **Curso de Direito Civil: Família – Sucessões**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-15961-7. p. 37.

importância quanto ao modelo mais conhecido, visto que é inegável que a instituição familiar é o elemento nuclear das sociedades. Assim, apresenta-se a oportunidade de aprofundar a conscientização geral das questões familiares, para desta forma aumentar a capacidade e disponibilidade do poder público, das organizações da sociedade civil, dos legisladores, no que concerne a realização de políticas e práticas destinadas à superação dos novos desafios e diferentes enquadramentos, nas questões familiares que se apresentam²²

Desta maneira, passamos a apresentar alguns modelos de Família presentes nas sociedades atualmente.

1.2 Dos Modelos de Família

Superados esses esclarecimentos históricos, passamos a nos aprofundar na Família atual, seu conceito e os diversos modelos existentes nos dias de hoje. Conforme se observa, diversos foram os avanços até chegarmos ao conceito de família que conhecemos hoje, e na qual acreditamos que permanecerá evoluindo com o passar dos anos, haja a vista a mudança constante das necessidades da sociedade²³.

Como já referenciamos no início desse capítulo, a família é o primeiro contato do ser humano com a sociedade. Viver em família é viver em comunhão. É onde o ser humano se descobre como ser individual e como ser pertencente a uma sociedade. É onde se aprende, principalmente, os valores éticos e morais, isto independente do tipo de família em que se é criado.

De acordo com o conceito do Direito Moderno, no que tange a família jurídica, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem do mesmo tronco ancestral, em decorrência das relações conjugais, na linha reta, colateral e oblíqua. Repare que esse conceito não faz qualquer discriminação de gênero. Contudo, se analisarmos um passado, não muito distante, verificaremos que até bem pouco tempo, ainda era possível encontrar divergência entre direitos e tratamentos entre filhos legítimos, ilegítimos (no caso do adultério), naturais e adotivos, por exemplo²⁴.

²² FELIX, Antônio Bragão – Reflexões Sobre a Família no Limiar do Século XXI. In NAZARETH, Joaquim António Pantoja; RIBEIRO, Maria Teresa; DUARTE, David José Peixoto - **Traços da Família Portuguesa**. [S.l.: s.n.],1994. ISBN 972-27-0749-3. p. 13

²³ NETO, Renato Avelino de Oliveira – **Contrato de Coabitação na União de Fato – Confronto entre Direito Brasileiro e Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 978-972-40-2731. p. 13.

²⁴ MARIO, Caio da Silva Pereira – **Instituições de Direito Civil**. Vol. V. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7460-2. p. 16-17.

Para Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira a noção jurídica de família contém-se implicitamente no art. 1576, do Código Civil Português, que considera como fonte das relações jurídicas familiares: “o casamento (*relação matrimonial*), o parentesco (*a relação que se estabelece entre as pessoas que têm o mesmo sangue*), a afinidade (*liga um dos cônjuges aos parentes do outro cônjuge*) e a adoção (*que é a semelhança da filiação natural independente dos laços de sangue*)”²⁵.

Contudo, para Caio Mário, família em sentido genérico e biológico, como o “conjunto de pessoas que descendem do mesmo tronco ancestral comum. Ao qual acrescenta-se o cônjuge, os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (Genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge”²⁶.

Maria Helena Diniz, por sua vez, entende como Família, e que deve ser protegida pelo Direito de Família, *as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união de fato ou pelo parentesco*²⁷.

Já, para Carlos Roberto Gonçalves, *lato sensu*, o vocábulo família abrange todas “as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges, companheiros, os parentes e os afins”²⁸.

Fábio Ulhôa Coelho, já tenta uma abordagem um pouco mais criteriosa, de forma a conceituar sem deixar de abranger os diversos tipos de família, no que concerne a sua formação:

“[...] adota a definição de família tendo em vista certas relações jurídicas entre os sujeitos. Do lado horizontal, a conjugalidade, empregada em sentido amplo, que abrange os enlaces entre duas pessoas adultas (não irmãs) voltadas a organização da vida comum, ou seja, os casados, os que vivem em união de fato, em união livre e as pessoas de mesmo sexo em comunhão de vida. E do lado vertical, as relações de ascendência e descendência.”²⁹

Analisando os conceitos defendidos pelos doutrinadores supramencionados, verificamos que o que mais se aproxima de um conceito inclusivo sobre o instituto da família é o Fábio Ulhôa Coelho, onde é nítido o seu esforço para encontrar um conceito capaz de abranger as diversas formas de constituição de família. Isto porque, não podemos esquecer que

²⁵ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme – **Curso de Direito de Família**. Vol. I. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-1547-2. p. 31-33.

²⁶ MARIO, Caio da Silva Pereira – **Op. Cit.** p. 49

²⁷ DINIZ, Maria Helena – **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. Vol. V. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08230-4. p. 4.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito Civil Brasileiro**. Vol. VI. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-14841-3. p. 15.

²⁹ COELHO, Fábio Ulhôa – **Op. Cit.** p. 38-39.

o mais importante nesse instituto é comunhão de vida. E que a forma de sua constituição deveria ser considerada somente em segunda etapa.

“Vou tratar da Família. E quem se ocupa da família fala de amor, pois a família é uma sede privilegiada do dar, do ser para os outros e com os outros.”³⁰

Após essa magnífica citação do Ilustríssimo Diogo Leite de Campos, podemos concluir que independente da sua forma de constituição, a família precisa, e merece todo o amparo jurídico capaz de resguardar seus interesses.

Para demonstrar as diversas formas de família, pensemos, por exemplo, nas uniões homoafetivas, que existem na sociedade há muitos anos, contudo, por falta de interesse do legislador as pessoas que decidiam conviver com pessoas do mesmo sexo viveram à margem da legislação por muito tempo. Hoje, em Portugal, após a promulgação da Lei nº 9/2010, de 31 de maio, que permitiu o casamento homoafetivo, essas pessoas tiveram seu direito reconhecido e regulamentado.

Isto também ocorreu em outros países, é sabido que na “Dinamarca (Lei nº 372/89), na Holanda (1991), na Noruega (Lei nº 40/93), na Suécia (partenariat, de 1995) e em algumas cidades dos Estados Unidos da América do Norte, há aceitação pelo poder público da relação homossexual³¹”. No Brasil, também é possível a união entre pessoas do mesmo sexo, a despeito do que está determinado na Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo 3º³² e no Código Civil, em seu artigo 1723³³, na qual ainda não tiveram sua redação alterada.

Reflitamos também, sobre a situação das famílias monoparentais, àquelas que se configuram quando há a existência de apenas um dos pais com seus descendentes, sejam eles naturais ou adotivos, na qual também não podemos negar sua existência, diversamente do que referencia alguns artigos legislativos sobre o conceito de família.

É claro que não podemos esquecer a família instituída pelo casamento, sendo esse o modo mais conhecido e aceito pelas sociedades do mundo, como forma legítima de se constituir uma família.

³⁰ CAMPOS, Diogo Leite de – **Nós. Estudo Sobre os Direitos das Pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 972-40-2155-6. p. 165.

³¹ EVANGELISTA, Anderson – Homossexual tem Direito de se Casar no Brasil. **Âmbito Jurídico** [em linha]. Rio Grande. XI, nº. 53 (mai. 2008). [Consult. 28 Fev. 2015]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2842

³² Constituição Federal do Brasil – Artigo 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º [...] §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

³³ Código Civil Brasileiro – Artigo 1723 - É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

No que se refere à união de fato, que é o assunto principal desse trabalho, e trazendo a legislação Brasileira como exemplo, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o matrimônio era a única forma de constituição de família legítima, podemos citar como exemplos o artigo 144, da Constituição de 1934³⁴, o artigo 124, da Constituição 1937³⁵, o artigo 163, da Constituição de 1946³⁶ e o artigo 167, da Constituição de 1967³⁷. Dessa forma, podemos concluir e constatar que antigamente qualquer união entre um homem e uma mulher fora do instituto do casamento era visto como imoral e ilícito.

Hoje, após a promulgação da Lei nº 9.278/96 no Brasil, que regulamentou o texto do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, que trata da família, referente à união de fato, entende-se por entidade familiar as relações oriundas do casamento, da união de fato e da sociedade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (a família monoparental).

Em Portugal, embora muitos desses modelos de família também estejam presentes na sociedade, a legislação ainda mantém uma certa distância da realidade, uma vez que entende que são relações familiares apenas aquelas constantes no art. 1576º do CCiv, e que as demais relações, embora sejam conexas, não merecem essa qualificação, como é o caso da união de fato e a vida em economia comum, que são caracterizadas como relações parafamiliares.

Todavia, embora essas instituições não sejam caracterizadas como relações familiares, o direito de família português contém normas jurídicas que as regulam e que ao qual passamos a nos aprofundar, fazendo sempre uma analogia com o que consta também no direito de família brasileiro

1.3 Do Direito de Família

Uma vez superadas as questões sobre a evolução do direito de família e dos diversos modelos de família existentes nas sociedades atualmente, passaremos a uma pequena análise sobre o Direito de Família tanto no ordenamento jurídico Português, quanto no ordenamento jurídico Brasileiro.

³⁴ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 – Artigo 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

³⁵ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937 – Artigo 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

³⁶ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946 – Artigo 163 – A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

³⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 – Artigo 167 – A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

1.3.1 Do Direito de Família Português

Em primeiro lugar, destaca-se que o direito de família é caracterizado pelo predomínio de normas imperativas e imutável pela vontade das partes. Em segundo lugar trata-se de um direito institucional, ou seja, a lei é somente uma das formas de revelar o direito. O direito de família é caracterizado dessa forma, haja vista que o legislador se limita quando regula as relações da família³⁸.

Uma característica interessante do direito de família é a ligação que possui com outras ciências humanas, por exemplo, o direito à filiação que decorre da biologia.

Dentro do direito de família português verificamos que este possui efeitos de cunho pessoais e patrimoniais. Ao que nos interessa nesse momento refere-se aos efeitos pessoais, que não se traduz com direitos subjetivos propriamente ditos, mas tratam-se de direitos irrenunciáveis e indisponíveis³⁹.

A noção de família no universo jurídico português é garantia constitucional a todo cidadão. Assim, o Direito Português considera família aquelas pessoas que são ligadas pelos laços consanguíneos (ou seja, o parentesco), por afinidade, por adoção e pelo casamento⁴⁰. Nessa esfera, entende-se por relações jurídicas familiares verdadeiras, o casamento e a adoção, sendo o parentesco e a afinidade relações jurídicas derivadas. Da leitura dos dispositivos legais pertinentes ao instituto, observamos que estamos diante de um conceito taxativo, ao qual não se admite interpretação extensiva.

Destarte, as relações familiares existentes abrangem todas as pessoas ligadas a essa relação. Em outras palavras, podemos dizer que a família de uma pessoa pertence ao seu cônjuge, parentes, afins e adotados, *lato sensu*.

A primeira relação familiar para o direito português é a relação matrimonial, ou seja, aquela que decorrente do casamento, visto que todas as outras relações derivam dela, com exceção da adoção, e que de certa forma está ligada diretamente.

Para fins de conceito, o casamento é a união de duas pessoas (independente do sexo) que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida⁴¹. O parentesco é a relação familiar estabelecida pelos laços consanguíneos, seja por descendência ou por um

³⁸ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Curso de Direito de Família**. 4ªed. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-1547-2. p. 143-145.

³⁹ AMARAL, José Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões**. 3ª Ed. Coimbra, Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6742-1. p. 21-22.

⁴⁰ Nos termos do art. 36, n.º. 1 da Constituição Portuguesa e do art. 1576 do Código Civil Português.

⁴¹ Nos termos do art. 36, n.º. 1 da Constituição Portuguesa e do art. 1577 do Código Civil Português.

progenitor em comum⁴². Assim, entende-se por parentesco a relação entre pais e filhos, avós, irmãos, primos e etc., até o 6º grau⁴³. A afinidade é a relação de parentesco que decorre da relação matrimonial, uma vez que ligam os cônjuges aos parentes do outro cônjuge. Por último, mas não menos importante, a adoção é a relação familiar que se assemelha a filiação natural, sem existir, contudo, os laços consanguíneos.

Além dessas relações familiares, existe no direito português as relações parafamiliares, que são relações conexas com as relações familiares, ou a elas equiparadas para determinados efeitos. A união de fato e a economia comum são as relações parafamiliares mais comuns que encontramos em Portugal, e na qual nos aprofundaremos adiante.

Destaca-se ainda que, o direito de família para a maioria da doutrina divide-se em três ramos, o direito matrimonial, o direito a filiação e o direito da tutela. Contudo, as relações de parentesco, que não decorram da filiação, e as relações de afinidade costumam ser expostos pela doutrina na parte introdutória do direito de família. De maneira geral, o direito de família é o conjunto das normas jurídicas que regulam as relações familiares, as parafamiliares e as que se desenvolvem na sua dependência⁴⁴.

Não nos aprofundaremos nessas divisões do direito de família, visto que nosso objetivo era tão somente demonstrar como o direito de família está conceituado em Portugal, bem como apontar suas características e a abrangência do instituto. No que tange a união de fato, como se nota, não é caracterizada como uma fonte de relação familiar, e sim parafamiliar, não fazendo jus a proteção jurídica que cerca o instituto da família, vez que não foi consagrada e nem resguardada na legislação civil, tampouco na legislação constitucional portuguesa.

1.3.2 Do Direito de Família Brasileiro

No que concerne a legislação brasileira, o direito de família considera as relações jurídicas existentes entre os sujeitos envolvidos. Assim, em sentido *lato*, a família Brasileira compreende todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreendendo desta forma, dentro desse instituto: os cônjuges ou os companheiros, os parentes e os afins.

⁴² Na forma do art. 1578 do Código Civil Português.

⁴³ Na forma do art. 1582 do Código Civil Português.

⁴⁴ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Curso de Direito de Família**. 4ª Ed. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-1547-2. p 34-35.

Assim, diferente do que ocorre em Portugal, esse ramo do direito disciplina as relações pessoais horizontais e verticais, bem como os institutos da tutela e curatela⁴⁵. São traduzidos como relações horizontais, os enlaces de duas pessoas adultas⁴⁶, com o propósito de dividir uma vida em comum, unidas pelo matrimônio, pela união de fato, em união livre e as pessoas do mesmo sexo em comunhão de vida ou pelo parentesco, e como relações verticais, as de ascendência e descendência.

Como se observa, da leitura do parágrafo anterior encontramos a primeira grande diferença entre a legislação portuguesa e brasileira, já que o conceito de família engloba a pessoa do companheiro, protegido pelo direito de família no Brasil e desprotegido pelo Código Civil Português.

No código Civil de 1916, proclamava que o principal efeito do casamento era a criação da família legítima. Em outros termos, qualquer situação diferente ao casamento era tida como ilegítima, e por vezes imoral, ou ainda, ilícita. Essas situações impactavam inclusive ao direito de filiação, já que os filhos havidos fora do casamento eram considerados ilegítimos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Novo Código Civil Brasileiro de 2002, esse conceito de família foi alargado, resguardando direitos, considerando o melhor interesse do menor, bem como a intenção pela qual originou-se a união. Assim, o Novo Código Civil destina o livro IV da Parte Especial ao Direito de Família, na qual aborda os direitos pessoais, os patrimoniais, a união estável (ou de fato, em Portugal), a tutela e a curatela. Destarte, analisando a legislação específica, verificaremos que o Código civil procurou adaptar-se a evolução social, preservando os valores culturais e conferindo à família contemporânea tratamento condizente com a realidade social.

Assim, os vínculos afetivos que norteiam a formação das relações familiares vêm sendo priorizada na doutrina e na jurisprudência brasileira. Alguns princípios nortearam esse novo direito de família, são eles: a) princípio do respeito a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal Brasileira⁴⁷); b) princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros (art. 226, § 5º, da Constituição Federal Brasileira⁴⁸); c) princípio da igualdade

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. V. 6. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-61788-9. p. 19.

⁴⁶ Considerando os limites e exceções impostos pelo Código Civil Brasileiro.

⁴⁷ Constituição Federal Brasileira – art. 1º - A República Federativa do Brasil, [...] tem como fundamentos: I – [...] III – A dignidade da pessoa humana [...].

⁴⁸ Constituição Federal Brasileira – art. 226, § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

jurídica de todos os filhos (art. 227, §6º, da Constituição Federal Brasileira⁴⁹); d) princípio da paternidade responsável e planejamento familiar (art. 226, § 7º, da Constituição Federal Brasileira⁵⁰); e e) princípio da comunhão plena de vida (art. 1.511, do Código Civil⁵¹).

Essas alterações pertinentes ao Direito de Família enfatizam a sua função social no direito brasileiro, considerando, principalmente, a igualdade absoluta dos cônjuges e filhos.

Carlos Roberto Gonçalves destaca que há na doutrina brasileira uma tendência a ampliar ainda mais esse conceito de família, com o propósito de abranger situações existentes que não constam mencionadas na Constituição Federal. Assim, fala-se em seis tipos distintos de família: 1) a decorrente do casamento ou matrimonial; 2) a decorrente da união de fato ou informal; 3) a constituído por um dos genitores e seus filhos ou monoparental; 4) a constituída somente pelos filhos ou anaparental; 5) a formada por pessoas do mesmo sexo ou homoafetiva; e 6) a caracterizada pelo vínculo afetivo ou eudemonista⁵².

Corroborando com esse entendimento de diversos conceitos de família, a Lei de adoção (Lei nº. 12.010), promulgada em 2009, conceituou a família de forma extensiva, entendendo por família:

“aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afetividade e afinidade.”⁵³

Como se observa, ainda estamos diante de modificações ao conceito de família e na qual acreditamos que permanecerá em evolução. Dentro dessa evolução, ressaltamos o instituto da União de Fato, ao qual passamos a nos aprofundar.

1.4 Da União de Fato

O instituto da união de fato é mais antigo do que parece, embora durante muito tempo tenha sido negada e repudiada pela sociedade. Essa problemática da união de fato já vem

⁴⁹ Constituição Federal Brasileira – art. 227, § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação

⁵⁰ Constituição Federal Brasileira – art. 226, § 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

⁵¹ Código Civil Brasileiro – Art. 1.511 - O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. V. 6. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-61788-9. p. 35.

⁵³ LEI nº 12.010/2009 – **Dispõe sobre a Adoção** [em linha]. Brasil. (03-08-2009). [Consult. 11 Nov. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm

se arrastando mesmo antes do Império Romano e da sociedade babilônica. Se voltarmos na história verificaremos que o casamento é originário da união de fato, já que surgiu antes da regulamentação do casamento.

No Código de Hamurabi, por exemplo, um cidadão livre poderia casar com uma sacerdotisa, onde esta oferecia ao marido uma escrava para procriação. Ressalta-se que os filhos provindos dessa relação possuíam inclusive direito sucessório. Nesse contexto, podemos afirmar que na sociedade babilônica embora o casamento fosse monogâmico o concubinato era permitido⁵⁴.

No Direito Romano Clássico o casamento não era realizado através de atos previamente determinados. Era mais um consenso entre as partes, manifestada pela manifestação de vontade das partes. Apenas após o surgimento da igreja é que foi consagrado o matrimônio cristão. Contudo, nessa época a igreja passou por momentos de crise que estavam acarretando a desvalorização religiosa, por esta razão os dirigentes religiosos estavam mais preocupados em resolver outras questões do que o casamento em si. Apenas com o surgimento do cristianismo é que o casamento começou se tornou o centro das atenções dos padres, na qual considerando as Escrituras de Cristo, criou-se a ideia do casamento para toda a vida⁵⁵.

Nessa época para a realização de um casamento bastava que existisse a intenção de serem marido e mulher. Apenas na época romana pós-clássica é que passou a ser exigido além da *affectio maritalis*, um ato jurídico de manifestação de vontade.

Essas regras e a sacramentização do casamento culminou na criação de outras regras e preceitos que deveriam ser seguidos e observados para que fosse possível a realização do casamento. Por exemplo, a igreja começou a fixar regras de pureza na união.

Por estas e outras razões, nem todas as pessoas encontravam-se aptas a casar aos olhos da igreja. Todavia, o fato de não estarem autorizadas a casar, não significava que as pessoas deixaram de se relacionar, o que não foi muito bem recepcionado pela igreja. Desta feita, inicia-se o repúdio por qualquer relação amorosa extramatrimonial. E essas relações extramatrimoniais ficam conhecidas como concubinato.

Podemos concluir então que o concubinato nada mais é do que uma relação amorosa entre duas pessoas não sacramentadas pelo casamento. Ressalta-se que essa relação concubina ainda sofria uma classificação. Existia o concubinato puro, que se referiam as relações

⁵⁴ ALMEIDA, Geraldo da Cruz – **Da União de Facto: Convivência More Uxório em Direito Internacional Privado**. Lisboa: Pedro Ferreira, 1999. ISBN 0272000211931. p. 112.

⁵⁵ CAMPOS, Diogo Leite de – **Op. Cit.** p. 175-190.

duradouras onde o casal se encontrava apto para constituir família. E existia o concubinato impuro que classificavam os relacionamentos adúlteros ou eventuais.

Independente da forma como os concubinos se relacionavam sejam eles puros ou impuros, qualquer união entre um homem e uma mulher fora da relação matrimonial era vista como imoral e ilícita.

Vale ressaltar que, etimologicamente o termo concubino exprime a ideia de comunidade de leito, nada tendo a ver com a questão do adultério.

Essa classificação das relações amorosas extramatrimoniais como concubinato chegou até o Império Romano. Na impossibilidade de extinguir esse tipo de relação, os imperadores cristãos passaram a aceitar o concubinato, mas o classificaram como um casamento de segunda classe.

A ideia do concubinato impuro relacionada com o adultério decorre da promiscuidade que havia na época. O que acarretou na grande problemática: como manter o casamento indissolúvel nos casos de adultério?

Considerando que a separação e o divórcio não eram opções à época, muitas mulheres acabavam se sujeitando a continuar convivendo com o cônjuge adúltero. As poucas que se aventuraram a largar seus maridos foram vistas pela sociedade como mulheres devassas ou prostitutas. Isto sem mencionar que uma vez desposadas essas mulheres não estavam autorizadas a contrair novo matrimônio. Dessa maneira, uma vez que essa mulher se encontrava impossibilitada de contrair novo casamento, a única opção que lhe restava era a de manter uma relação extramatrimonial, ou com a utilização correta do termo, um concubinato puro.

Verificamos por tanto, que o concubinato puro e a união de fato definem a mesma relação com nomenclaturas diferentes. Assim, podemos traduzir a união de fato como a união de duas pessoas, independente do sexo⁵⁶, que convivam em situação análoga ao casamento.

“A expressão concubinato, que em linguagem corrente é sinônima de união livre, à margem da lei e da moral, tem no campo jurídico mais amplo conteúdo. Para os efeitos legais, não apenas são concubinos os que mantêm vida marital sem serem casados, senão também os que contraíram matrimônio não reconhecido legalmente, por mais respeitável que seja perante a consciência dos contraentes.”⁵⁷

⁵⁶ Considerando as recentes alterações legislativas de Brasil e Portugal.

⁵⁷ BITTENCOURT, Edgar Moura *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. V. 6. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-14841-3. p. 422.

Para SAVATIER⁵⁸ essa união livre entre os envolvidos significa a deliberação de rejeitar o vínculo matrimonial, a propósito de não assumir compromissos recíprocos. Nos dias atuais, essa premissa ainda se mostra verdadeira se considerar que aquele que optou pela união de fato, optou de forma negativa a aceitação dos deveres e obrigações inerentes ao casamento. Todavia, é incorreto dizer que os conviventes não assumiram compromissos recíprocos. Aprofundar-nos-emos nesse ponto adiante.

Por ora iremos tratar como a União de Fato surgiu no Brasil e em Portugal, apontando a legislação reguladora, bem como apresentando alguns direitos e deveres inerentes a esse instituto polêmico.

1.4.1 Da União de Fato no Brasil

Trazendo a legislação Brasileira como exemplo, como já vimos, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o matrimônio era a única forma de constituição de família legítima, restando sem efeito qualquer contrato entre os concubinos. Contudo, o fato de ser proibido, não significa que essas uniões não existissem.

O Código Civil Brasileiro de 1916 continha alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, proibindo doações e benefícios testamentários. Assim, com o objetivo de rechaçar o enriquecimento sem causa, em 1964 foi aprovada a SUM 380 do STF, que determinava a partilha do patrimônio dos bens adquiridos conjuntamente pelos concubinos.

Aos poucos, algumas legislações apartadas ao Código civil foram surgindo com o propósito de proteger os concubinos, como é o caso da legislação previdenciária, tendo a jurisprudência admitido o direito a meação dos bens adquiridos pelo esforço mútuo dos conviventes, em consonância com a súmula supramencionada, para desta forma não criar uma situação injusta entre os envolvidos.

Atendendo a ânsia da população brasileira, em 1975 foi apresentado um projeto de lei para criar o “*Contrato Civil de Coabitação*”⁵⁹, com o intuito de regularizar a vivência dessas pessoas que viviam conjuntamente fora do casamento e pôr fim ao concubinato. Respeitando, claro, os limites impostos pelo Código Civil de 1916, referente ao casamento. Infelizmente, para os concubinos, esse projeto não foi aprovado.

⁵⁸ SAVATIER *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. V. 6. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-14841-3. p. 422.

⁵⁹ Projeto de Lei nº. 1117/1975.

Com a promulgação da Constituição de 88 a união de fato passou a ser regulamentada, na qual alterou o conceito de família, ampliando seu âmbito de abrangência. Entendendo como entidade familiar não só a união entre o homem e a mulher pelo casamento, mas também as relações provenientes da união de fato, entre pessoas do mesmo sexo e a família monoparental. A partir de então essa relação familiar ganhou *status*⁶⁰ dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

“Art. 226, § 3º - Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável do homem e da mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”⁶¹

Embora os contratos de coabitação entre pessoas que viviam em união de fato ainda não pudessem ser registrados em cartórios, o número desse tipo de contrato cresceu largamente no Brasil, uma vez que a sociedade aclamava pela regulamentação do concubinato, não como casamento, mas como instrumento regulador da vida conjunta.

Em 1994, surgiu a Lei nº 8.971 que caracterizou a figura do companheiro, sendo este a pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, por mais de cinco anos ou com prole, que resolvesse se unir a outro do sexo oposto.

Em 1996 com a Lei nº 9.278, é que a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família foi regulamentada⁶². Essa lei, para definição de companheiro omitiu os requisitos de natureza pessoal, tempo mínimo de convivência e existência de prole, que existia na legislação anterior.

Vale destacar que o vocábulo concubino nos dias atuais é utilizado para designar relacionamento amoroso com pessoas casadas, também conhecido como adultério. Configura-se como relações não eventuais entre os impedidos a casar⁶³. Todavia, destacamos que nem todos os impedidos a casar são concubinos, utilizando a definição atual do vocábulo. Além do mais, a proteção da legislação não tinha o objetivo de proteger as situações adulterinas em detrimento ao casamento. O Objeto era tão somente resguardar os direitos das pessoas que se uniram em prol de uma vida familiar pura.

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. V. 6. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-61788-9. p. 619.

⁶¹ PRESIDÊNCIA da República – **Constituição da República Federativa do Brasil** [em linha]. Brasil. (05-10-1988) [Consult. 28 Fev. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

⁶² LEI nº 9.278/96 – Regula o § 3º do Artigo 226 da Constituição Federal [em linha]. Brasil. (10-05-1996). [Consult. 24 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm

⁶³ Nos termos do artigo 1727 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Com a promulgação do novo Código Civil Brasileiro, que conceituou a união de fato (no Brasil também conhecida como união Estável), ficaram revogadas as leis mencionadas anteriormente, que trouxe grandes mudanças ao instituto, já que apresentou aspectos pessoais e patrimoniais, incluindo o direito sucessório, ao qual não vamos nos aprofundar por ora.

“Art. 1723 – É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”⁶⁴

Para que se tenha a união de fato caracterizada hoje, não é necessária qualquer formalidade, ao contrário do que é exigido para o casamento. Contudo, embora não seja exigível instrumento escrito, é aconselhável que se lavre em cartório o “Contrato de União Estável” para que possa utilizar como prova de convivência duradoura com o objetivo de se constituir família.

Da mesma forma, a lei também não exige qualquer formalidade para a sua dissolução. Salvo nos casos em que a pessoa tenha optado pelo instrumento escrito em cartório, e neste caso, os companheiros devem efetuar a comunicação da dissolução da união no cartório para que cessem os efeitos. Todavia, caso essa dissolução não seja realizada de forma amigável, os companheiros sempre podem recorrer ao judiciário para solução dos problemas de alimentos, partilha de bens e guarda dos filhos.

Independente da formalização, alguns pressupostos devem ser observados para sua caracterização: a) convivência “*more uxório*”, comunhão em vida em sentido material e imaterial; b) *affectio maritalis*, ânimo de constituir família; c) notoriedade; d) estabilidade ou duração prolongada; e) continuidade; f) inexistência de impedimentos matrimoniais (art. 1723, §1º, Código Civil), e g) relação monogâmica.

Um ponto que merece destaque é que na legislação brasileira, tanto no Código Civil quanto na Constituição Federal ainda referenciam a união de fato como uma união de duas pessoas de sexos opostos, embora o tema já tenha sido alvo de discussão e já tenham sido declarados direitos aos homoafetivos pelo Superior Tribunal Federal.

No que concerne aos direitos dos companheiros, estes estão divididos em relações pessoais, como o dever de respeito, lealdade, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos⁶⁵, e patrimoniais, como o direito a alimentos, meação e herança.

⁶⁴ LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil**. [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

⁶⁵ Nos termos do artigo 1724 do Código Civil Brasileiro.

Ainda com relação a esses efeitos, destaca-se que com relação aos efeitos pessoais, esses foram equiparados ao instituto do casamento, desta forma, aplicam-se os mesmos princípios no que se refere ao direito a alimentos. Com relação aos efeitos patrimoniais o Código Civil determinou que se aplica, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, ou seja, os bens adquiridos onerosamente na constância da união, salvo contrato escrito em contrário.

O Código Civil prevê ainda a conversão da união de fato em casamento, mediante requerimento ao juiz e assento no registro civil⁶⁶. Contudo, a lei não esclarece o procedimento que deve ser adotado, o que representa uma falha do legislador. É evidente, no entanto, que todas as providências pertinentes ao casamento devam ser adotadas, especialmente no que concerne a observação da existência de impedimentos.

Uma questão que se coloca no que concerne a essa conversão da união de fato em casamento, é que uma vez que tal procedimento, via de regra, é feito mediante requerimento ao Oficial do Registro Civil com manifestação do Ministério Público, dificulta o processo de conversão ao invés de facilitá-lo, como determina o art. 226, § 3º da Constituição. Na prática, se torna mais simples os interessados contraírem o casamento diretamente do que convertê-lo.

Como se observa a matéria no Brasil é extensa, e por esta razão optamos por trazer apenas os tópicos mais pertinentes ao tema, para então podermos abordar como a matéria é tratada em Portugal.

1.4.2 Da União de Fato em Portugal

Dando início a análise da legislação portuguesa no que concerne a união de fato, informamos que as Ordenações Afonsinas, que eram o conjunto de leis que regulam Portugal a partir de 1446 já faziam menção a vivência em comum de cama e mesa do casal que não era casado, o que se assemelha em muito à união de fato.

A mesma referência sobre esse tipo de convivência, também foi encontrado no Código Civil de 1966:

“Artigo 1862 - (convivência notória)

A convivência notória entre a mãe e o pretenso par consiste na comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges, ou no concubinato entre eles, que se tenha prolongado além do nascimento do filho.”⁶⁷

⁶⁶ Nos termos do artigo 1726 do Código Civil Brasileiro.

⁶⁷ DECRETO-Lei nº 47.344/66 – **Código Civil** [em linha]. Portugal. (25-11-1966). [Consult. 25 fev. 2018]. Disponível em

Contudo, esse termo união de fato, como consta no artigo 2020º só apareceu no ordenamento jurídico português na reforma de 1977 do Código Civil, utilizando a expressão para designar a situação de duas pessoas que não são casadas, mas vivem em situação análogas as dos cônjuges. Assim, são situações análogas as dos cônjuges as pessoas que vivem em comunhão de cama, mesa e habitação, que não estão ligadas pelo vínculo formal do casamento. Restando excluídos aqueles que vivem em situação sexual fortuitas e passageiras. Reconhecendo a união de fato ainda, como relação digna e merecedora de proteção legislativa. A união de fato deixa então de ser vista como uma união imoral.

Reforçando a sua importância, em 1999 foi promulgada a Lei nº 135 que adotou medidas de proteção a união de fato, hoje revogada pela Lei nº 7/2001 (atual lei que regula a matéria em Portugal), que trouxe um novo texto e novas proteções as pessoas que vivem nesse tipo de união.

Embora a Lei nº 135 não tenha feito nenhuma definição do instituto, a Lei nº 7/2001 tratou de conceituar a união de fato no corpo do diploma legal.

“Artigo 1º,

[...]

2 - A união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos.”⁶⁸

Repare que o legislador reconhece que a união de fato é em si uma união semelhante ao casamento que, todavia, não respeitou os requisitos exigidos por este. O que queremos dizer é que o fato de não ter cumpridos os requisitos do casamento não é argumento suficiente para sustentar a não inclusão da união de fato como uma fonte de relação familiar.

Diferente do que ocorre no Brasil, a união de fato não está positiva na Constituição Portuguesa, visto que o determina o número 1 do artigo 36, *in verbis*:

“Art. 36 - Família, casamento e filiação

1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.”⁶⁹

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A1862&nid=775&tabela=lei_velhas&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=1#artigo

⁶⁸ LEI nº 7/2001 – **Protecção das Uniões de Facto** [em linha]. Portugal. (11-05-2001). [Consult. 24 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=901&tabela=leis

⁶⁹ LEI nº. 1/2005 – **Constituição da República Portuguesa: VII Revisão Constitucional de 2005**. [em linha]. Portugal. (02-04-1974). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

Assim, a princípio, a proteção da união de fato decorre do direito ao desenvolvimento da personalidade⁷⁰.

Voltando a legislação específica, salientamos que estamos diante de uma lei sucinta, com apenas onze artigos. Em seu artigo 1º que trata do objeto da lei, limita-se tão somente a expressar o seguinte que “*A união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges, há mais de dois anos*”⁷¹.

Como se observa, da leitura do artigo, encontramos a primeira problemática. Uma vez que a legislação não determina nenhum procedimento formal para a sua caracterização, torna-se difícil determinar o início da união, para então iniciar a contagem do prazo de dois anos imposta pelo artigo, para aplicação dos efeitos da lei.

Com o objetivo de sanar essa problemática, que já existia antes mesmo da promulgação da lei vigente, o Partido Comunista Português apresentou o Projeto de Lei nº 384/VII⁷², o qual previa a celebração da convenção de união de fato, através de escritura notarial ou de auto lavrado perante o Conservador do Registro Civil, estabelecendo entre outros, o regime e a administração de bens da união e a responsabilidade por dívidas contraídas. Destacamos, no entanto, que tal projeto de lei não foi aprovado. E a problemática no que concerne à prova de início da união permanece até os dias atuais.

Destarte, considerando a lei em questão, a prova da união de fato deve ser requerida à junta da freguesia, ao qual deve acompanhar o requerimento, a declaração dos membros que vivem em união de fato há mais de dois anos e cópia da certidão de nascimento de ambos, para que então seja emitida a declaração formal.

Uma vez consolidada a união de fato, os companheiros podem se valer dos poucos efeitos garantidos pela lei, são eles:

“Art. 3º - Efeitos

1. As pessoas que vivem em união de facto nas condições previstas na presente lei têm direito a:

- a) Protecção da casa de morada de família, nos termos da presente lei;
- b) Beneficiar do regime jurídico aplicável a pessoas casadas em matéria de férias, feriados, faltas, licenças e de preferência na colocação dos trabalhadores da Administração Pública;

⁷⁰ Constituição da República Portuguesa – Art. 26º - Outros direitos pessoais. 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

⁷¹ LEI nº 7/2001 – **Protecção das Uniões de Facto** [em linha]. Portugal. (11-05-2001). [Consult. 24 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=901&tabela=leis

⁷² PITÃO, José António de França – **Uniões de Fato e Economia Comum**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4616-7. p. 349.

- c) Beneficiar de regime jurídico equiparado ao aplicável a pessoas casadas vinculadas por contrato de trabalho, em matéria de férias, feriados, faltas e licenças;
- d) Aplicação do regime do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares nas mesmas condições aplicáveis aos sujeitos passivos casados e não separados de pessoas e bens;
- e) Protecção social na eventualidade de morte do beneficiário, por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social e da presente lei;
- f) Prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, por aplicação dos regimes jurídicos respectivos e da presente lei;
- g) Pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País, por aplicação dos regimes jurídicos respectivos e da presente lei.”⁷³

Vale destacar, entretanto, que para que esses poucos efeitos sejam produzidos, alguns requisitos devem ser observados. Em primeiro lugar, o lapso temporal de dois anos, conforme já elucidado anteriormente. E, em segundo lugar, os envolvidos não podem estar enquadrados no rol de impedidos estabelecido no art. 2º da lei, ou seja, para que a declaração de união de fato seja atribuída ambos os companheiros: a) precisam ter idade superior a 18 anos⁷⁴; b) não podem possuir demência notória, interdição ou inabilitação por anomalia psíquica; c) não podem ter casamento anterior não dissolvido; d) não podem ser parentes ou afins em linha reta, ou em linha colateral até o 2º grau; e e) não podem ter condenação anterior como autor ou cúmplice por homicídio doloso contra o cônjuge do outro⁷⁵.

No que tange aos efeitos pessoais da união de fato, embora a lei em referência não faça qualquer menção ao tema, salientamos que devem ser observados alguns preceitos constitucionais, bem como o disposto na legislação civil vigente.

Desta forma, apresentaremos alguns deveres que devem ser respeitados pelos companheiros, na constância da sua união, em reflexão paralela comparativa com o previsto no artigo 1672º do Código Civil, relativo ao casamento⁷⁶. São eles, o dever de fidelidade, de respeito, de coabitação, de assistência e de cooperação, assim como acontece no Brasil.

Com relação aos efeitos patrimoniais, muito embora possa haver uma comprovada comunhão de vida, não se produzem quaisquer efeitos decorrentes da lei, não existindo dessa forma o patrimônio em comum. Assim, para resguardar seu direito de propriedade sob um imóvel, por exemplo, os companheiros devem fazer constar o nome de ambos no título de aquisição do imóvel. Aparentemente resolve-se os problemas sob coisas imóveis, contudo, o mesmo procedimento não pode ser adotado sob as coisas móveis. Ressalta-se que já há

⁷³ LEI nº 7/2001 – **Protecção das Uniões de Facto** [em linha]. Portugal. (11-05-2001). [Consult. 24 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=901&tabela=leis

⁷⁴ Observando os limites da maioridade civil portuguesa.

⁷⁵ LEI nº 7/2001 – **Protecção das Uniões de Facto** [em linha]. Portugal. (11-05-2001). [Consult. 24 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=901&tabela=leis

⁷⁶ PITÃO, José António de França – **Uniões de Fato e Economia Comum**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4616-7. p. 103.

entendimento no Supremo Tribunal de Justiça⁷⁷, decidindo a favor dessa divisão igualitária, considerando principalmente que não seria justo o enriquecimento de uma das partes às custas do empobrecimento injusto da outra parte.

Alguns outros problemas também podem ser observados no que concerne as dívidas assumidas durante a constância da união, sejam ela adquiridas por um ou por ambos os companheiros, ou ainda, no que se refere a prestação de alimentos.

Assim, restam aos companheiros apenas a proteção a casa morada e algumas proteções sociais e fiscais, ao qual não nos aprofundaremos, haja vista não ser o foco do estudo.

No que tange a dissolução, o artigo 8º da lei estabelece que se finda a união de fato, com o falecimento de um dos companheiros, por vontade de uma das partes ou ainda pelo casamento. Ressalta-se, todavia, que embora a união se dissolva por *mortis causa*, ao companheiro sobrevivente não é assegurado qualquer direito sucessório.

Como se percebe, a legislação que regula a união de fato não é muito extensa e embora tenha sido reconhecida pelo legislador, ainda estamos longe de ter uma proteção justa. Todavia, nosso propósito até aqui era apenas demonstrar como o instituto encontra-se regulado na atual legislação. Esmiuçaremos essa matéria mais adiante.

Dando continuidade ao nosso estudo, e ainda dentro do direito de família, no próximo capítulo iremos abordar os direitos pertinentes as pessoas casadas.

⁷⁷ Decisão proferida em 15.11.99, conforme citação de PITÃO, José António de França – **Uniões de Fato e Economia Comum**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4616-7. p. 159.

CAPÍTULO II – DOS DIREITOS PESSOAS CASADAS

Conforme já mencionado nesse trabalho, nosso objetivo é encontrar uma forma de garantir que as pessoas que vivam em comunhão de vida, diversa ao casamento, consigam resguardar, pelo menos, alguns direitos, principalmente no que tange ao direito sucessório, visto que, até o presente momento, a legislação portuguesa se absteve de garantir tais direitos.

Para que possamos atingir esse objetivo necessário é o estudo sobre os direitos das pessoas casadas, para desta forma estabelecermos um parâmetro e podermos encontrar um equilíbrio de tais direitos a serem aplicados as uniões de fato, de maneira que esses direitos não sobreponham os direitos já existentes às pessoas casadas.

Antes de adentrarmos no estudo dos direitos hoje constante nas legislações, tanto brasileira como portuguesa, é basilar que se faça uma análise histórica não só do casamento em si, mas também sobre o instituto do divórcio e da sucessão, visto que são os dois últimos que serão utilizados como base para justificar a distribuição de bens das pessoas que vivem em união de fato.

2.1 Breve Histórico do Casamento

É sabido que no mundo antigo o casamento possuía um caráter prioritariamente econômico, pois a união dos sexos era uma necessidade primordial para possibilitar a subsistência. Analisando a época romana clássica, para a existência do casamento era necessário a “*ius conubii*” e “*affectio maritalis*”, ou seja, a convivência entre os cônjuges com a intenção de serem marido e mulher.

Assim, o casamento era muito mais visto como um estado do que como um ato que conduziria a este estado. Dito em outras palavras, o matrimônio era uma relação social que produzia consequências jurídicas. Conforme Brandão Lima, “*Os juristas não o encaravam como um instituto jurídico, senão como uma situação de mera convivência de duas pessoas de sexos diferentes*”⁷⁸. Apenas mais tarde, na época pós-clássica é que o ato jurídico se fez necessário, com a manifestação explícita de vontade dos cônjuges.

Entrando no instituto do matrimônio, este no Direito Romano era de natureza privada, desconsiderando qualquer ordem de natureza jurídica, mesmo sendo considerado um

⁷⁸ LIMA, Domingos Sávio Brandão – **Divórcio Romano versus Divórcio Canônico**. Revista de Informação Legislativa [Em linha]. No 89 (1986). p. 353. [Consult. 20 Dez. 2017]. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181684/000421291.pdf?sequence=3>

contrato. Também era desnecessário qualquer tipo de cerimônia para a sua constituição, sendo a convivência do casal suficiente para tanto. Porém tornou-se frequente celebrar o matrimônio, surgindo algumas formas diferentes de celebração, como a *confarreatio*. Conforme ensina Venosa:

“[...] o matrimônio solene era o laço sagrado por excelência. Nessa modalidade de casamento, a *confarreatio* era uma cerimônia religiosa e levava essa denominação porque uma torta de cevada era dividida entre os esposos como símbolo da vida comum que se iniciava. Daí a origem do bolo de noiva.”⁷⁹

Entrando no âmbito de formalização do casamento, em Roma, o casamento era visto como um contrato, isto é, um “*ato jurídico em que o consentimento juridicamente relevante seria tão só o consentimento inicial*”⁸⁰. Os romanos possuíam duas espécies de casamento: *justae nuptiae cum manu* e *sine manu*. No casamento *cum manu*, a mulher romana sujeitava-se à autoridade do marido, sendo considerada sua propriedade e deveria renunciar a seus costumes, crenças e patrimônio para incorporar-se na família do marido, abraçando as crenças e costumes dele. A *manus*, ou seja, o poder marital, era semelhante ao direito de propriedade, podendo o marido dispor de sua mulher conforme a sua vontade.

Exatamente por conta desse poder que o homem exercia sob a mulher a inferioridade da mulher nas civilizações antigas e sociedades primitivas era muito latente, por essa razão era muito comum esse laço matrimonial ser desfeito pelo repúdio da mulher pelo homem, em outras palavras, a sociedade conjugal era desfeita por vontade unilateral do marido que, dando por terminado o casamento, abandonava a mulher e a expulsava do lar.

Todavia, a inferiorização do papel da mulher na sociedade conjugal com o passar todos tempos gerou um grande rebuliço, e é por esta razão que o casamento romano se constitui de grandes controvérsias. Assim, no final do Século II, para assegurar à mulher a herança que proviesse de sua família de origem, é reconhecido o casamento *sine manu*, onde foi concedido direitos idênticos aos cônjuges, incluindo a possibilidade da mulher requer o divórcio, mantendo preservada sua autonomia patrimonial e pessoal.

Essa já foi uma grande conquista na vida conjugal da mulher romana, vale ressaltar ainda que, há quem diga que ao tratar do papel da mulher romana, esta atingiu o verdadeiro centro da civilização romana. A mudança de comportamento dentro da sociedade conjugal com o decurso do tempo mudou abruptamente com a possibilidade do divórcio, uma vez que essa

⁷⁹ VENOSA, Silvio de Salvo - **Direito Civil: Direito de Família**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. ISBN 85-224-3978-8. p. 41.

⁸⁰ *Idem. Ibidem.*

possibilidade cabia a mulher, o homem sentiu pela primeira vez a possibilidade de perde-la. Mas esse é um assunto que trataremos mais adiante.

Voltando a questão sobre a definição de casamento, os juristas do período Clássico Modestino estabeleceram que “*O casamento é a relação do marido e da mulher a união para toda a vida numa comunhão de Direito Divino e humano*”⁸¹. Posteriormente, surgiu um segundo conceito romano acerca do casamento, atribuído a Ulpiano e presente nas Institutas de Justiniano, que, segundo Carlos Roberto Gonçalves: “*desfigurou aquela noção tão grandiosa e sacramental, desaparecendo a alusão ao direito divino e a referência à perenidade do consórcio de vidas*”⁸².

O conceito de casamento de Modestino referia-se ao direito humano e divino, já o das Institutas referia-se a uma relação jurídica na qual sua celebração traduziria uma convivência animada pelo *affectio maritalis* (advindo do Direito Canônico). Mais tarde esta relação seria elevada à categoria de sacramento e com a celebração do casamento, os nubentes formariam uma só entidade física e espiritual de forma indissolúvel e sob a inspiração do princípio segundo o qual o homem não pode separar aqueles que Deus uniu⁸³.

A estrutura e a natureza do matrimônio católico foram construídas com fundamento nos princípios romanos, porém, inteiramente adulterados, transformando o consentimento inicial em consentimento irretratável, irrevogável e eterno. Esta nova doutrina considerava o casamento dissolúvel apenas através da morte de um dos cônjuges. Tal fundamento perdurou por longos anos, até que se foi aceito pela sociedade a possibilidade da separação de corpos e o divórcio.

Uma vez que o cristianismo, modificou o entendimento no que diz respeito à dissolução do casamento, desapareceu por fim o repúdio da mulher pelo homem. Assim casamento passa a ter um sentido ideológico de perenidade, de permanência por toda vida entre os cônjuges. Com o cristianismo, também se estabelece a manifestação do consentimento dos cônjuges perante a Igreja e o registro da cerimônia em atas paroquiais, possuindo o casamento, a partir de então, uma forma determinada de celebração indispensável para a sua existência.

⁸¹ *Apud* ALVES, José Carlos Moreira - **Direito Romano**. Vol. II. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.282.

⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito Civil Brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978.850.204.410-4. p. 21.

⁸³ O Código de Direito Canônico atentou-se ao caráter contratual do matrimônio, considerando-o sacramento, produzido pelo consentimento de pessoas capazes perante o direito. Este consentimento gera a aliança matrimonial que, por sua vez faz nascer o vínculo, a comunidade de toda a vida. É o teor do cânone 1055, §1º “A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão da vida toda, ordenada, por sua índole natural, ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole foi elevada, entre os batizados à dignidade de sacramento.

Conforme se observa, com o advento do Cristianismo e o fim do Império Romano, assim como a possibilidade do divórcio e a necessidade de formalização do casamento, algumas regras e proibições foram estabelecidas para que fosse possível resguardar as uniões puras e os casamentos legítimos, de acordo com os entendimentos da própria igreja. Eliminando dessa forma o concubinato.

Uma vez que para a celebração do casamento bastava apenas o consentimento dos nubentes, surgiram na sociedade os casamentos clandestinos, que eram aqueles não contraídos *in facie Ecclesiae*. A outra forma de casamento conhecida era a de pública fama, cuja a qualificação de casamento era considerada pela sociedade, o que importava muito mais no que diz respeito a designação de documentos do que ao casamento propriamente dito. Desta forma, para fortalecer o instituto, ficou determinado que a única forma aceita de casamento seria a eclesiástica e que o casamento se traduziria num pacto eterno de vida⁸⁴.

Com o propósito de pôr fim às controversas e polêmicas a respeito do casamento, os católicos se reuniram no concílio de Trento, para debater e sacramentar questões como indissolubilidade do casamento, o consentimento e reafirmar a competência exclusiva da igreja para a sua celebração e validação. A partir de então o casamento passa a ser monogâmico, indissolúvel, religioso e que estipulava os direitos de cada um dos nubentes.

No século XVIII, a maioria das legislações implantaram o casamento civil e a competência exclusiva do Estado para realiza-lo, conservando-se, porém, uma estrutura canônica. O direito civil do casamento tem, portanto, indiscutível origem canônica e assim perdura por várias legislações, em que pese o vasto terreno jurídico de que hoje desfruta a união sem casamento.

Atualmente, já vislumbramos conceitos mais abrangentes do instituto, que procuram adequar ao máximo possível à realidade social. Nesse quesito, leciona a doutrinadora Maria Helena Diniz que:

“O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.”⁸⁵

⁸⁴ FIDALGO, Roberta Flavia – **Os Direitos inerentes a Personalidade dos Companheiros decorrentes da União de Facto em Portugal e da União Estável no Brasil**. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2009. p. 8-10.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena - **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 8502017977. p.37.

Segundo a autora, o matrimônio *é a peça-chave de todo o sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país*⁸⁶.

O que se nota é que nesse conceito mais moderno, o casamento é algo que visa o auxílio dos cônjuges com intuito de constituir família, não estando presente a visão sacramental e de união perpétua. Diante disso, pode-se inferir que as definições de casamento foram se modificando de acordo com a evolução dos costumes e das tendências filosóficas que os influenciavam.

“É óbvio que a noção conceitual do casamento não pode ser imutável. As ideias que convinham ao povo hebreu do Velho Testamento, que satisfaziam o grego, que abrandavam aos romanos, que vigiam na Idade Média, e mesmo as que predominavam no Século XX – já não atendem às exigências da nossa geração, que assiste a uma profunda transformação do social, do político, do econômico. E, sendo a família um organismo em lenta, mas constante mutação, o casamento que a legitima há de aperfeiçoar-se às condições ambientes e contemporâneas.”⁸⁷

Embasado nesse entendimento de mutação constante do seio familiar, suas necessidades e crenças é que defendemos nosso posicionamento de resguardar direitos e garantias para todos os tipos de família independente da sua forma de constituição.

2.2 Da Perspectiva da Família no Direito Constitucional Português

Com todos esses acontecimentos históricos e mudanças ocorridas na formalização e concepção do instituto do casamento, cada vez, se tornou mais latente a necessidade de documentar e registrar sua eficácia e abrangência em forma de previsão legal. Ocorrendo desta forma a ampliação da materialidade constitucional do casamento.

Todavia, embora não se possa delimitar os direitos matrimoniais e de família no âmbito jurídico-constitucional, já que isso é matéria para o código civil, coube a constituição ao menos garantir e resguardar o direito de contrair o casamento e estabelecer alguns princípios norteadores.

Duarte no seu estudo sob a juridicalização da sociedade familiar, leciona que:

⁸⁶ *Idem. Ibidem.*

⁸⁷ MARIO, Caio da Silva Pereira – **Instituições de Direito Civil**. Vol. V. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7460-2.

“Da cobertura principiológica que a Constituição faz das regras que regem as relações jurídico-familiares resulta um conjunto de efeitos derivados da força formal que corresponde ao valor jurídico-constitucional dessas disposições e princípios.”⁸⁸

Com esse entendimento verificamos que além da carga positiva que acarreta, já que a partir de então tem-se direitos e garantias constitucionais, não se pode negar a carga opostamente contrária, pois uma vez que tais direitos e garantias estão delimitados, engessa o legislador, no que tange a busca de soluções materiais alheios ao previsto constitucionalmente. Cabe ao legislador então, adequar e enquadrar as normas infraconstitucionais ao texto da Constituição.

Duarte menciona ainda que:

“O fenômeno de juridicalização da sociedade famílias [...] deve ser visto, contudo, por duas perspectivas diferentes. De um lado, os planos constitucionais e infraconstitucional, de outro, através da distinção entre família propriamente dita e a instituição do casamento.”⁸⁹

Para nós tal citação se demonstra de grande relevância, mesmo quando diante do estudo dos direitos das pessoas casadas, principalmente porque abre justificativas para os argumentos que existem diversas formas de constituição de família diferente do casamento. Embora, não possamos negar que o principal propósito do legislador quando da redação de previsão constitucional era resguardar o instituto do casamento.

Uma vez resguardado o direito ao matrimônio, outras garantias também foram inseridas no contexto constitucional diretamente ligada a este, como a adoção, e os direitos inerentes aos filhos.

Neste ínterim, sobrelevamos que essas previsões nem sempre estiveram presentes nos textos constitucionais, isto porque, as constituições de 1822, 1826 e 1911 foram completamente omissas, sendo a constituição de 1933 a primeira constituição a reservar direitos à família, *in verbis*:

“Da Família
Artigo 11º

O Estado assegura a constituição e defesa da família, como fonte de conservação e desenvolvimento da raça, como base primária da educação, da disciplina e harmonia social, e como fundamento de toda a ordem política pela sua agregação e representação na freguesia e no município.

⁸⁸ DUARTE, David José Peixoto – Perspectivas Constitucionais da Família. In FÉLIX, António Bagão, NAZARETH, Joaquim António Pantoja, RIBEIRO, Maria Teresa – **Traços da Família Portuguesa**. Portugal: Ministério do Emprego e da Segurança Social, 1994. ISBN 972.27.0749-3 p. 82-83

⁸⁹ *Idem. Ibidem*

Artigo 12º

A constituição da família assenta:

1º - No casamento e filiação legítima

2º - Na igualdade de direitos e deveres dos dois cônjuges quanto à sustentação e educação dos filhos legítimos;

3º - Na obrigatoriedade de registo do casamento e do nascimento dos filhos

§1º - A lei civil estatui as normas relativas às pessoas e bens dos cônjuges, ao pátrio poder e seu suprimento, aos direitos de sucessão na linha recta ou colateral e ao direito de alimentos.

§2º - É garantida aos filhos legítimos a plenitude dos direitos exigidos pela ordem e solidez da família, reconhecendo-se aos ilegítimos perfilháveis, mesmo nascituros, direitos convenientes à sua situação, em especial o de alimentos, mediante investigação acerca das pessoas a quem incumba a obrigação de prestar.

Artigo 13º

Em ordem à defesa da família pertence ao Estado e autarquias locais:

1º - Favorecer a constituição de lares independentes e em condições de salubridade, e a instituição do casal de família;

2º - Proteger a maternidade

3º - Regular os impostos de harmonia com os encargos legítimos da família e promover a adopção do salário familiar;

4º - Facilita aos pais o cumprimento do dever de instruir e educar os filhos, cooperando com eles por meio de estabelecimentos oficiais de ensino e correção, ou favorecendo instituições particulares que se destinem ao mesmo fim;

5º - Tomar todas as providências no sentido de evitar a corrupção dos costumes.”⁹⁰

Da Leitura dos dispositivos legais supramencionados, podemos constatar que a partir dessa redação a família passa a ocupar um lugar de destaque na sociedade, já que agora além da imagem constitucional, tem suas funções pré-estabelecidas, garantindo a guarda, o sustento e a educação dos filhos.

Com o advento da Constituição de 1976, tais regulamentações sofreram alterações, uma vez que alguns desses direitos e garantias ficaram a cargo a legislação civil. Ainda no âmbito constitucional da família, o que se verifica é que nem a constituição, nem o código civil (como veremos adiante) define o que entende por família, e nem poderia. O máximo que o legislador conseguiu determinar foi o modelo moderno de família. Isso porque, de acordo com a redação vigente se faz necessária uma avaliação profunda entre a família e o casamento, visto que o matrimônio é apenas uma das formas de constituição de família, em que se pese o laço afetivo, estendendo esse conceito às questões biológicas e adotivas. Determina o artigo 36º da atual Constituição Portuguesa:

“Artigo 36º

Família, casamento e filiação

1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

⁹⁰ **CONSTITUIÇÃO Política da República Portuguesa de 1933.** [em linha]. Portugal. (11-04-1933). [Consult. Fev. 2018]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1933.pdf>

2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.
 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.
 4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.
 5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.
 6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.
 7. A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação.”⁹¹
- (grifos nossos)

É claro que há quem defenda uma sobreposição e que a família citada no artigo 36º da Constituição deveria ser interpretada como a família derivada do casamento. Mas considerando a atual conjuntura da sociedade, e nesse ponto podemos alargar o âmbito de abrangência tanto para considerar a sociedade brasileira quanto a portuguesa, esse conceito de que a família deve ser considerada apenas àquelas derivadas do casamento, nos parece um ponto de vista um tanto quanto arcaico, desta forma, nos negamos a acreditar que esta tenha sido a intenção do legislador. Mas esse é um debate que nos aprofundaremos mais adiante.

Ainda sob a análise do artigo 36º da Constituição, notamos que o inciso segundo remete a lei apartada à constituição a obrigação de regular a forma de celebração do casamento, seus efeitos, bem como a sua dissolução. Até entendemos que caiba a legislação civil regulamentar os efeitos, mas a instituição da família consagrada e garantida pela constituição⁹², não pode ficar sujeita a legislação ordinária⁹³.

Com intuito meramente informativo, referenciamos que artigo 67º da Constituição Portuguesa, também trás direitos e garantias ao instituto da família, contudo, seu conteúdo ainda não possui ligação direta com o tema ora em debate, e que entendemos que precisa ser alterado.

Ainda com caráter informativo, e antes de adentrarmos na legislação civil que regula o instituto da família e do casamento, passamos a enunciar alguns princípios constantes na Constituição portuguesa e que são norteadores da norma infraconstitucional, são eles:

⁹¹ LEI n.º. 1/2005 – **Constituição da República Portuguesa: VII Revisão Constitucional de 2005**. [em linha]. Portugal. (02-04-1974). [Consult. 2 Fev. 2018]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

⁹² Art. 67º da CRP

⁹³ DIAS, Cristina M. Araújo – *Op. Cit.* p. 457

- 1) O Direito a celebração do casamento, como já referenciado (art. 36º, 1ª da CRP). Acrescentamos que esta previsão está de acordo com o artigo 16º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.
- 2) Direito de constituir família. Mesma previsão legal do item anterior.
- 3) Competência da lei civil para regular os efeitos, requisitos e celebração do casamento. Também já referenciado. (art. 36º, 2ªA da CRP)
- 4) Admissibilidade do divórcio
- 5) Atribuição aos pais do poder-dever de educar os filhos
- 6) Não discriminação entre os filhos.
- 7) Proteção da Família
- 8) Proteção da maternidade e da paternidade.

Feitas essas considerações no próximo tópico abordaremos as questões civil inerente às pessoas casadas e ao instituto da família.

2.3 Dos Direitos de Família e das Pessoas Casadas à Luz da Legislação Civil Portuguesa

O Livro IV do Código Civil Português trata do Direito de Família, e determina no artigo 1576º:

“Artigo 1576.º - (Fontes das Relações Jurídicas Familiares)
São fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção.”⁹⁴

Já manifestamos nossa opinião, na qual entendemos que as pessoas que vivem em união de fato deveriam estar incluídas nesse rol de relações jurídicas familiares descritos no artigo supramencionando. Todavia, guardaremos nossas conclusões e posicionamentos a cerca do que deveria constar na legislação civil para o último capítulo dessa obra. Por ora, avaliaremos apenas os direitos de família e das pessoas casadas constantes na legislação civil portuguesa.

Nessa linha, o artigo seguinte do Código Civil descreve a noção de casamento:

“Artigo 1577.º - (Noção de Casamento)

⁹⁴ DECRETO-Lei nº 47.344/66 – **Código Civil** [em linha]. Portugal. (25-11-1966). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.”⁹⁵

Destacamos, no entanto, que essa redação do artigo 1577º é a mais recente, e a redação anterior previa que o casamento era o contrato celebrado por duas pessoas de sexos diferentes⁹⁶. Todavia, com o advento da Lei nº 9/2010, baseada nos princípios de igualdade e da dignidade da pessoa, consagrou-se em Portugal o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Assim sendo, a redação atual, e mais abrangente, do artigo faz todo sentido, uma vez que reflete a realidade da atual sociedade portuguesa.

Continuando a leitura do Código Civil, o Título II do Livro IV trata do que nos interessa no momento, o casamento.

“Título II
Do casamento
Capítulo I
Modalidades de Casamento
Art. 1587.º
(Casamentos Católico e Civil)
1. O casamento é católico ou civil.
2. A lei civil reconhece valor e eficácia de casamento ao matrimónio católico nos termos das disposições seguintes.”⁹⁷

É inegável que até os dias de hoje haja uma ligação entre o casamento e a religião. Durante muitos anos ficou a cargo da igreja disciplinar sobre o casamento, contudo, passados os anos, alguns acontecimentos históricos e algumas reformas sobre o tema, quatro sistemas de casamentos se mostraram presentes na história: 1) o casamento religioso obrigatório, onde não se reconhece a existência do casamento civil; 2) o casamento civil obrigatório, onde não se reconhece outra forma de casamento, se não o civil; 3) o casamento civil facultativo, onde os nubente escolhem entre o casamento civil e o casamento religioso; e 4) Casamento Civil subsidiário, quando o casamento não podia ser realizado religiosamente admitia-se, de forma subsidiária, o casamento civil.

Ao que nos interessa, tanto Portugal quanto o Brasil se enquadram na terceira modalidade, vez que cabe aos nubentes a escolha da forma do casamento. Assim o Estado permite a celebração do casamento religioso, mas expande seus efeitos para que a essa união também sejam garantidos os efeitos do casamento civil.

⁹⁵ DECRETO-Lei nº 47.344/66 – **Código Civil** [em linha]. Portugal. (25-11-1966). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

⁹⁶ Nos termos do Decreto-Lei nº 47344/66, de 25 de Novembro.

⁹⁷ DECRETO-Lei nº 47.344/66 – **Código Civil** [em linha]. Portugal. (25-11-1966). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

Sobre esse tema, destacamos ainda que o Código Civil Português passou por grandes transformações desde o Código de 1867. Ao que nos interessa, após a concretização da lei de Liberdade Religiosa, regulamentou os casamentos civis sob a forma religiosa.

Superados esses esclarecimentos no que diz respeito a formalização do ato passamos a analisar a relação matrimonial e seus efeitos. Desta forma, tão logo seja atribuído aos nubentes o status de casados, ambos estão sujeitos aos efeitos pessoais e patrimoniais que o instituto carrega.

Assim, determina o Capítulo IX:

“Capítulo IX

Efeitos do casamento quanto às pessoas e aos bens dos cônjuges

Seção 1 - Disposições Gerais

Art. 1671.º (Igualdade dos Cônjuges)

1. O casamento baseia-se na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.
2. A direção da família pertence a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre a orientação da vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro.”⁹⁸

No que tange a produção de efeitos pessoais o Código Civil determina:

“Artigo 1672.º - (Deveres dos Cônjuges)

Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.”⁹⁹

Embora possua um caráter subjetivo, e porque não dizer vago, em síntese, podemos traduzir o respeito constate no artigo 1672º como um dever de proteção a integridade física e moral do cônjuge, preservando a honra, a dignidade e a reputação do outro. O dever de fidelidade, refere à obrigação de não se cometer o adultério, ou seja, consumir relações sexuais com outra pessoa que não o cônjuge. O dever de Coabitação, deve ser interpretado de forma extensiva, afim de englobar não só o dever de habitação em conjunto, mas também a comunhão de leito e mesa. O dever de Cooperação¹⁰⁰ refere-se à obrigação de assumirem juntos as responsabilidades da vida em comum. E por fim, o dever de assistência¹⁰¹ refere-se exclusivamente a questões financeiras, seja elas de cunho alimentício ou qualquer outra contribuição financeira relativa a vida familiar.

⁹⁸ DECRETO-Lei nº 47.344/66 – **Código Civil** [em linha]. Portugal. (25-11-1966). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

⁹⁹ DECRETO-Lei nº 47.344/66 – **Código Civil** [em linha]. Portugal. (25-11-1966). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

¹⁰⁰ Art. 1674 do CCiv.

¹⁰¹ Art. 1675 e 1676 do CCiv.

Além desses efeitos pessoais, o Código Civil regulamenta ainda as questões referentes ao nome e a nacionalidade do cônjuge, na qual não nos aprofundaremos.

No que se refere aos efeitos patrimoniais, insta ressaltar que considerando o princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges¹⁰², esse tópico sofreu alterações com a reforma de 1977 do Código.

Ao que nos interessa com relação aos efeitos patrimoniais; primeiramente que cabem aos cônjuges no momento da celebração do casamento a decisão sobre o regime de bens, todavia, será considerado o da comunhão de adquiridos, que é o regime legal, caso os cônjuges não se manifestem a respeito quando da consolidação da união matrimonial.

“Artigo 1698.º - (Liberdade de Convenção)

Os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei.”¹⁰³

São três os tipos de regimes de bens presente na legislação civil: o Regime de comunhão dos adquiridos, o regime da comunhão geral e o regime da separação. Nesse momento, ressaltamos que importa em saber o tipo de regime entre os cônjuges, pois é ele quem vai ditar as regras de divisão dos bens nos casos de divórcio e sucessão.

Explicando a diferença entre esses regimes de forma bem simples e sucinta, o regime de comunhão dos adquiridos¹⁰⁴ trata do patrimônio dos cônjuges que foi adquirido de forma onerosa na constância do matrimônio.

Nesse interim, imperioso é ressaltar o que se entende por bem comum (ou bem do casal) e bem próprio.

Assim, a legislação civil considera bem comum, todo aquele adquirido de forma onerosa na constância do matrimônio, aquele que tenha sido proveniente do trabalho de ambos os cônjuges, sejam eles frutos de benfeitorias ou dos bens próprio, e ainda, os bens móveis, salvo comprovação em contrário.

Caso os bens não se enquadrem na descrição anterior, são considerados bens próprios, ou seja, todo e qualquer bem que cônjuge possuía antes da celebração do casamento ou pacto antinupcial; os bens à título gratuito (sucessão ou doação), mesmo que tenha ocorrido

¹⁰² Art. 36. N° 3, da CRP - 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos

¹⁰³ DECRETO-Lei nº 47.344/66 – **Código Civil** [em linha]. Portugal. (25-11-1966). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

¹⁰⁴ Art. 1721 a 1731, Do CCiv

depois da celebração do casamento ou do pacto antinupcial; os bens adquiridos ou benfeitorias provenientes de esforço e dinheiro próprio¹⁰⁵.

Já o regime da comunhão geral¹⁰⁶ considera todos os bens existentes como bens comuns. Sejam esses bens presentes, futuros, onerosos ou à título gratuito. Todavia, estão excetuados os bens constantes no artigo 1733, *in verbis*:

“Artigo 1733.º - (Bens Incomunicáveis)

1. São excetuados da comunhão:

- a) Os bens doados ou deixados, ainda que por conta da legítima, com a cláusula de incomunicabilidade;
- b) Os bens doados ou deixados com a cláusula de reversão ou fideicomissária, a não ser que a cláusula tenha caducado;
- c) O usufruto, o uso ou habitação, e demais direitos estritamente pessoais;
- d) As indemnizações devidas por factos verificados contra a pessoa de cada um dos cônjuges ou contra os seus bens próprios;
- e) Os seguros vencidos em favor da pessoa de cada um dos cônjuges ou para cobertura de riscos sofridos por bens próprios;
- f) Os vestidos, roupas e outros objetos de uso pessoal e exclusivo de cada um dos cônjuges, bem como os seus diplomas e a sua correspondência;
- g) As recordações de família de diminuto valor económico.
- h) Os animais de companhia que cada um dos cônjuges tiver ao tempo da celebração do casamento.

2. A incomunicabilidade dos bens não abrange os respectivos frutos nem o valor das benfeitorias úteis.”¹⁰⁷

E por último o regime da separação¹⁰⁸, onde não se considera a existência de bens comuns, uma vez que eles não se comunicam, ou seja, só existem bens próprios.

Com relação a esse regime, sobrelevamos apenas o que dispõe a legislação sobre a casa de morada. Que neste caso, embora ela pertença apenas a um dos cônjuges, para sua alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros deveres pessoais de gozo, dependem do consentimento do outro cônjuge¹⁰⁹.

Ainda no que diz respeito aos efeitos patrimoniais, salientamos que o cônjuge tem o direito ao que se refere a prestação de alimentos (conforme já referenciado no art. 1672º, do CCiv) e a casa morada.

O casamento é um contrato por prazo indeterminado, e que só pode ser desfeito pelo divórcio e pela morte, nesse último caso, a partilha de bens será feita considerando o

¹⁰⁵ Conforme determina os artigos 1722º, 1723º, 1726º e 1729º do CCiv.

¹⁰⁶ Art. 1732 a 1734, do CCiv

¹⁰⁷ DECRETO-Lei nº 47.344/66 – **Código Civil** [em linha]. Portugal. (25-11-1966). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

¹⁰⁸ Art. 1735 e 1736, do CCiv

¹⁰⁹ Nos termos do Artigo 1682º - A, do CCiv.

regime de bens escolhidos pelo casal, nos aprofundaremos na questão da sucessão no próximo capítulo.

Por ora passamos a avaliar o que a legislação brasileira determina sobre os direitos das pessoas casadas.

2.4 A legislação Brasileira e os Direitos inerentes aos Casados

Antes de adentrarmos no Direito de Família brasileiro e das pessoas casadas, gostaríamos de salientar que a legislação civil brasileira, como sabido, muito se assemelha a legislação portuguesa. Por esta razão, nesse capítulo apresentaremos os principais dispositivos relativos ao tema, e apontaremos sempre que necessário a discrepância existente quando comparados com legislação civil portuguesa.

Seguindo a mesma linha de raciocínio quando do estudo do tópico anterior, antes de adentrarmos no que consta na lei civil, destacamos as garantias constitucionais sobre o tema.

“CAPÍTULO VII

Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

[...]”¹¹⁰

Primeiramente, mencionamos que esta redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 65 de 2010. Em seguida ressaltamos o teor do artigo, uma vez que coloca a família como base da sociedade, o que é, garantindo proteção constitucional do Estado. Em seguida, determina a própria constituição que o casamento religioso tem efeito civil. E o que mais nos interessa, a Constituição Federal Brasileira reconhece a união de fato como uma entidade familiar.

Entrando na legislação Civil, o direito de família consta no Livro IV, e determina:

¹¹⁰ PRESIDÊNCIA da República – **Constituição da República Federativa do Brasil** [em linha]. Brasil. (05-10-1988) [Consult. 28 Fev. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

“Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil”.¹¹¹

Como se verifica, diferente do que ocorre em Portugal, por ser um Estado laico¹¹², tanto a Constituição quanto o Código Civil, estabelecem apenas o efeito civil do casamento.

Assim como em Portugal, o primeiro efeito do casamento é a constituição da família. E dentro dos efeitos do casamento civil, determina a legislação brasileira sobre os efeitos pessoais do casamento:

“Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I - fidelidade recíproca;
II - vida em comum, no domicílio conjugal;
III - mútua assistência;
IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
V - respeito e consideração mútuos.”¹¹³

Além dos efeitos descritos no artigo anterior, destacamos que também estão previstos na legislação brasileira o direito ao nome e a nacionalidade.

Conforme se observa, que no que se refere aos efeitos pessoais, as legislações brasileira e portuguesas mantem a mesma linha de entendimento e princípios. Razão pela qual, entendemos que não se faz necessário a explicação individual de cada um dos incisos constantes no artigo 1566 supramencionado, já que foram explanados anteriormente. Ao que passamos para a análise dos efeitos patrimoniais.

¹¹¹ LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil**. [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

¹¹² Por força do artigo. 19 da CF – Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

¹¹³ LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil**. [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

Assim como em Portugal, os nubentes também podem escolher o regime de bens que regulará sua união.

“Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.”¹¹⁴

No Brasil os nubentes podem escolher entre o regime da comunhão parcial de bens, o regime da comunhão universal de bens (que se assemelha ao regime geral, em Portugal), o regime da Separação total ou absoluta (que se assemelha regime da separação, em Portugal), e por último, o regime da participação final nos aquestos.

No regime parcial de bens, se comunicam os bens adquiridos onerosamente na constância da relação marital, os bens adquiridos de forma gratuita (por doação, herança ou legado), desde que em favor de ambos os cônjuges, as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge, e os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento¹¹⁵.

No entanto, estão excluídos da comunhão:

“Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.”¹¹⁶

No regime de comunhão universal bens todos os bens se comunicam, ou seja, tudo é dos dois, ressalvadas as exceções do seguinte artigo:

“Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

¹¹⁴ LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil**. [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm

¹¹⁵ Nos termos do art. 1660, do NCC.

¹¹⁶ LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil**. [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm

- I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
- II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
- V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.^{”117118}

No regime de participação final dos aquestos, cada cônjuge possui seu patrimônio próprio, todavia, em caso de dissolução da sociedade conjugal, o outro cônjuge tem direito a metade dos bens adquiridos onerosamente na constância da união¹¹⁹. Repare que essa condição de meeiro somente se solidifica com a dissolução da sociedade conjugal, durante todo o período de casado cada cônjuge permanece como titular e proprietário dos seus bens, podendo usar, gozar e usufruir do que lhe pertence sem a anuência do outro.

E finalmente no regime da separação total ou absoluta, onde os bens de um não se comunicam com o outro. Referenciamos que em determinadas hipóteses esse regime de bens se mostra obrigatório, nos casos em que um dos cônjuges possui mais do que 70 (setenta) anos, por exemplo¹²⁰.

Entretanto, cumpre mencionar o disposto nos artigos 1643 e 1644, que determina que independente da escolha do regime de bens, quando se tratar de situações necessárias a economia doméstica, ambos serão responsáveis pelas dívidas que contraírem, mesmo sem a anuência do outro.

Destacamos também, o dever de alimento e do bem de família que um cônjuge tem para com o outro.

Por fim, ressalta-se ainda que, uma vez escolhido o regime de bens, via de regra, ele não poderá ser alterado, e deverá produzir seus efeitos até o fim da sociedade conjugal.

As formas de cessação da sociedade conjugal perante a legislação brasileira estão dispostas no artigo 1571, *in verbis*:

- “Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:
- I - pela morte de um dos cônjuges;
 - II - pela nulidade ou anulação do casamento;
 - III - pela separação judicial;

¹¹⁷ Art. 1659, NCC – Excluem-se da comunhão: [...] V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

¹¹⁸ LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil**. [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

¹¹⁹ Art. 1672, do NCC

¹²⁰ Nos termos do artigo 1641, do NCC.

IV - pelo divórcio.”¹²¹

Ao que nos interessa para a continuação do presente estudo é o termino da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, momento em que se é aberta a sucessão, ao qual passamos a nos aprofundar.

¹²¹ LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil**. [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

CAPÍTULO III – DA SUCESSÃO

A palavra “Sucessão”, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens, podendo ocorrer, por exemplo, na venda de um bem, ou seja, o comprador sucede o vendedor, assim podemos dizer que ocorreu a sucessão *inter vivos*. No direito das sucessões, o vocábulo é empregado no sentido estrito, para designar a decorrente da morte de alguém, a sucessão *causa mortis*, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves o direito sucessório é o ramo do direito que “*disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do de cujo ou autor da herança a seu sucessor*”¹²². Na mesma obra, o consagrado legislador descreve que o direito sucessório remonta à mais alta antiguidade, sempre ligado à ideia de continuidade da família.

Na Lei Mosaica já se podia encontrar referência ao direito sucessório, muito ligado à linha masculina. Apenas mais tarde, se foi aberto a possibilidade de as mulheres sucederem, visto que era latente a necessidade de manter a continuação da família, mesmo sem a existência de um primogênito varão.

João Biazzo Filho em seu estudo histórico sob o direito sucessório constata que da análise do Código de Hamurabi, é possível encontramos diversas menções no que tange ao direito sucessório. Constata ainda que uma parte do Código de Manu, foi dedicada somente para tratar das questões sucessórias, embora ainda muito marcante a sobrelevação do primogênito perante aos demais. O autor também demonstra que na Grécia a concentração do patrimônio dentro do grupo familiar era muito marcante, e que inclusive o significado da sucessão tem era muito maior naquela época do que nos dias atuais¹²³.

Contudo, conhecimento da evolução histórica da sucessão se torna mais nítido a partir do Direito Romano. A Lei das XII Tábuas concedia absoluta liberdade ao *pater familias* de dispor dos seus bens para depois de sua morte. Mas, se falecesse sem testamento, a sucessão se devolvia a três classes de herdeiros: *sui* (*heredi sui* eram os filhos e netos, incluindo a esposa nessa categoria), *agnati* (os parentes mais próximos do falecido) e *gentiles* (os membros da *gens*, grupo familiar em sentido lato)¹²⁴.

¹²² GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. V. 7. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-14834-5. p. 17.

¹²³ FILHO, João Biazzo – Histórico Dos Direitos das Sucessões. **Revista Jus Navigandi**. [Em linha]. Teresina, ano 18, nº 3639 (jun. 2013). [Consult. 7 Mar. 2018]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/24714/historico-do-direito-das-sucessoes/1>

¹²⁴ *Idem* – **Op. Cit.** p. 18.

O direito sucessório permaneceu em evolução em vários países, após a revolução francesa, por exemplo, aboliu-se o direito de primogenitura e o privilégio da masculinidade, de origem feudal. As relações atinentes ao direito de propriedade se tornam mais latentes e consequentemente a transmissão de bens *mortis causa* ganha destaque.

Após a promulgação do Código Napoleão mantém-se a unidade sucessória e a igualdade de herdeiros do mesmo grau. O princípio de *Saisine* foi introduzido no Direito português pelo Alvará de 9 de novembro de 1754, reafirmado pelo Assento de 16 de fevereiro de 1786. O Código Civil português de 1867, já revogado, dizia, no art. 2.011: “*A transmissão do domínio e posse da herança para os herdeiros, quer instituídos, quer legítimos, dá-se no momento da morte do autor dela*”¹²⁵.

Destaca-se que as mesmas regras que se aplicavam ao direito português naquela época, também eram aplicadas no Brasil, visto que este era colônia daquele, e assim se manteve durante as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, inclusive. Somente após a proclamação da independência e da promulgação do Código Beliváqua, é que o Brasil passou definir os seus padrões legislativos, embora ainda estivesse presente a influência portuguesa. Todavia, o direito sucessório só se configurou como um direito fundamental com o advento da Constituição Brasileira de 1988.

Conforme se observa diversas foram as modificações do conceito de família e a evolução do direito sucessório. Dentro desse processo de transição entre um ordenamento jurídico e outro, observamos também a conquista cada vez maior do cônjuge em relação ao Direito Sucessório, todavia, algumas injustiças ainda permanecem no que se refere aos direitos da sucessão *causa mortis*, nas relações oriundas da união de fato e do casamento, não só em Portugal, onde esse direito se quer é previsto aos companheiros, como por exemplo, no Brasil, onde a matéria já encontra-se regulamentada, mas ainda precisa de alterações¹²⁶, ao nosso entender.

A sucessão regula a transmissão dos bens de uma pessoa após a sua morte, e usualmente esses bens se transferem para os familiares do *de cujos*. Todavia, são complexas as regras de transmissão de bens, vez que essa depende de vários fatores, como por exemplo, se o falecido (ou falecida) era casado, se casado, qual o regime de bens, se possuía filhos dentro e

¹²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. V. 7. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-14834-5. p. 19.

¹²⁶ SILVA, Danúbia Cantieri – Direito Sucessório da Companheira à Luz do Princípio da Isonomia. **Âmbito Jurídico** [em linha]. Rio Grande. XVI, nº 112 (Mai. 2013). [Consult. 28 Fev. 2015]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13216&revista_caderno=14

fora do casamento, se possuía ascendentes vivos ou falecidos no tempo de sua morte, ou ainda, se o *de cujos* já dispôs da destinação dos seus bens antes mesmo do seu falecimento, que é o caso dos testamentos.

No que tange ao testamento, este também sofreu modificações ao longo dos anos. A princípio o patrimônio era pertencente a família, não havia que se falar em testamento ou transmissão de bens para pessoas fora da relação familiar. No Direito Romano, existia o instituto da *patria potestas*, que concentrava o poder nas mãos do *Pater*, que permitia que este dispusesse dos bens da forma que bem entendesse, inclusive após sua morte. Contudo, este instituto não estava presente no direito germânico, onde a propriedade pertencia à família, e com esta deveria ficar no caso da morte de um de seus membros, independente de aceitação. E foi da conciliação desses dois conceitos que se baseou o direito moderno para chegar ao conceito que temos hoje sobre a disposição dos bens do *de cujos*, desta forma, o patrimônio foi separado em dois grupos, uma parte do patrimônio é de livre distribuição e a outra parte é garantida aos herdeiros necessários. Ressaltamos, no entanto, que, os parâmetros aplicados para classificar esses bens entre bens de livre disposição e bens garantidos aos herdeiros, não são os mesmos utilizados pela legislação atual¹²⁷.

Voltando ao estudo, conforme mencionado, diversas são as variáveis capazes de influenciar a partilha de bens na sucessão. Assim, para entendermos melhor como funciona cada caso passaremos a analisar o que dispõe as legislações portuguesa e brasileira.

É relevante o aprofundamento nessa matéria porque nos servirá de guia para nortear os tipos de direitos que as pessoas que vive em união de fato devem ter uma vez consideradas como fonte de relação familiar no final desse trabalho.

3.1 Da Sucessão aos olhos da Legislação Brasileira

Iniciando nossa jornada sobre o estudo do direito sucessório aos olhos da legislação brasileira, começaremos analisando o conceito de sucessão, passaremos sobre a análise da ordem de vocação hereditária e por fim abordaremos as questões referentes a partilha de bens. Contudo, insta mencionar que nosso objetivo é apenas fornecer uma visão geral sobre os principais conceitos que envolvem o instituto da sucessão para que se possa entender como

¹²⁷ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Monica Martinez de – A comunidade Familiar. In OLIVEIRA, Guilherme de, Coord. – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1113-6. p. 25-26

funciona a partilha de bens que beneficiam o cônjuge, por essa razão, não serão abordados todos os artigos do código que regulam a matéria.

Como já vimos, a sucessão é um modo de adquirir direitos e obrigações, na sucessão uma pessoa assume o lugar de outra no que tange a de titularidade um bem. Como também já vimos a sucessão também pode ocorrer entre vivos. Contudo, a matéria aqui em estudo irá analisar apenas a sucessão por morte. Dentro desse contexto adotaremos a definição dada por Clóvis Belivaqua, no que tange a sucessão por morte:

“A sucessão jurídica é a transmissão dos direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra sobrevivente, em virtude da lei ou da vontade expressa do transmissor.”¹²⁸

Uma vez feita essa definição, vale a pena apontar algumas outras características do instituto. Assim, a sucessão pode ocorrer de forma universal, quando há a transferência de todos os bens ou direitos, ou particular, que é aquela em que apenas alguns bens ou direitos específicos são transferidos. Cumpre informar ainda que não são todos os bens que são passíveis de transmissão pela sucessão hereditária, como por exemplo, os direitos personalíssimos.

Ainda no que se refere a definição de alguns conceitos, ressaltamos a definição de herança, que se traduz como o conjunto de bens que uma pessoa deixa ao morrer, e que será transferido aos herdeiros.

Assim, os herdeiros ou sucessores serão as pessoas que a legislação atribuir a capacidade para herdar o patrimônio do *de cujos*. A lei ainda dividiu esses herdeiros em dois grupos, os herdeiros testamentários, aqueles que são instituídos pelo testamento e os herdeiros legítimos, que são aqueles instituídos pela lei. São herdeiros legítimos de acordos com as premissas da legislação Civil: os descendentes, os ascendentes, os cônjuges, os companheiros e os colaterais até o 4º grau. Destacamos, aqui já há uma evolução no direito sucessório brasileiro quando comparado com a legislação portuguesa, visto que em Portugal, o direito à sucessão foi negado aos companheiros, ou as pessoas que vivem em união de fato.

Ressaltamos ainda, que dentro do rol de herdeiros legitimados a receber a sucessão existem ainda os herdeiros necessários, quais sejam os descendentes, os ascendentes e o cônjuge¹²⁹. Importa dizer ainda que os herdeiros necessários não podem ser afastados da sucessão, ressalvadas algumas hipóteses específicas e taxativas previstas no Código Civil.

¹²⁸ GAJUS *Apud* BELIVAQUA, Clóvis - **Direito das Sucessões**. São Paulo: Red Livros, 2010. p. 55.

¹²⁹ Conforme se verifica no texto da legislação os companheiros não foram inseridos no rol dos herdeiros necessários, contudo, vista a proteção constitucional dado ao reconhecimento da união de fato como entidade familiar, a leitura do artigo do Código Civil que estabelece esse rol dos herdeiros necessário merece uma interpretação extensiva.

Somente na falta desses, dos herdeiros necessários, é que serão chamados a sucessão os demais herdeiros, os conhecidos como herdeiros facultativos. Em não havendo qualquer um desses herdeiros o patrimônio do *de cujos* será transferido então para o Estado.

Destacamos também que uma mesma pessoa pode ser sucessora legítima e testamentária na mesma sucessão, mas veremos isso um pouco mais adiante quando abordarmos as questões referentes ao texto expresso da lei.

No momento gostaríamos de referenciar as palavras de Fábio Ulhoa Coelho, no que se refere aos sucessores.

“Os familiares de uma pessoa são classificáveis, em relação à sucessão *causa mortis*, em *sucessíveis* e *não sucessíveis*. Os primeiros são os vocacionados a herdarem bens daquela pessoa, enquanto os últimos não herdam a não ser que tenham sido lembrados na declaração de última vontade do autor da sucessão, ou seja, em seu testamento.”¹³⁰

Feitas essas considerações iniciais, passamos para a análise da legislação em vigor.

Primeiramente destacamos que o direito de herança, ou o direito de herdar é um direito constitucional¹³¹. No que se refere a legislação Civil, no Código a matéria é dividida em quatro capítulos: da sucessão em geral, da sucessão legítima, da sucessão testamentária e do inventário e da partilha, ao qual passamos a esmiuçar.

“Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Art. 1.785. A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.”¹³²

Os artigos em questão são autoexplicativos, opera-se a transmissão dos bens aos herdeiros no momento da morte do *de cujos*. O tempo da morte pode ser comprovado através da certidão de óbito. No que se refere ao artigo 1785, este serve para determinar o foro competente para o processamento do inventário.

¹³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa – **Curso de Direito Civil: Família – Sucessões**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-15961-7. p. 479.

¹³¹ Art. 5. XXX, CF – É garantido o direito de herança.

¹³² LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil**. [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm

De acordo com os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves¹³³, a leitura do artigo supramencionado deve ser lida em combinação com os artigos 1207¹³⁴, 1206¹³⁵, 1791¹³⁶ do NCC, ou seja, com a morte do *de cujos*, o inventariante administra o espólio e passa a ter a posse direta dos bens, enquanto que os herdeiros passam a ter a posse indireta desses mesmos bens.

“Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.”¹³⁷

Em outras palavras, podemos dizer que a vocação hereditária se dará por lei (sucessão legítima ou *ab intestato*) ou por manifestação de vontade (sucessão testamentária). Uma vez que o *de cujo* não deixe testamento, opera-se pura e simplesmente a sucessão legítima, nesse caso, estamos diante de uma vontade presumida do falecido.

“Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.”¹³⁸

Como já referenciado, o artigo 1789 trata dos limites que a lei impõe no que se refere a livre disposição dos próprios bens.

Uma vez superadas essas considerações iniciais sobre os primeiros artigos da legislação civil, passamos analisar o rol dos eleitos por lei ao direito de suceder.

3.1.1 Da Ordem de vocação Hereditária.

¹³³ GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito das Sucessões**. V. 4. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23.

¹³⁴ Art. 1.207, NCC - O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais

¹³⁵ Art. 1.206, NCC - A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres.

¹³⁶ Art. 1.797, NCC Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente: I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão; II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho; III - ao testamentário; IV - a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz..

¹³⁷ LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil**. [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

¹³⁸ LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil**. [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

Para adentrarmos na ordem de vocação hereditária é imperioso observar os requisitos referentes a capacidade de suceder. A primeira regra de capacitação para herdar de uma pessoa física é a de estar viva no momento da abertura da sucessão. Aos olhos da legislação em vigor, estar vivo significa já ter nascido com vida, ou ao menos já ter sido concebido.

“Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”¹³⁹

Conclui-se, portanto, que o nascituro possui capacidade para suceder. Há ainda a possibilidade de sucessão para os não concebidos, no caso de sucessão testamentária, todavia algumas regras deverão ser observadas, aos qual não vamos nos aprofundar. Apontamos também que há uma nebulosa no que concerne aos embriões criopreservados. Isto porque, a legislação permite a fecundação artificial *post mortem* quando homologa. Entretanto, considerando que o lapso temporal para que essa fecundação ocorra é indefinido, realizar a partilha dos bens do *de cujos* seria um desafio. Trouxemos essa informação apenas para ilustrar que estamos cientes das inovações tecnológicas e das modificações das necessidades da sociedade, para realçar o fato, que essa situação mais cedo ou mais tarde precisará ser regulamentada. Mas esse também é um tópico para outro estudo.

Voltando a capacidade de herdar, são capacitados para herdar as pessoas jurídicas, em penas duas hipóteses, nos casos de sucessão testamentária e no caso de sucessão vacante¹⁴⁰, que ocorre quando o *de cujos* não deixa herdeiros legítimos. É o que disciplina o artigo 1799 e seus incisos.

“Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
II - as pessoas jurídicas;
III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.”¹⁴¹

A contrario sensu a lei também determina aqueles que não podem herdar, são eles:

“Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

¹³⁹ LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil**. [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm

¹⁴⁰ Art. 1.819, NCC Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância

¹⁴¹ LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil**. [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm

- I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;
- II - as testemunhas do testamento;
- III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;
- IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

- I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
- II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
- III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.”¹⁴²

Superadas as questões de capacidade e dos excluídos à sucessão, vamos ao que disciplina a lei sobre a ordem de vocação hereditária.

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.”¹⁴³

Conforme se nota, a lei estabelece uma ordem de classificação (excludente) ao chamamento dos herdeiros legítimos à sucessão. Ou seja, primeiramente chamam-se à sucessão os herdeiros de primeira classe, caso não existe herdeiros nessa categoria, chamam-se os herdeiros de segunda classe, e assim por diante. Caso não existem herdeiros em nenhuma das classes declara-se a vacância desta.

Repare também que, como dito no capítulo anterior, o regime de bens interfere na sucessão.

Mas a legislação não para por aí, mesmo separando a sucessão por classes, dentro da mesma classe de suscetíveis a herança ainda encontramos discrepância entre eles no que tange a divisão dos bens.

“Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de

¹⁴² LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil**. [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

¹⁴³ LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil**. [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Art. 1.833. Entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação.

Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.

Art. 1.835. Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau.

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§ 1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

§ 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

Art. 1.840. Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos.

Art. 1.841. Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar.

Art. 1.842. Não concorrendo à herança irmão bilateral, herdarão, em partes iguais, os unilaterais.

Art. 1.843. Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios.

§ 1º Se concorrerem à herança somente filhos de irmãos falecidos, herdarão por cabeça.

§ 2º Se concorrem filhos de irmãos bilaterais com filhos de irmãos unilaterais, cada um destes herdará a metade do que herdar cada um daqueles.

§ 3º Se todos forem filhos de irmãos bilaterais, ou todos de irmãos unilaterais, herdarão por igual.

Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao

Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.”¹⁴⁴

Ao que nos importa para o desenvolvimento do presente estudo, focaremos na divisão dos bens do cônjuge, que concorre com os descendentes e os ascendentes. Somente no caso de inexistência dessas classes de herdeiros é que o cônjuge herdará a totalidade do patrimônio do *de cujos*.

Nesse contexto sobre a figura do cônjuge na ordem de vocação hereditária, ensina Fabio Ulhôa Coelho¹⁴⁵ que nem sempre foi assim. Leciona Coelho que até 1907 o cônjuge encontrava-se em 4º lugar na ordem vocação hereditária, depois dos parentes colaterais até o 10º grau. Todavia, após a promulgação da lei Feliciano Pena¹⁴⁶, o cônjuge passou a ter preferência em face dos colaterais. O Código Civil de 16 não trouxe grandes alterações, e manteve o cônjuge sobrevivente na mesma posição. Somente em 2003 que o cônjuge foi promovido a primeira e a segunda classe de suscetíveis.

O que se nota, é que aos poucos a figura do cônjuge ganhou importância na ordem de vocação hereditária, e de outra maneira não poderia ser, principalmente se considerarmos que o cônjuge sobrevivente contribuiu de alguma forma para a aquisição do patrimônio.

3.1.2 Da Partilha de bens

Entrando na partilha de bens, já sabemos que a sucessão dos bens ocorre com a morte do *de cujos*. Isso significa que são transferidos para os herdeiros não só os bens do falecido, como também as suas obrigações passivas, as dívidas. Assim, uma vez quitadas o remanescente será dividido entre aqueles que forem convocados pela vocação hereditária. Em sendo apenas um herdeiro a este será transferido a totalidade dos bens. Existindo mais de um herdeiro cada um receberá a sua quota parte obedecendo ao que consta no texto legal sobre a partilha de bens, ao qual passamos a pormenorizar.

Conforme mencionado anteriormente, para que haja a partilha da herança, importa saber o regime de bens rege a união. Já sabemos que no caso do regime da separação total, não há que se falar em partilha de bens do *de cujos* para com o cônjuge sobrevivente, já que os bens não se comunicam.

¹⁴⁴ LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil**. [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm

¹⁴⁵ COELHO, Fabio Ulhôa – *Op. Cit.* p. 556.

¹⁴⁶ Decreto nº. 1839/1907 – Regulava o deferimento da herança no caso de sucessão ab intestato.

Em contrapartida, as outras três modalidades de regime devem ser observadas.

Quando o cônjuge concorre com os descendentes além de ser observado o regime de casamento, tem que ser levado em consideração a natureza da descendência, nos termos dos arts. 1832 a 1835 do NCC. Assim, o quinhão da herança de cada um irá variar, se os descendentes forem comuns, exclusivos ou com descendência híbrida (quando há descendentes comuns e exclusivos do *de cujos*).

Primeiramente cumpre-se mencionar que os descendentes em graus mais próximos excluem os remotos, isso significa dizer que em havendo filhos como descendentes da sucessão, os netos estão excluídos, por exemplo, salvos os chamados por direito de representação. Nesse caso, o recebimento da quota parte da herança se dará por stirpe. Assim, se o falecido deixou três filhos vivos os bens serão divididos em três quotas iguais. Se por outro lado o falecido deixou três filhos vivos, um filho pré-morto com dois filhos, os descendentes do filho pré-morto dividirão a quota parte referente ao que receberia seu pai, se vivo fosse.

Quando estamos diante de uma pessoa casada pelo regime da separação total, não a que se falar em concorrência da sucessão. Isto porque os bens que eram do *de cujos*, não se comunicam com os do cônjuge sobrevivente. Assim com a sua morte, os seus bens serão sucedidos pelos seus descendentes ou ascendentes dependendo de cada caso.

Por outro lado, quando estamos diante de relação regida pelo regime da comunhão absoluta, também não se falar em concorrência da sucessão entre o cônjuge os descendentes. Isso porque, uma vez que há a comunhão absoluta todos os bens se comunicam, isso significa dizer que a totalidade do patrimônio será dividido por dois, uma parte, que pertence ao cônjuge sobrevivente e a outra parte do *de cujos*. Todavia essa divisão do patrimônio em duas partes não se refere a sucessão, se refere a meação. Desta forma o cônjuge sobrevivente, como meeiro, tem direito a metade do patrimônio. A outra parte da metade do patrimônio é que corresponde aos bens que serão sucedidos. E nesse caso, esses bens serão divididos apenas entre os descendentes, não tendo o cônjuge sobrevivente qualquer direito.

Em contrapartida, quando estamos diante do regime da comunhão parcial de bens, o cenário muda. Nesse caso, se no momento da abertura da sucessão só houverem bens do *de cujos*, não há que se falar em concorrência da sucessão com os descendentes. Visto que o cônjuge sobrevivente não terá direito a sucessão. Todavia em havendo bens comuns do casal, a divisão se opera da seguinte forma. O cônjuge sobrevivente tem direito a metade dos bens, por meação. E concorre com os descendentes os bens particulares. E nesse caso se opera a regra dos art. 1832 a 1835 do NCC, conforme já mencionado.

São quatro as possibilidades mencionadas nos artigos em questão: 1) Quando o *de cujos* deixa até três descendentes a sucessão ocorre por cabeça, ou seja, o cônjuge receberá a mesma quota parte que os filhos, independentemente do tipo de descendência (exclusiva, comum ou híbrida, como já visto); 2) em havendo filhos exclusivos do *de cujos*, o cônjuge também concorre por cabeça, e recebe a mesma quota parte dos descendentes, não sendo relevante a quantidade de filhos, os bens serão divididos em partes iguais. 3) nos casos em há somente filhos comum do casal, a lei reserva uma quota parte ao cônjuge correspondente a um quarto, assim sendo os outros três quartos serão divididos entre os filhos; 4) e por último seria no caso em que o cônjuge concorre com descendentes híbridos, todavia, considerando o teor do art. 227, §6º, da CF¹⁴⁷ que aboliu a desigualdade entre os filhos, entendemos que a divisão de bens deverá ser feita por cabeça, nesse caso, a única dúvida recairia sobre a quota parte do cônjuge sobrevivente, teria ele direito a garantia mínima de um quarto? Entendemos que não, visto o teor da taxativo do art. 1832, do NCC.

Não havendo herdeiros na classe dos descendentes, são chamados a sucessão os ascendentes em concorrência com o cônjuge. A mesma regra que vale para os descendentes, se aplica aos ascendentes, assim, os ascendentes de graus mais próximo excluem os mais remotos. Havendo ascendentes em mesmo número de grau, mas diferente de linha (materna e paterna), a sucessão será dividida em partes iguais. Concorrendo o cônjuge com ascendentes de primeiro grau, sua quota parte será correspondente a um terço. Caberá ao cônjuge a metade dos bens quando houver apenas um ascendente, ou maior for o seu grau.

Não havendo ascendentes nem descendentes, caberá ao cônjuge a totalidade dos bens, ressalvados os casos de separação total de bens.

Na inexistência de cônjuges, serão convocados os colaterais à sucessão dos bens.

3.1.3 Da Sucessão dos Companheiros

Antes de se chegar ao texto que temos hoje, diversas foram as tentativas de regular a situação das pessoas que vivem em união de fato. Entretanto, foi por força das Leis

¹⁴⁷ Art. 227, § 6º, CF Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

8971/1994¹⁴⁸ e 9278/1996¹⁴⁹ que as pessoas que vivem em união de fato hoje possuem o direito de herdar.

O rol dos suscetíveis a sucessão do Código Civil de 1916¹⁵⁰ delimitava o direito de herdar aos ascendentes, descendentes, cônjuges, colaterais, Estado, Distrito Federal, União e os municípios, não resguardando nenhum direito a pessoa do companheiro. Com o advento da Lei nº 8971/1994 esse rol foi ampliado.

“Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.
Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.”¹⁵¹

Assim, o art. 1603 passou a considerar o companheiro como possuidor do direito a sucessão.

Contudo, com a promulgação da Lei nº. 9278/96, os requisitos constantes no artigo 1º supramencionado, não se faziam mais necessários, dado o teor da nova redação:

“Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”¹⁵²

E foi com essa redação que se alterou o artigo 226, §3º da CF.

¹⁴⁸ Lei nº. 8971/1994 – **Regula o Direito dos Companheiros à Alimentos e a Sucessão**. [em Linha]. Brasil. (29-12-1994). [Consult. 24 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8971.htm

¹⁴⁹ Lei nº. 9278/1996 – **Regula o § 3º do art. 266 da Constituição Federal**. [em linha] Brasil. (10-05-1996). [Consult. 24 Set 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm

¹⁵⁰ Nos termos do art. 1603, do CC.

¹⁵¹ Lei nº. 8971/1994 – **Regula o Direito dos Companheiros à Alimentos e a Sucessão**. [em Linha]. Brasil. (29-12-1994). [Consult. 24 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8971.htm

¹⁵² Lei nº. 9278/1996 – **Regula o § 3º do art. 266 da Constituição Federal**. [em linha] Brasil. (10-05-1996). [Consult. 24 Set 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm

Salienta-se que ambas as leis foram alvos de críticas, visto que a Lei 9.278 apenas diminui os requisitos para configuração da união de fato, ela não alterou os artigos referentes a sucessão do companheiro. O que gerou um grande desconforto, já que dependendo do regime de bens do casamento, a companheira em algumas situações seria possuidora de mais direitos do que uma pessoa casada.

A verdade é que hoje a Constituição Federal Brasileira considera as pessoas que vivem em união de fato como uma entidade familiar. E como tal esta sujeito a direito e garantias que resguardam o instituto. É importante salientar que a Constituição não igualou a união de fato ao casamento, isso significa dizer que não são todos os direitos conferidos as pessoas que se aplicam as pessoas que vivem em união de fato.

Dentro desse contexto iremos estudar o que legislação civil brasileira guardou para os cônjuges no que diz respeito a sua quota parte do direito das sucessões.

Como já vimos o companheiro não consta no rol de herdeiros legítimos descrito no art. 1829, do NCC. Fabio Ulhôa Coelho¹⁵³ no seu livro sobre sucessão defende que o companheiro deveria estar incluído no rol dos herdeiros legítimos, todavia ressalta a controvérsia que o tema acarreta, segundo ele, alguns doutrinadores defendem que a constituição quando consagrou a união de fato como entidade familiar não equiparou esta ao casamento, por essa razão a legislação civil pode tratar as pessoas que vivem em união de fato de forma distinta sem incorrer em inconstitucionalidade.

Corroborando com o posicionamento desses doutrinadores, o legislador separou um artigo especialmente para regular a situação do companheiro na sucessão.

“Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”¹⁵⁴

Entendermos ser justo que o companheiro faça jus a uma quota parte da sucessão, visto que estamos falando sobre um patrimônio que ajudou a construir. Há quem defenda que os direitos pertinentes as pessoas que vivem em união de fato devam ser equiparados aos das

¹⁵³ COELHO, Fabio Ulhôa, *Op. Cit.* p. 505.

¹⁵⁴ LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil**. [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm

peessoas casadas. Nós entendemos que as pessoas que vivem em união de fato precisam ter seus direitos resguardados, todavia, sem equipara-los aos cônjuges, pelo simples fato de que, na maioria das vezes, é de escolha do casal a decisão pelo sistema que irá gerir a sua vida patrimonial, e assim o sendo, devem arcar com o peso de suas escolhas, em outras palavras, significa dizer que se o casal em questão quisesse que recaíssem sobre eles os direitos e as obrigações das pessoas casadas, deveriam estes ter optado pelo casamento ao invés da união de fato. Nos aprofundaremos nesse tópico em momento mais oportuno.

Voltando a leitura do artigo em questão, ao que nos parece, é que a situação do companheiro se assemelha a situação do cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens, contudo o seu entendimento é mais simples no que se refere a concorrência do companheiro com descendentes.

Reza o artigo 1790 do NCC, que se o companheiro concorrer a sucessão com filhos comuns da união terá ele direito a uma quota do que for atribuído a cada filho. Simplificando, caso da união tem 2 filhos, cada parte terá direito a um terço, um terço para o companheiro, e um terço para cada filho.

Em compensação, se o companheiro sobrevivente concorrer com filhos exclusivos do *de cujos*, caberá a este a metade do que couber aos descendentes. Em outras palavras, se o companheiro concorrer com apenas um filho exclusivo do falecido, caberá ao companheiro o equivalente a um terço da herança.

Falta agora analisar a concorrência do cônjuge com herdeiros híbridos. E nesse aspecto a legislação civil foi omissa.

O que nos volta a uma grande problemática, pois em assim sendo, as pessoas que vivem em união de fato, em algumas situações ainda podem acabar sendo mais beneficiadas do que as pessoas casadas, como é o caso das pessoas casadas pelo regime da comunhão universal, visto que nesse caso, o cônjuge não concorre com os descendentes, tendo direito somente a meação.

No mais, o cônjuge possui preferência quando se compara aos direitos sucessão do companheiro. Pois, além de receber parcela maior quando em concorrência com os descendentes e ascendentes, o cônjuge recebe a totalidade dos bens antes dos colaterais, conquanto que o companheiro só poderia receber a totalidade dos bens, no caso de ausência total de outros parentes do falecido.

Embora haja uma discrepância significativa entre os dois herdeiros, cônjuge e companheiro, entendemos que essa diferenciação se faz necessária, pois embora muito

parecidos, estamos diante de institutos jurídicos distintos, e assim sendo, merecem tratamentos diferentes um do outro.

Por fim, verificamos ainda que o Novo Código Civil brasileiro não regulou a questão do direito real de habitação dos companheiros no caso da sucessão. Defendem uma parte da doutrina que esse direito ainda se mantém, visto que além de não ter ocorrido a revogação expressa da Lei nº 9.278, não há incompatibilidade do texto desta com o atual Código Civil, invocando ainda, a extensão analógica do direito reservado às pessoas casadas. O que nesse caso, nos parece razoável.

Feitas essas considerações passaremos a estudar o teor da legislação portuguesa sobre o tema em questão.

3.2 Do Direito de Sucessão em Portugal

Dando início ao nosso estudo sobre o Direito de Sucessão em Portugal, destacamos que a matéria é regulamentada no Livro V do Código Civil Português, DL 47.334/66, e está este dividido em 4 grupos, da sucessão em geral, da sucessão legítima, da sucessão legitimária e da sucessão testamentária.

Assim, como fizemos com a legislação brasileira, nesse tópico traçaremos somente os principais artigos que nos ajudam a entender os conceitos do Código Civil ligados a sucessão e a partilha bens.

Entrando no nosso estudo, destacamos que antes de chegarmos aos moldes que temos hoje, Portugal também passou por um processo de mudanças legislativas. De 1977 até os dias de hoje houveram mais de 18 modificações no código, no que se refere ao direito de família. Em 2003 houve uma tentativa de reforma no Código, visto que esse já sofrera demasiadas mudanças e principalmente porque encontra-se obsoleto¹⁵⁵.

Ao que nos interessa, analisaremos a legislação como se encontra hoje regulamentada, e sempre que necessário faremos observações sobre as mudanças ocorridas ao longo dos anos.

O Direito à sucessão embora regulamentado em lei infra, o Código Civil, está salvaguardado pela Constituição.

¹⁵⁵ PINHEIRO, Duarte; SOL, António; BRIGAS, Miriam; BARBOSA, Paula, MORAIS, Daniel – **O Direito das Famílias e das Sucessões no Código Civil Português de 1867: Uma Perspectiva do Século XXI/ Family and Succession Law in the Portuguese Civil Code of 1867: A 21st Century Approach**. Lisboa: AAFDL, 2008. p. 15.

“Artigo 62º

(Direito de Propriedade Privada)

1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.”¹⁵⁶

Repare que embora a Constituição Portuguesa tenha garantido o direito a sucessão, pelo texto apresentado, podemos presumir que esse direito se resume apenas ao direito real, uma vez que está determinado “o direito à propriedade privada”. Todavia, é entendimento pacífico na doutrina portuguesa, que o direito sucessório não se limita ao direito real, como os direitos de crédito, de propriedade intelectual, participação no capital e alguns outros. Todavia, para o objeto estudo desse trabalho, focaremos basicamente no direito real.

Evidenciamos que embora o direito de suceder e o direito de dispor dos bens, por causa *mortis* seja um direito garantido, esses direitos não podem ser gozados totalmente de forma livre, visto que a lei impõe determinadas limitações. Assim por exemplo, nos casos de sucessão dos bens do outro cônjuge, o que será herdado deverá respeitar os limites do regime bens, ou ainda no caso da disposição de bens via testamento, essa disposição deverá ser respeitar a legítima, como acontece também no direito brasileiro.

Conforme já elucidado, a sucessão pode ser definida como um conjunto de normas que regula os acontecimentos após a morte. Como já visto, a ideia da sucessão é dar continuidade relações jurídicas do falecido, evitando a sua extinção. Todavia, ela não regula apenas a morte, ela regula o processo sucessório dos herdeiros. Assim, determina o artigo 2024º do CCiv que a “*sucessão é 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.*”¹⁵⁷

Da leitura deste dispositivo podemos confirmar que a intenção do legislador foi manter os bens em questão dentro da entidade familiar do *de cujos*.

Cristina Dias, em seu livro sobre sucessões leciona que “*as conexões fundamentais do Direito das Sucessões são a propriedade, a família e o Estado*”¹⁵⁸, e ainda identifica três modelos decorrentes do fenômeno sucessório: o individualista (ou capitalista), o familiar e o

¹⁵⁶ LEI nº. 1/2005 – **Constituição da República Portuguesa: VII Revisão Constitucional de 2005**. [em linha]. Portugal. (02-04-1974). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

¹⁵⁷ DECRETO-Lei nº 47.344/66 – **Código Civil** [em linha]. Portugal. (25-11-1966). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

¹⁵⁸ DIAS, Cristina M. Araújo - **Lições de Direito das Sucessões**. 3ª Ed. Coimbra, Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-55-12-1. p. 12-14

socialista. O individualista com base no princípio da autonomia privada, já que o titular dos bens pode dispor deste livremente, presente na sucessão testamentária, decorrente do livre direito de testar. A familiar, onde se preza que os bens do falecido permaneçam na família. E a socialista, onde prevalece a conexão com o estado.

No que diz respeito ao sistema português observamos um sistema misto, visto estar presente a liberdade de testar, há também elementos socialistas, todavia, prevalece-se o sistema familiar, já que a sucessão legítima se sobrepõe a testamentária,

A sucessão dos bens *causa mortis*, em Portugal, é deferida por lei, testamento ou contrato¹⁵⁹, em outras palavras podemos dizer que a sucessão será legal quando for derivada da legítima ou legitimária¹⁶⁰, contratual quando por contrato alguém dispuser da própria sucessão, da sucessão de terceiro, ou ainda, renunciar à sucessão de pessoa viva¹⁶¹, ou a sucessão pode ocorrer por testamento, quando a pessoa ainda em vida, dispõe para depois de sua morte, de todos os seus bens ou parte dele¹⁶².

À critério explicativo, faz-se necessário a diferenciação entre sucessão legítima e legitimária. A sucessão legitimária é deferida por lei e não pode ser afastada por vontade do autor. Ela diz respeito à porção de bens indisponíveis, vez que está reservada aos herdeiros legitimários, conforme dispõe o artigo 2156, CCiv¹⁶³. A sucessão legítima também é deferida por lei, mas ao contrário da anterior ela pode ser afastada por vontade do autor, e esta regulada pelo artigo 2131º, CCiv¹⁶⁴.

A lei Civil determina ainda nos tipos de sucessores:

“Artigo 2030º

(Espécies de Sucessores)

1. Os sucessores são herdeiros ou legatários.
2. Diz-se herdeiro o que sucede na totalidade ou numa quota do património do falecido e legatário o que sucede em bens ou valores determinados.
3. É havido como herdeiro o que sucede no remanescente dos bens do falecido, não havendo especificação destes.
4. O usufrutuário, ainda que o seu direito incida sobre a totalidade do património, é havido como legatário.
5. A qualificação dada pelo testador aos seus sucessores não lhes confere o título de herdeiro ou legatário em contravenção do disposto nos números anteriores.”¹⁶⁵

¹⁵⁹ Nos termos do artigo 2026º do Código Civil Português.

¹⁶⁰ Código Civil Português – Artigo 2027º (Espécies de Sucessão Legal) – A sucessão legal é legítima ou legitimária, conforme possa ou não ser afastada pela vontade do seu autor.

¹⁶¹ Nos termos do número 1 do artigo 2028º do CCiv.

¹⁶² Nos termos do número 1 do artigo 2179º do CCiv.

¹⁶³ Art. 2156º, CCiv - Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários.

¹⁶⁴ Art. 2131º, CCiv - Se o falecido não tiver disposto válida e eficazmente, no todo ou em parte, dos bens de que podia dispor para depois da morte, são chamados à sucessão desses bens os seus herdeiros legítimos.

¹⁶⁵ DECRETO-Lei nº 47.344/66 – **Código Civil** [em linha]. Portugal. (25-11-1966). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

Conforme se observa da leitura do artigo mencionado, a diferença entre herdeiro e legatário recairá exatamente na determinação, ou na indeterminação dos bens deixados.

Assim como a legislação brasileira, em Portugal a sucessão também se abre com a morte, tendo como o lugar o último domicílio do *de cujos*¹⁶⁶. Sobre esse tema, Cristina Dias explica:

“A morte é o pressuposto da sucessão, é a causa do fenómeno sucessório, como decorre dos arts. 2044º e 2031º. A morte não pode confundir-se com a abertura da sucessão, já que a precede e assume como a sua causa. A sucessão abre-se no momento da morte do seu autor (art. 2031º): a morte é o facto jurídico que produz o efeito abertura da sucessão; este é um efeito jurídico da morte.”¹⁶⁷

Um fato que ocorre antes mesmo da morte do autor da herança é a designação sucessória, isto porque, ou ela está designada em lei, ao qual vamos nos aprofundar, ou o autor da herança já se manifestou previamente, quando da escritura do seu testamento.

Assim, com a morte do autor da herança, abre-se a sucessão e são chamados a receber a herança os herdeiros e legatários¹⁶⁸, desde que capacitados para tanto. Como regra geral, são capacitadas todas as pessoas singulares e coletivas que a lei não tenha taxado como incapaz¹⁶⁹.

Uma vez chamados à sucessão os herdeiros e legatários precisam se manifestar sobre a aceitação ou não da herança. Designamos a herança como jacente, o momento entre o chamamento a sucessão e a aceitação da herança.

3.2.1 Da Sucessão Legal (Legítima e Legitimária)

São herdeiros legítimos, o cônjuge, os parentes e o estado, nos termos do art. 2132, CCiv, pela ordem e pelas regras dispostas nos artigos seguintes.

¹⁶⁶ Art. 2031, CCiv.

¹⁶⁷ COELHO, Pereira *apud* DIAS, Cristina – **Op. Cit.** p. 70-71.

¹⁶⁸ Art. 2032, CCiv.

¹⁶⁹ Artigo 2033º, CCiv - 1. Têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não exceptuadas por lei. 2. Na sucessão testamentária ou contratual têm ainda capacidade: a) Os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão; b) As pessoas colectivas e as sociedades. Art. 2034, CCiv - Carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade: a) O condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adoptante ou adoptado; b) O condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza; c) O que por meio de dolo ou coacção induziu o autor da sucessão a fazer, revogar ou modificar o testamento, ou disso o impediu; d) O que dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos.

“Artigo 2133º

(Classe de sucessíveis)

1. A ordem por que são chamados os herdeiros, sem prejuízo do disposto no título da adoção, é a seguinte:

- a) Cônjuge e descendentes;
- b) Cônjuge e ascendentes;
- c) Irmãos e seus descendentes;
- d) Outros colaterais até ao quarto grau;
- e) Estado.

2. O cônjuge sobrevivente integra a primeira classe de sucessíveis, salvo se o autor da sucessão falecer sem descendentes e deixar ascendentes, caso em que integra a segunda classe.

3. O cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do n.º 3 do artigo 1785.”¹⁷⁰

Nesse momento, gostaríamos de destacar a posição de importância que o cônjuge adquiriu no direito sucessório quando comparado com o Código Civil de 1867, isto porque o cônjuge ocupava a quarta posição na ordem de vocação, e não concorria com parentes até o terceiro grau. Dispunha o antigo Código Civil:

“Código Civil de 1867

Artigo 1969º - A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: 1º) Aos descendentes; 2º) Aos ascendentes, salvo no caso do Artigo 1236º; 3º) Aos irmãos e seus descendentes; 4º) Ao cônjuge sobrevivente; 5º) Aos transversais não compreendidos no nº 3º, até o décimo grau; 6º) À fazenda nacional.”¹⁷¹

Com o destaque adquirido pelo cônjuge, hoje ele concorre à sucessão com as duas primeiras classes, descendentes e ascendentes, herdando a totalidade no caso de inexistência de herdeiros nas duas primeiras classes.

Voltando a ordem de vocação, assim como ocorre no direito brasileiro, os herdeiros são convocados dependendo da classe de herdeiros em que se encontre, isso quer dizer que, em havendo herdeiros da primeira classe, os de segunda classe não serão convocados. Essa regra também se aplica no grau entre as classes, dessa forma, os parentes de graus mais próximos excluem os mais remotos. É o que dispõe os artigos 2134º e 2135º, CCiv.

O artigo 2139º, CCiv, determina como deve ser feita a partilha de bens quando os descendentes concorrem com o cônjuge. Diz o número 1 do artigo em questão, que “quando

¹⁷⁰ DECRETO-Lei nº 47.344/66 – **Código Civil** [em linha]. Portugal. (25-11-1966). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

¹⁷¹ CARTA de Lei de 1 de Julho de 1867 – **Código Civil Portuguez** [em linha]. Portugal. (01-07-1867). [Consult. 03 Abr. 2015]. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>

*houver concorrência entre o cônjuge e os descendentes, nesse caso a partilha será feita por cabeça, todavia a parte do cônjuge não pode ser menor do que um quarto*¹⁷². Significa dizer que, se o *de cujos* tiver dois filhos, os bens serão divididos em partes iguais, cabendo a cada herdeiro um terço do patrimônio. Por outro lado, se o *de cujos* tiver quatro filhos, o cônjuge fica com um quarto e os quatro filhos partirão os três quartos em partes iguais.

Se o *de cujos* não for casado, os descendentes herdam por cabeça a totalidade da herança, é o que determina o número 2 do artigo 2139, CCiv.

Caso, o *de cujos* não tenha deixado descendentes, passa-se para a próxima classe de suscetíveis, e o cônjuge concorrerá com os ascendentes. Nesse caso, a partilha será feita da seguinte forma, cabe ao cônjuge dois terços da herança, restando aos ascendentes um terço da herança, na qual deverá ser dividido por cabeça. É o que determina o artigo 2133, 1, al. b e 2 c/c artigo 2142, n/f arts. 2142, 3, todos do CCiv.

Na falta de descendentes e cônjuge, herdam os ascendentes a totalidade da herança, artigo 2142, 2, CCiv.

Por outro lado, na inexistência de ascendente e descendente, os cônjuges são convocados para herdar a totalidade da herança, nos termos do artigo 2144, CCiv.

Na falta de descendentes, ascendentes e cônjuges, serão convocados os irmãos do *de cujos* e seus descendentes, na falta desses, os outros parentes até o quarto grau, e na falta desses últimos, o patrimônio do falecido será direcionado para o Estado. Contudo, como dissemos na parte inicial desse tópico, não nos aprofundaremos na partilha de bens dessas classes de herdeiros, visto que o nosso objetivo é o estudo da parte que cabe ao cônjuge sobrevivente.

Até aqui, estudamos sobre a sucessão legítima. No que se refere a sucessão legitimária, que corresponde aquela parte da herança e que o *de cujos* não pode dispor, informamos que os herdeiros suscetíveis a herança são: os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Ressaltamos também que ainda existe um debate na doutrina sobre essa matéria, visto que uma parte vê no direito à legítima um direito a uma parte dos bens da herança (calcula nos termos do artigo 2162º, CCiv) e a outra vê como um direito a uma parte do valor dos bens, nesse caso um valor abstrato¹⁷³.

Independente dessa controvérsia, o que não se discute é a parte que cabe a cada herdeiro.

¹⁷² Art. 2139, do CCiv.

¹⁷³ DIAS, Cristina – **Op. Cit.** p. 233.

“Artigo 2158º

(Legítima do cônjuge)

A legítima do cônjuge, se não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de metade da herança.

Artigo 2159º

(Legítima do cônjuge com filhos)

1. A legítima do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, é de dois terços da herança.
2. Não havendo cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais

Artigo 2160º

(Legítima dos descendentes do segundo grau e seguintes)

Os descendentes do segundo grau e seguintes têm direito à legítima que caberia ao seu ascendente, sendo a parte de cada uma fixada nos termos prescritos para a sucessão legítima.

Artigo 2161º

(Legítima do cônjuge e dos ascendentes)

1. A legítima do cônjuge e dos ascendentes, em caso de concurso, é de dois terços da herança.
2. Se o autor da sucessão não deixar descendentes nem cônjuge sobrevivente, a legítima dos ascendentes é de metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes.”¹⁷⁴

Não nos aprofundaremos no cálculo específico da partilha da herança, caso a caso, visto que, como dito no início desse tópico, nosso objetivo era apenas demonstrar os direitos que estão resguardados no direito sucessório português aos cônjuges.

Lembramos também que foi demonstrado somente a regra geral, pois dentro desse chamamento de herdeiros alguns fatores podem ocorrer como, a o repúdio a herança, a representação e o direito de acrescer, por exemplo, e nesse caso alterariam o processo e a partilha.

3.2.2 Dos Meios Alternativos para Beneficiar o Companheiro no Direito Sucessório Português

O objetivo desse tópico é estudar os efeitos patrimoniais *post mortem* da União de Fato. E da investigação feita no Código Civil encontramos o seguinte artigo, que entendemos ser de grande relevância para o estudo proposto:

“Artigo 2020º

(União de Facto)

¹⁷⁴ DECRETO-Lei nº 47.344/66 – **Código Civil** [em linha]. Portugal. (25-11-1966). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

- 1 - O membro sobrevivente da união de facto tem o direito de exigir alimentos da herança do falecido.
2. O direito a que se refere o número precedente caduca se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão.
3. É aplicável ao caso previsto neste artigo, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo anterior.”¹⁷⁵

Nossa observação a respeito do citado artigo é que, embora essa prestação de alimentos possa se operar após a morte do companheiro (ou membro sobrevivente da União de fato, como definido pelo artigo) não vislumbramos um direito sucessório propriamente dito.

Assim, considerando o até aqui estudado, constatamos que não restou às pessoas que vivem em união de fato nenhum direito no que se refere a partilha de bens no caso de sucessão por morte. Entretanto, a lei civil ainda disponibiliza alguns mecanismos de disposição de bens, e que nesse caso poderiam ser utilizados para beneficiar o companheiro no caso da sucessão.

Destacamos, no entanto, que esses mecanismos não são de utilização específicas ou direcionadas aos companheiros, são apenas formas de disposição de bens permitidas pela legislação, onde vislumbramos a possibilidade de serem aproveitadas pelos companheiros, no caso da falta de legislação específica.

Conforme mencionamos anteriormente o artigo 2026º, CCiv, determina que a sucessão será deferida por lei, testamento ou contrato. Já vimos que a lei exclui da ordem de vocação hereditária os companheiros, que nos resta as outras duas opções para tentar garantir as pessoas que vivem em união de fato algum direito sucessório.

De acordo com o Código Civil, o testamento é o mecanismo pelo qual a lei permitiu que o autor da herança dispusesse livremente de seus bens. Desde que respeitada a legítima.

No quesito capacidade para suceder, verificamos que a lei determinou alguns impedimentos que devem ser observados, constantes nos artigos 2033º a 2038º, que não os mesmos impedimentos para a sucessão legítima e os impedimentos determinados nos artigos 2192º a 2198º, específicos no caso de testamento. Assim, não estando o companheiro enquadrado em nenhum desses artigos, está capacitado a herdar.

Dentro desse rol de impedimentos um artigo que merece destaque é o artigo 2196º, CCiv, *in verbis*:

“Artigo 2196º
(Cúmplice do Testador Adúltero)

¹⁷⁵ DECRETO-Lei nº 47.344/66 – **Código Civil** [em linha]. Portugal. (25-11-1966). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

1. É nula a disposição a favor da pessoa com quem o testador casado cometeu adultério.
2. Não se aplica o preceito do número anterior:
 - a) Se o casamento já estava dissolvido, ou os cônjuges estavam separados judicialmente de pessoas e bens ou separados de facto há mais de seis anos, à data da abertura da sucessão;
 - b) Se a disposição se limitar a assegurar alimentos ao beneficiário.”¹⁷⁶

Merece destaque, não porque exista algum tipo de associação entre o adultério e pessoas que vivem em união de fato, já superamos esse debate, mas pelo seu conteúdo. Diz o referido artigo que *“pode testar a favor do companheiro a pessoa casada desde que o casamento já tenha sido dissolvido ou estivesse separado de fato a mais de seis anos da abertura da sucessão”*. É entendível que o legislador queira resguardar o interesse do outro cônjuge e garantir que não beneficie uma relação passageira em prol uma separação que poderia não passar de uma crise conjugal. Contudo, entendemos que faltou ao legislador uma ponderação no que se refere ao prazo escolhido. Isto porque, o artigo 1781º, CCiv determina que há ruptura do casamento caso os cônjuges estejam separados de fato há mais de um ano consecutivo. Além do mais, o artigo 1º, nº 2 da Lei nº7/2001 entende que pode ser declarada a união de fato, a união de pessoas que vivam em situações análogas aos casados por mais de dois anos. Ora, se para haver ruptura do casamento precisa-se do lapso temporal de um ano, e se para declarar a união de fato precisa-se do lapso temporal de dois anos, qual a razão para o legislador impor o prazo de seis anos para que uma pessoa que já está separada de fato beneficie seu companheiro?

O que nos induz a acreditar que a leitura desse artigo merece uma interpretação extensiva.

Superados esses pormenores e observados os limites da lei, podemos concluir que o companheiro sobrevivente pode vir a suceder parte da herança do *de cujus*, não pela posição que ocupa na vida do falecido, mas porque é um direito deste testar a favor de qualquer pessoa.

Um outro mecanismo encontrado no Código Civil é a sucessão por contrato, contudo, da leitura dos dispositivos que regulam a matéria, verificamos que, via de regra, a sucessão por contrato é proibida, e quando celebrada é nula, ressalvadas algumas situações em que a lei permite, e que em sua maioria estão ligados aos acordos antinupciais, e que por esta razão não atingem os companheiros, visto que esses não são permitidos por lei a realizar tais acordos, já que estes são reservados às pessoas casadas.

¹⁷⁶ DECRETO-Lei nº 47.344/66 – **Código Civil** [em linha]. Portugal. (25-11-1966). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

Renato Neto, em um estudo sobre a União de fato, trás em sua análise o Contrato de Coabitação, o objetivo principal desse contrato seria servir como prova para estabelecer um marco temporal para o início da união, e claro ajudar a regular os bens do casal, visto que durante o período da união o casal poderia contrair dívidas, adquirir bens, movimentar conta em banco etc.¹⁷⁷ No entanto não existe previsão legal desse tipo de contrato em Portugal, e para a infelicidade das pessoas que vivem em união de fato, tampouco são aplicáveis a esse tipo de união as regras previstas para o casamento, no que se refere a parte matrimonial que envolve o instituto.

Pelo exposto, constata-se que, em Portugal, as pessoas que vivem em união de fato estão, de fato, desamparadas no que diz respeito a parte patrimonial do direito sucessório, restando somente o testamento como opção para tentar garantir-lhes algum direito.

¹⁷⁷ NETO, Renato Avelino de Oliveira – *Op. Cit.*

CAPÍTULO IV – DA INCLUSÃO DA UNIÃO DE FATO NO DIREITO SUCESSÓRIO PORTUGUÊS

Finalmente chegamos ao Capítulo final desse estudo. Muito já se falou sobre o surgimento da união de fato e da sua aceitação não só pela sociedade, mas também sob a égide da legislação, tanto constitucional quanto infraconstitucional.

Também já sabemos que o casamento é uma instituição antiga e que durante muito tempo foi disciplinado somente pela igreja. Já demonstramos, mesmo que de maneira sutil, que a união de fato é, de certa forma, uma fonte originária do casamento, e com isso compreendemos que a união de fato visa regular o casal informal. Já discutimos a importância de se regular essas relações garantindo direitos e deveres aos envolvidos para que estes não fiquem a margem da legislação, considerando que não podemos, nem devemos negar a sua existência na sociedade moderna.

É certo que o Código Civil português encontra-se defasado quando contrastamos com a realidade da sociedade atual, principalmente no que diz respeito ao direito de família, já que até o momento ainda não aceitou a união de fato como uma fonte de relação familiar.

Sobre a necessidade de uma noção do conceito de família entendeu Jorge Duarte Pinheiro:

“O Código Civil não formula uma noção de família. A ausência de uma noção de família num diploma que geralmente não se inibe quando se trata de apresentar definições (cf., p.e., os arts. 1577º, 1578º, 1584º e 1586º) talvez possa ser entendida como um sinal da dificuldade do recorte da própria instituição familiar. Seja como for e não obstante ser consensual a ideia de que a realidade familiar varia em função do tempo e espaço, a doutrina portuguesa tem procurado refúgio numa concepção que é a mesma desde a entrada em vigos do Código Civil, no dia 1 de Junho de 1976, até os dias de hoje.”¹⁷⁸

E disse mais:

“Falar de turbulência para expimir o estado actual do Direito de Família é capaz de ser, afinal, um eufemismo. Já não é correcta a ideia de que se está perante um ramo que regula a instituição “família”, entendida como o grupo de pessoas unidas por relações jurídicas familiares. O Objecto do Direito de Família alargou-se de forma a englobar realidades semelhantes às relações familiares nominadas, ditas parafamiliares, v.g., a união de facto.”¹⁷⁹

¹⁷⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6763-6. p. 13.

¹⁷⁹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 17.

Considerando o exposto, entendemos que o Direito de Família deva ser alargado ainda mais, para que a união de fato deixe de ser considerada uma fonte de relação parafamiliar e passe para uma fonte de relação familiar. Como bem referiu o autor supramencionado, estamos tentando adequar a sociedade atual portuguesa em conceitos de 50 anos atrás.

Vivemos uma época em que é possível fazer inseminação artificial, criar embriões *in vitro*, situações que trazem indagações sobre o estabelecimento da filiação, por exemplo. Contudo, o legislador português já se manifestou no que tange a criação de leis para se adaptar a nova realidade.

Nesse momento, nos questionamos como que dentro desse cenário de conceitos e preceitos modernos e científicos ainda podemos negar às uniões de fato a caracterização de fonte de relação familiar?

Sobre a formação da família e a preocupação do direito em tutelar essas relações, leciona Pais de Amaral:

“O homem é um ser sociável. Independentemente da posição que ocupa na sociedade, o indivíduo, para se sentir completo, procura estar integrado no seio familiar, onde começa a sua formação. Na história dos agrupamentos humanos, a família precede todos os outros. Por isso, o Direito sempre se preocupou em tutelar as relações familiares. [...]

Atualmente proliferam as uniões de facto, isto é, as uniões entre duas pessoas em condições semelhantes às dos cônjuges. Estas uniões merecem alguma proteção jurídica, mas não estão englobadas nas fontes das relações jurídicas familiares previstas no artigo 1576º.”¹⁸⁰

Assim, nesse último capítulo, e dentro dessa preocupação de manter a família devidamente tutelada pelo direito, iremos abordar a inclusão do instituto no corpo da Constituição, bem como fazer nossas considerações sobre como a matéria deveria ser disciplinada nas leis *infras*.

4.1 Da Caracterização da União de Fato como Unidade Familiar e a Eventual Inclusão no Texto Constitucional.

Como já referenciamos, a família é a instituição natural que existe antes mesmo da criação do Estado e das sociedades, sendo a principal responsável pelo desenvolvimento e

¹⁸⁰ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6742-1. p. 17-18.

consolidação da personalidade humana, ao qual afirma o indivíduo como pessoa perante a sociedade, visto que é através dela que se propagam os valores e princípios éticos, morais, cívicos e etc.

Sobre esse ponto nos leciona Diogo Leite de Campos:

“A Família não é uma criação da sociedade e muito menos do direito, mas é ela que segrega, no seu campo específico, um certo tipo de sociedade e um certo tipo de direito. É a família que humaniza o ser humano, que permite sua sobrevivência, fazendo a ponte para o ser com os outros através da demonstração de Amor. O modo específico da família, sua génese e sua justificação, estão na capacidade de amor de todos os seus membros, amor que determina uma comunidade de vida. [...] A vida em conjunto é reconhecida como boa, amada e sobre este amor forma-se uma comunidade de vida. Em que as pessoas são vistas muito para além da sua utilidade, dos serviços que podem prestar aos outros, como valores em si mesmos. Para além do Direito, sempre necessário, a família assenta na primazia do amor e da solidariedade como seu fruto, da misericórdia como a sua última consequência, como fundamento da experiência conjugal e familiar. A família, como grupo global de indivíduos, comunidade ética substancial, é contemporânea da norma jurídica, segregando estas através do amor e solidariedade que constituem a sua razão de ser.”¹⁸¹

Considerando o ensinamento acima, fazemos os seguintes questionamentos: o amor citado pelo autor e que motiva as pessoas a uma comunhão de vida também não está presente nas uniões de fato? Qual a diferença do amor existente entre as pessoas que são casadas e as que vivem em união de fato? Se é por amor que as pessoas se unem para a criação da família, porque o direito português ainda não considera a união de fato como uma fonte de relação familiar?

Concebendo que não há diferença no amor envolvido entre os casais que vivem em união de fato e as pessoas casadas, que a razão que motiva a comunhão de vida é a mesma para os dois institutos, e uma vez que se encontram em comunhão de vida tanto as pessoas casadas quanto as que vivem em união de fato comungam dos meus princípios para a construção e manutenção do lar e da vida em comum, compartilhando os mesmos deveres e obrigações, mesmo que não expressos em lei, concluímos que, ao que nos parece a principal diferença entre o casamento e a união de fato diz respeito a formalização da relação, ou no caso da união de fato, a falta dela, que nos aprofundaremos adiante.

Durante nossa pesquisa, e comparando os dois institutos com relação a sua essência, não encontramos diferenças substanciais que justifiquem a não caracterização da união de fato como uma fonte de relação familiar.

¹⁸¹ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Monica Martinez de – A comunidade familiar. In OLIVEIRA, Guilherme de, Coord. – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1113-6. p. 10-11.

Dentro desse estudo, também ressaltamos que a composição e a função da família sofreram alterações em decorrência do tempo, lugar, cultura, etc. No entanto, existem dois traços que ainda se demonstram imutáveis, o primeiro refere-se à existência da comunidade familiar, como grupo social que garante a transmissão da vida, mesmo considerando os avanços tecnológicos existentes; e o segundo, consiste na dupla característica de unidade e autonomia, que identifica e diferencia a instituição familiar¹⁸².

Uma vez que a família é a primeira e essencial sociedade, não está imune as transformações que vão se verificando com o decurso do tempo, o que acarreta em adaptações e ajustamentos nas características da instituição familiar.

Conforme aludido anteriormente, no tocante a evolução histórica da entidade familiar, a questão das famílias homo afetivas é um excelente exemplo, quando verificamos que mesmo sem legislação pertinente existiu à margem da nossa sociedade, e hoje tem seu direito reconhecido e resguardado por lei. O mesmo ocorre com as famílias monoparentais, etc. Assim, constatamos que mesmo que a união de fato (ainda) não seja reconhecida como uma fonte de relação familiar para o direito, e que não tenha seus direitos devidamente resguardados por lei, essas uniões continuarão a existir na sociedade.

O que se percebe é que a sociedade de tempos em tempos se modifica, seja em relação aos seus conceitos ou ainda às suas necessidades. Desta forma, em decorrência dessas transformações e das diferenças culturais e comportamentais dos indivíduos, cabem aos operadores do direito em permanecer na constantemente e incansável busca de garantir a tutela da família da forma mais eficiente possível.

Diversos foram os avanços que encontramos ao longo desse caminho até chegarmos ao conceito de família que hoje conhecemos¹⁸³, e na qual acreditamos que permanecerá evoluindo com o passar dos anos, haja vista a mudança constante das necessidades da sociedade¹⁸⁴.

A família constitui o alicerce mais sólido que assenta a organização social, merecendo desta forma proteção Estatal adequada, independente da sua forma de constituição. Assim, o Direito de Família é o ramo do direito mais ligado a vida, uma vez que os indivíduos envolvidos permanecem vinculados por toda a sua existência, mesmo que venham a constituir

¹⁸²FELIX, Antônio Bragão – Reflexões Sobre a Família no Limiar do Século XXI. In NAZARETH, Joaquim António Pantoja; RIBEIRO, Maria Teresa; DUARTE, David José Peixoto - **Traços da Família Portuguesa**. [S.l.: s.n.],1994. ISBN 972-27-0749-3. p. 14.

¹⁸³ Lembrando que encontraremos conceitos diferentes ao analisarmos os ordenamentos jurídicos de outros países.

¹⁸⁴ NETO, Renato Avelino de Oliveira – **Contrato de Coabitação na União de Fato – Confronto entre Direito Brasileiro e Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 978-972-40-2731-9. p. 13.

uma nova família¹⁸⁵. É inegável que na base de sua formação está o pressuposto biológico inelutável que tem a ver com a própria subsistência e continuação da vida humana, pois é na família que, em termos genéricos se pode dizer que a espécie humana se propaga¹⁸⁶.

Virgílio Pereira de Sá, sobre o Direito de Família traz o seguinte questionamento, com caráter imparcial e despido de preconceitos:

“Agora disse-me: que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é o fruto de seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para uma convenção social. A convenção social é estreita para o fato, e este então se produz fora da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer a natureza, e por toda a parte ele constitui a família, dentro da lei se é possível, fora da lei se é necessário.”¹⁸⁷

O texto citado, reforça nossa ideia de que, mesmo sem proteção jurídica adequada, as uniões de fato continuarão presentes na sociedade. Razão pela qual entendemos que cabe ao legislador português atentar para as necessidades demandadas pela sociedade garantindo a esses indivíduos a proteção digna e justa de uma relação familiar.

Aceitando ainda essa concepção, de que não é a lei que constrói as relações, de que essas relações são construídas pelas sociedades, pois se baseiam na afetividade e no amor dos envolvidos. Se considerarmos apenas os motivos pelos quais as pessoas resolvem conviver, dividindo obrigações sociais e jurídicas, e visualizarmos como essas relações se apresentam perante a sociedade, independente do contrato firmado entre elas, encontraremos família em diversas relações, sejam elas decorrente de relações homo afetivas, entre homens e mulheres, ou ainda, entre um dos genitores e seus filhos. Isto porque, o conceito de família, como dito anteriormente, transcende o que está escrito e determinado num pedaço de papel.

Nesse sentido, podemos dizer que são as relações jurídicas que impulsionam a lei, e não ao contrário. O legislador não fica em uma sala sentado imaginando que relação jurídica ele irá “criar” ou “estabelecer”, na verdade, cabe a ele verificar as relações existentes nas sociedades e regulamentar essas situações, de forma que essas relações jurídicas não fiquem à margem da legislação, garantindo que essas instituições sejam resguardadas e protegidas, considerando suas peculiaridades.

¹⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. V. 6. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-61788-9. p. 17.

¹⁸⁶ CHAVES, João Queiroga – **Casamento, Divórcio e União de Fato**. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-432-4, p. 51.

¹⁸⁷ PEREIRA, Virgílio Sá – **Direito de Família**. 2ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959. p. 90.

Reforçando esse entendimento de que são as relações jurídicas que impulsionam as leis, citamos, por exemplo, a questão da procriação medicamente assistida, que conforme já referenciado no início dessa obra, embora existam diversas polêmicas envolvidas no tema, principalmente no que diz respeito ao estabelecimento da filiação e consequentemente o direito sucessório e, embora seja um tema relativamente novo, já podemos encontrar alguma proteção legislativa, como é o caso da Lei nº 32/2006, que trata da PMA em Portugal, e que já está na sua quarta alteração, visto a promulgação da Lei nº. 58/2007.

Dentro desse estudo da PMA, Stela Barbas leciona:

“Uma vez equacionados alguns dos desafios que se colocam ao Direito, é viável afirmar que a vida em sociedade está profundamente modificada sendo cada vez mais necessário tentar revisões de conceitos jurídicos clássicos e proceder a propostas de alteração.”¹⁸⁸

Dentro desse contexto, entendemos que a mesma premissa possa ser aplicada às questões relacionadas a caracterização da união de fato como uma fonte de relação familiar. Já que o contexto e a vida social atual, demandam revisões dos conceitos jurídicos clássicos, no que tange à Família Moderna.

Leciona ainda o Excelentíssimo. Diogo Leite de Campos:

“Cada ser humano é diferente de todos os outros, e é esta diversidade que enriquece a Humanidade.”¹⁸⁹

Assim, considerando essa diversidade da sociedade, suas modificações ao longo do tempo e as peculiaridades de cada relação, entendemos que se faz extremamente necessário a caracterização da união de fato como uma fonte de relação familiar, e assim, garantir proteção adequada ao instituto, já que este se encontra desprotegido na legislação portuguesa, principalmente no que se refere a resguardar os direitos sucessórios dos companheiros

Para tanto, percebemos que a conceituação do instituto da família, primeiramente deve ser vista sob duas perspectivas diferentes, uma sob a ótica da família propriamente dita e outra sob a instituição do casamento.

¹⁸⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **O Direito de Família Português: Algumas Características**. Atas das Jonadas de Direito Comparado Portugal/Marrocos, Jurismar, número especial. ISSN 2182-6900, Maio de 2014. p. 77.

¹⁸⁹ CAMPOS, Diogo Leite *apud* BARBAS, Stela Marco de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético**. Coimbra: Alamedina, 2006. ISBN 972-40-1113-5. p. 18.

Um dos aspectos que se mostra de grande relevância é o valor sentimental envolvido na relação, assim, tanto as pessoas que se unem pelo matrimônio, como as que se unem pela união de fato, o fizeram com a mesma finalidade, de constituir uma família, partilhando em vida uma comunhão, de cama, mesa e habitação.

Outro aspecto que podemos mencionar refere-se ao processo de formação dos institutos. Assim sendo, podemos dizer que tanto o casamento quanto a união de fato são definidos como negócios jurídicos bilaterais, e desta forma, para que ele seja concretizado precisamos de um ato humano e voluntário

No plano de existência dos negócios jurídicos, faz-se necessário a presença de alguns elementos, são eles: agentes capazes, manifestação livre de vontade, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. No que concerne aos agentes capazes, os limites são estabelecidos pela legislação civil. Referente a manifestação livre de vontade, esta não pode possuir vícios. O objeto lícito é aquele que não fere os bons costumes, à lei, à ordem pública, a boa-fé, a função social e a economia. Por fim, a forma, que deve ser prescrita e não defesa em lei.

Dentre esses elementos do negócio jurídico o mais interessante é a manifestação livre de vontade. Isso porque para a celebração de um negócio jurídico precisamos da manifestação livre e desimpedida, e se foi de livre vontade das partes escolher o instituto da união de fato ao casamento, podemos concluir que embora as partes tenham optado por não querer que os direitos, obrigações e deveres pertinentes ao casamento recaiam sobre aquela união, não é certo afirmar que estes devem ficar ausentes de proteção.

Alguns autores, como Francisco Brito Pereira Coelho, entendem que a comunhão de vida das pessoas casadas é diferente da comunhão de vida das pessoas que vivem em união de fato, isto porque a união de fato não possui um vínculo jurídico formal, e portanto, não possuem deveres contratuais assumidos. Para o autor, a união de fato se traduz como “*uma comunhão de vida livremente exercida, fora do quadro vinculativo do contrato*”.¹⁹⁰

Nesse aspecto, enfatizamos que a nossa proposta é exatamente formalizar de forma adequada a união de fato, ou seja, converter um estado de fato a uma relação jurídica atribuindo dignidade de fonte de relação familiar própria. Assim sendo, primeiro precisamos aceitá-la como uma fonte de relação familiar e em seguida regulamentar a sua formalização.

¹⁹⁰ COELHO, Francisco Brito Pereira – Os Factos no Casamento e o Direito na União de Facto: Breves Considerações. In OLIVEIRA, Guilherme de, Coord. – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1113-6. p. 78-79.

O referido doutrinador defende ainda a idéia de que as pessoas que optaram pela união de fato, também optaram pela não produção dos efeitos do casamento, o que concordamos em parte, contudo, não significa dizer que estes devam ficar sem amparo legal, conforme já elucidado.

Assim, cabe ao legislador encontrar equilíbrio para regulamentar a matéria, sem equiparar totalmente aos direitos dos cônjuges e sem deixar os companheiros livre de proteção legislativa.

De toda forma, independente da forma de sua constituição, seja através do casamento, da união de fato, ou ainda, a monoparental, todos os modelos de família merecem ampla proteção Estatal, considerando a peculiaridade de cada instituto.

Aceitando a união de fato como uma entidade familiar, admitimos que este instituto devesse estar protegido pelo Direito de Família constante na lei civil. Já que o direito de família é o agrupamento de disposições, pessoais e patrimoniais, que se origina do vínculo das diversas relações estabelecidas entre os componentes da entidade familiar¹⁹¹.

Todavia, reforçamos que antes de protegida pelo Direito civil, a união de fato deve ser primeiramente resguardada pela Constituição da República. Ao qual passamos a analisar.

Da leitura do número 1 do artigo 36 da Constituição da República Portuguesa, encontramos uma obscuridade da redação que permite interpretações diversas. Diz o referido dispositivo legal, “*todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade*”¹⁹². O que extraímos dessa passagem retirada do texto constitucional é que o legislador referenciou dois direitos distintos, sendo o primeiro deles o de constituir família e o segundo o de contrair casamento. Há, contudo, quem defenda, que essa forma extensiva sobre o conceito de família, refere-se apenas às questões inerentes a filiação.

Por outro lado, Canotilho e Vital Moreira já manifestaram seu entendimento de que da leitura do referido texto encontra-se uma abertura constitucional para garantir o devido relevo às uniões de fato como uma fonte de relação familiar¹⁹³.

Na nossa opinião, e concordando com os autores citados acima, o sentido de família descrito no mencionado dispositivo deve ser interpretado de maneira muito mais abrangente, considerando o conceito *lato* do instituto, para incorporar a realidade da sociedade atual e suas

¹⁹¹ GONÇALVES, Cunha; LIRA, Ricardo Pereira; MONTEIRO, Washington de Barros *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. V. 6. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-14841-3. p. 15.

¹⁹² Texto retirado do nº 1 do Art. 36º da CRP.

¹⁹³ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme - - **Curso de Direito da Família**. Vol I. 5ª Ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1167-9. p. 60.

diversas maneiras de constituição de família. Inserindo dentre desse contexto não só as famílias consagradas pelos laços do matrimônio, como também, as uniões de fato, as homo afetivas, as monoparentais e etc.

Se analisarmos a diferença entre a união de fato e o casamento, verificaremos que a principal diferença entre elas é a maneira da formalização, ou a falta dela, pois o objetivo dos envolvidos é o mesmo, constituir família, contudo, por alguma razão estavam impedidas de casar.

E é exatamente nesse ponto que queríamos chegar. A união de fato é em sua essência uma união de amor que em muitas vezes antecede o próprio casamento. As pessoas que vivem essa união compartilham dos mesmos pressupostos que as pessoas casadas, compartilham vida, cama e mesa, compartilham emoções, dívidas, passam pelas mesmas situações do dia a dia que as pessoas casadas. Então nos questionamos, porque quando o assunto é o direito de família, a união de fato não está enquadrada nesse rol?

Ao nosso entender, ao distinguir a família do casamento, o legislador demonstrou que se tratavam de realidade diferentes, assim, o direito de constituir família não está vedado a quem pretenda contrair casamento, incluindo outras formas de constituição de família, como a união de fato¹⁹⁴, conforme já exaustivamente exposto.

É inegável que os doutrinadores mais conservadores, ou clássicos, por assim dizer, defendem que se interpretarmos o conceito de família de forma extensiva, estaríamos admitindo uma crise no instituto do casamento, ou ainda a desvalorização do casamento perante a sociedade. Contudo, a que pese nosso entendimento, vislumbramos exatamente o contrário, não há que se falar em desvalorização do casamento e sim em valorização do conceito de família.

Corroborando com nosso posicionamento, entende David Duarte:

“O caráter abrangente do conceito constitucional de família e o seu centralismo constitucional não tem como consequência, no entanto, uma desvalorização constitucional do casamento. A separação entre o direito a constituir família e o direito de contrair casamento aponta apenas para a ampliação da ideia de sociedade familiar e tem como alcance apenas a não recondução, em sobreposição da família à ideia de núcleo familiar baseado ou sustentado pelo matrimônio.”¹⁹⁵

¹⁹⁴ DIAS, Cristina M. Araújo – Da Inclusão Constitucional da União de Facto: Nova Relação Familiar. In **Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda**. Vol. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISSN 0870-3116. p. 453.

¹⁹⁵ DUARTE, David José Peixoto – Perspectivas Constitucionais da Família. In FELIX, Antônio Bragão; NAZARETH, Joaquim António Pantoja; RIBEIRO, Maria Teresa - **Traços da Família Portuguesa**. [S.l.: s.n.], 1994. ISBN 972-27-0749-3. p. 100.

A favor, desse posicionamento, se pronunciou o Tribunal de Relação de Lisboa através de acórdão proferido em 15.02.2007:

“I- A Constituição da República Portuguesa não consagra um direito dos homossexuais a contrair casamento. II- O casamento não é a única forma de constituir família; as uniões de facto, registadas ou não, entre pessoas do mesmo sexo são também uma forma de constituir família. III- O artigo 36.º da Constituição Política consagra dois direitos (e não um só): o direito de constituir família e o direito a contrair casamento[...] IV- O artigo 36º da Constituição da República Portuguesa não contém normas fechadas, remetendo para o legislador ordinário a regulamentação dos requisitos e efeitos do casamento e até a sua forma de celebração.”¹⁹⁶

Vários são os aspectos que envolvem o instituto da família, assim, podemos separar, por exemplo, a família que deriva da relação conjugal, da família natural, ou biológica, ou ainda a família adotiva.

Para reforçar tal entendimento sobre a diferenciação dos institutos do casamento e da família referenciamos o número 1 do artigo 16º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, “*direito de casar e direito de constituir família*”, ou ainda, o artigo 12º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, “*direito a casar-se e constituir família*”¹⁹⁷. Dentro dessa premissa, entendemos que compreende no direito de constituir família, a união de fato. Reforçando o anteriormente dito, o número 4º do mesmo artigo, estabelece a igualdade de tratamento entre os filhos, nascidos dentro ou fora do casamento. Repare na distinção que o legislador impõe, uma vez que utilizou a expressão fora do casamento, e não fora da instituição familiar, ou ainda fora da família. O que para nós reforça a abertura constitucional para conferir a união de fato status de fonte de relação familiar.

Corroborando com essa abertura legislativa, verificamos no art. 4º da Lei nº 7º/2001, o legislador quando garante a proteção da casa morada ao companheiro sobrevivente, utiliza a expressão “casa de morada de família”, e não “casa de morada comum” ou “residência comum”. Ressaltamos ainda que a proteção da casa de morada de família, já estava presente no corpo da Lei nº 35/1999, mais precisamente em seu art. 3º, nº1 e art. 4º.

Ademais, a Constituição da República Portuguesa garante o direito ao desenvolvimento da personalidade, consubstanciado no número 1 do artigo 16º, sem, contudo, projetar direitos idênticos das pessoas casadas aos companheiros. Observando desta forma, o

¹⁹⁶ Acórdão proferido pelo Tribunal de Relação de Lisboa. Consultado em 20/02/2018. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f2c9a606d4e2613180257296004e5975?OpenDocument&Highlight=0,art,36,da,crp,uniao,de,facto>

¹⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *apud* COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Curso de Direito de Família**. 4ª Ed. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-1547-2. p 55 e116.

princípio da igualdade, na qual deve tratar os iguais como iguais e os desiguais de maneira desigual, na medida da sua desigualdade. Assim, cabe aos companheiros o reconhecimento da união de fato como situação familiar, entretanto, os direitos e deveres provenientes dessa união não podem ser os mesmos para as pessoas casadas.

Conforme se observa, da análise da atual sociedade, do posicionamento doutrinário e da abertura Constitucional encontrada da leitura do nº1 do art. 36º da CRP, verificamos que é necessária uma alteração na Constituição para incluir a união de fato como uma fonte de relação familiar.

Contudo, entendemos que esse entendimento da união de fato como conte familiar, não necessariamente precise resultar de uma alteração do texto Constitucional, mas tao somente dar uma nova interpretação ao nº. 1 do art. 36º de forma que abranja os novos modelos de família presentes na sociedade atual, em especial a união de fato, que é o objeto de estudo desta obra.

O que estamos sugerimos é uma mutação constitucional por interpretação, na qual muda-se a percepção do texto legal sem alterá-lo. Desse modo, considerando a abertura Constitucional por nós já manifestada quando da leitura do art. 36º, entendemos que é sim possível dar um o novo significado ao texto Constitucional e que reflita a realidade social, mantendo os valores expressos pelo legislador, e sem, todavia, violar a Constituição.

Sobre a mutação constitucional, entende de Gilmar Mendes:

“O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.”¹⁹⁸

Sobre o direito constitucional e a sociedade entende Paulo Bonavides:

“O direito não é ciência que se cultive com indiferença ao modelo de sociedade onde o homem vive e atua. Não é a form social apenas que importa, mas em primeiro lugar a frma política, pois esta configura as bases de irganização sobre as quais se levantam as estruturas do poder.”¹⁹⁹

¹⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-115507-7. p. 201.

¹⁹⁹ BONAVIDES, Paulo – O Direito Constitucional e o Momento Político. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 21, nº 81 (Jan. -Mar. 1984), p. -217.

Feitas essas considerações, verificamos que não só é possível incluirmos a união de fato como fonte de realção familiar à luz da Constituição, como também encontramos uma maneira de fazê-lo sem que com isso necessite de uma alteração no texto Constitucional, facilitando o processo.

Por todo o exposto, concluímos que é indubitável a necessidade de aceitar a união de fato como uma fonte de relação familiar e garantir a essas relações uma proteção jurídica adequada.

Uma vez reconhecida a união de fato como uma unidade familiar aos olhos da Constituição da República, esta poderá e deverá ser regulamentada pelo direito de família, e não mais pelo direito comum, como acontece nos dias atuais.

Desta forma, entendemos que a Lei nº 7/2001, que regula o tema em Portugal, está defasada, já que as garantias lá previstas não protegem os companheiros de forma apropriada, considerando a realidade atual.

Por óbvio, esses direitos não podem ser totalmente igualados aos dos cônjuges. Seria um equívoco. Embora, ambos os regimes possam ser traduzidos como uma entidade familiar estamos diante de institutos jurídicos distintos.

Para concluir, entendemos que a maior dificuldade do legislador está em definir a amplitude do conceito de família, para poder atribuir efeitos jurídicos justos a todos esses modelos. De toda sorte, essa nova realidade precisa ser devidamente regulamentada pelo direito civil, visto que para nós a união de fato está implícita no artigo 36º da Constituição Portuguesa, podendo se beneficiar por tanto, além de outras, as garantias constitucionais previstas no artigo 67º. Assim, passamos a nos aprofundar nos efeitos que entendemos que devam ser atribuídos às pessoas que vivem em união de fato considerando o disposto no Código Civil e na lei nº 7/2001.

4.2 Dos Efeitos a Serem Atribuídos a União de Fato.

Uma vez reconhecida a união de fato como fonte de relação jurídica familiar, se faz necessário regulamentar de forma apropriada o instituto. Alguns autores que defendem a inclusão da União de Fato no artigo 36º da Constituição Portuguesa, também defendem a igualdade de direitos e feitos do casamento, sob pena de violar o princípio da igualdade constante no artigo 13º da CRP. Nesse aspecto, mister se faz enfatizar que não compartilhamos desse posicionamento, como dissemos no início dessa obra, defendemos a ideia de melhor regular o instituto da união de fato, e não de igualá-la totalmente ao instituto do casamento,

visto que estamos diante de conceitos diferentes, e por essa razão merecem tratamentos distintos, ressalvadas algumas exceções.

Considerando que as pessoas são livres para se relacionarem e escolherem o tipo de relação que querem ter, há quem defenda que ao optar pela união de fato, o casal optou pela não produção de efeitos do casamento. O que concordamos, com algumas reservas. Por mais que se tenha optado pela não produção dos efeitos do casamento, não significa que essas pessoas devam ficar sem qualquer proteção legislativa, conforme já exaustivamente por nós exposto. Assim entendemos que não é certo dizer que essas pessoas que vivem em união de fato escolheram viver a margem da legislação, e consequentemente sem proteção legislativa, o que elas escolheram, foi a não produção dos efeitos do casamento, já que não lhes foi apresentado uma alternativa para regulamentar a relação.

Vários são os motivos que podem ter levado o casal a escolher a união de fato ao casamento. Dentre as situações que podem ter influenciado a escolha, podemos citar por exemplo, o desfavorecimento de ordem fiscal, ou a perda de benefícios (como o caso da pensão de sobrevivência), ou até mesmo a carga religiosa que o instituto carrega, ou ainda a união de fato pode ser apenas uma situação transitória, em que o casal resolveu regulamentar sua situação até o casamento. Conforme se verifica os motivos que influenciaram essa escolha envolvem não só impedimentos de fato, mas também impedimentos legais²⁰⁰.

Coelho e Oliveira, levantam ainda a possibilidade de estarmos diante de uma relação juvenil, onde não há uma rejeição definitiva ao casamento, embora estes não queiram assumir um compromisso, admitem a possibilidade de se casarem no futuro, no caso da concepção de um filho²⁰¹.

Como se nota, inúmeras são as possibilidades para a escolha de um tipo de relação em desfavor da outra. O que não podemos, é interpretar essa escolha como uma forma de negar direitos a esses modelos de família. O que precisamos é oferecer meios desse casal formalizar a relação para que então possa gozar das garantias legislativas.

Com relação às normas que devem ser aplicadas a esse tipo de relação, entendemos que igualar a união de fato ao casamento é impor aos conviventes regras e obrigações que estes não queriam, pois se quisessem haviam casado, na maioria dos casos. Assim, acreditamos que não seria razoável o legislador impor regras não queridas pelas partes. De toda forma, não significa que a melhor opção seja deixá-los à margem de regras.

²⁰⁰ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA Guilherme - **Curso de Direito da Família**. Vol I. 5ª Ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1167-9. p. 59.

²⁰¹ *Idem* – **Ibidem**.

Assim, uma vez consagrada a união de fato como relação familiar, e uma vez que essa previsão esteja contida no texto da constitucional, mesmo que através de interpretação extensiva da norma vigente, entendemos que a lei civil seja competente para regular o conteúdo desses direitos, e não a lei comum, o que significa dizer em outras palavras, fazer uma reforma no Código Civil para resguardar, entre outras, as garantias constitucionais do art. 67º.

Começando pela análise do Livro IV do Código Civil, que trata do Direito de família, o art. 1576º, que dispõe das relações jurídicas familiares, por exemplo, deveria ser alterado de forma que constasse a união de fato como uma dessas relações. Assim, sugerimos a seguinte redação ao artigo:

Artigo 1576º
(Fontes das relações Jurídicas Familiares)
São fontes das relações jurídicas familiares o casamento, a união de fato, o parentesco, a afinidade e a adoção.”

Por consequência dessa alteração, e considerando que o Código Civil conceitua, ou pelo menos, descreve essas relações familiares, concebemos que deveria ser inserido um artigo que também trouxesse a noção de união fato, assim como ocorre com os outros institutos; o casamento, o parentesco e a afinidade, por exemplo.

Nesse contexto, já nos adiantamos de que o referido artigo a ser inserido, não deveria conter a mesma redação que hoje encontra-se prescrita no art. 1º, nº 2 da Lei nº7/2001, isso porque, não concordamos com o lapso temporal que consta no artigo mencionado.

Assim, para rechaçar qualquer debate no que se refere a não produção de efeitos pessoais e patrimoniais na união de fato, haja vista o entendimento de que essas pessoas optaram pela não regulamentação da união, e que, por essa razão, não cabe ao Estado intervir nessa escolha e impor direitos e deveres não desejados por esses casais, vislumbramos a possibilidade de fornecer a essas pessoas a escolha de formalizar a união. Isto posto, sugerimos que, aqueles que queiram regularizar a sua situação e conseqüentemente garantir uma proteção legislativa teriam a oportunidade de fazê-lo. Desta feita, entendemos que o Estado não estaria impondo uma regulamentação, nem tampouco infringindo a vontade e o direito daqueles que não estão em busca de proteção jurídica, nem de uma relação que demande dependência ou responsabilidades, por assim dizer.

Assim sendo, dispobilizando essa opção da formalização da união de fato e, tendo em vista que estamos diante de uma fonte de relação familiar, defendemos o posicionamento de que uma vez que essa união esteja devidamente regulamentada e formalizada, não há

necessidade de impor um lapso temporal para a produção de efeitos, como ocorre hoje na lei vigente. Por conseguinte, caberia ao legislador encontrar um equilíbrio no que tange a determinação dos direitos e deveres a serem aplicados a união de fato.

Considerando o exposto, acreditamos que para tornar essa possibilidade viável, as conservatórias de direitos civis, na qual consideramos competente para tanto, deveriam lavrar um documento oficial para a formalização e regulamentação dessa união. Desta forma, de posse desse documento oficial, estariam os companheiros sujeitos aos efeitos definidos por lei. Com relação ao conteúdo desse documento, nos aprofundaremos mais adiante.

Como se sabe, o casamento implica a existência de um contrato que regula a situação dos nubentes, principalmente no que diz respeito às situações de cunho patrimonial. Considerando que o nosso propósito também é garantir direitos patrimoniais aos companheiros, nos posicionamos no sentido de que a mesma regra deva ser aplicada à união de fato. No contrato de casamento, não vigora o princípio da liberdade contratual²⁰², visto que os nubentes devem respeitar as limitações impostas pela legislação em vigor, assim também deveria ser a regulamentação da união de fato, um contrato com normas pré-definidas pela legislação.

À vista disso, visualizamos que algumas alterações sejam necessárias no Código Civil atual, começando pela definição do que se entende por união de fato.

Artigo 1577º-A (Noção de União de Fato)

A união de fato é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente de sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges.

Com o propósito de facilitar a inserção desses artigos dentro do Código Civil, e por efeitos didáticos, tentaremos agrupar os assuntos relacionados a união de fato, dentro do Código Civil sempre que possível.

Assim como acontece no casamento, com relação aos fatores impeditivos para a sua regulamentação, entendemos que o mesmo princípio deva ser adotado às uniões de fato. Dentro desse contexto, nos posicionamos a favor da manutenção do artigo 2º e 3º da Lei 7/2001 de forma integral, contudo, inserido no corpo da legislação civil, conforme a sugestão que se segue:

Artigo. 1577º - B (Exceções)

Impedem a atribuição de direitos ou benefícios, em vida ou por morte, fundados na união de facto:

- a) Idade inferior a 18 anos à data do reconhecimento da união de facto;

²⁰² Art. 405, CCiv

- b) Demência notória, mesmo com intervalos lúcidos, e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, salvo se a demência se manifestar ou a anomalia se verificar em momento posterior ao do início da união de facto;
- c) Casamento não dissolvido, salvo se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens;
- d) Parentesco na linha reta ou no 2.º grau da linha colateral ou afinidade na linha reta;
- e) Condenação anterior de uma das pessoas como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado contra o cônjuge do outro.²⁰³

Antes de abordamos o próximo artigo, e apenas pelo amor ao debate, levantamos uma questão no que se refere a alínea a) do artigo mencionado. De acordo com a atual redação da Lei nº7/2001, a idade mínima para que se tenha o reconhecimento da união de fato é de 18 anos, todavia o artigo 1º, nº 2 da mesma lei ainda exige um lapso temporal de dois anos para sua configuração, em outras palavras, significa dizer que se reconhece que a união de fato tenha se iniciado aos 16 anos, ou seja, uma vez que o próprio Código Civil determina que a capacidade civil²⁰⁴ começa as 18 anos, vislumbramos uma violação normativa.

No entanto, como dizemos, fizemos essa observação apenas a título informativo, isso porque, como defendemos a exclusão do lapso temporal de dois anos, a problemática da idade seria sanada.

Ainda com relação ao artigo supra, alguns autores como José Pitão²⁰⁵ defendem que não seria necessário a inclusão da referência de intervalos lúcidos, no caso de demência notória (alínea b)), visto que a união de fato é uma relação contínua e não há um momento determinado de declaração de vontade para a sua eficácia. No entanto, considerando que estamos aqui defendendo exatamente um momento determinado de declaração de vontade e eficácia, optamos pela manutenção do texto original do artigo.

Ainda sobre os impedimentos relacionados no artigo acima, uma vez que a adoção importa em relação de parentesco em linhas reta, já que o adotado se configura como descendente do adotante, compreendemos que a alínea d) engloba esse tipo de situação, não havendo necessidade de uma previsão específica.

Fortificando a ideia de que a constituição da união de fato deve ser realizada através da manifestação de vontade dos companheiros em sede de conservatória do registro civil. Sugerimos a inclusão das seguintes previsões legislativas:

Artigo 1577 – C (Do Processo de Constituição de União de Fato)

²⁰³ Confome redação dos artigos 2 e 3 da Lei nº 7/2001.

²⁰⁴ Art. 123, CCiv

²⁰⁵ PITÃO, José António de França – **Unões de Fato e Economia Comum**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4616-7. p. 84-90.

1 – Qualquer conservatória do registo civil é competente para lavrar o registo de união de fato.

a) O registo de união de fato deve ser requerido a área de residência de morada do casal.

2 – Aqueles que pretendem constituir união de fato devem declará-lo pessoalmente em uma conservatória do registo civil.

a) Não se admite declaração de vontade por procuração

3 – A declaração deve conter os seguintes elementos:

a) Nome completo, estado civil, idade, naturalidade e residência de ambos os companheiros;

b) Nome completo dos pais;

c) Nome e assinatura do funcionário da conservatória do registo civil;

d) A referência do regime de comunhão de adquiridos;

e) assinatura de ambos os companheiros.

Artigo 1577 -D

Documentos para a Constituição de União de Fato

1 – Documento Civil de identificação de ambos dos companheiros ou, sendo estes estrangeiros, título ou autorização de residência, passaporte ou documento equivalente

2 – Certidão de divórcio, ou comprovação judicial de pessoas e bens, quando aplicável

Aceitando a ideia do fim do lapso temporal de dois anos e da eventual existência de um registo de união de fato nas conservatórias de registo civil, poderíamos argumentar que não haveria necessidade do nº 1 do artigo 2º da Lei nº. 7/2001. Todavia, considerando que conjecturamos a possibilidade de uma eventual necessidade de prova de união de fato em sede de tribunal ou ainda para atribuição de benefícios, optamos por manter o teor do artigo, com algumas considerações extras e, mais uma vez, inserido diretamente na legislação civil.

Artigo 1577º - E (Prova da união de fato)

1 - Declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

2 – Prova de mesmo domicílio;

3 – Prova de encargos domésticos evidentes a existência de sociedade ou comunhão de vida;

4 – Conta bancária conjunta;

5 – Registo em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do assegurado;

6 – Na falta de disposição legal ou regulamentar que exija prova documental específica, a união de facto prova-se por qualquer meio legalmente admissível.

7 – No caso de se provar a união de facto por declaração emitida pela junta de freguesia competente, 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, e de certidões de cópia integral do registo de nascimento de cada um deles.

8 – Caso a união de facto se tenha dissolvido por vontade de um ou de ambos os membros, aplica-se o disposto no número anterior, com as necessárias adaptações, 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.

9 – No caso de morte de um dos membros da união de facto, a declaração emitida pela junta de freguesia atesta que o interessado vivia em união de fato com o falecido, à data do falecimento, acompanhada de certidão de cópia integral do registo de nascimento do interessado e de certidão do óbito do falecido.

Ainda no que tange a prova da união de fato, há quem contrarie nosso posicionamento sobre um registro nas conservatórias de registos civis, por entender que nesse caso as uniões de fato se tornariam uniões de direito, obrigando um casal a assumir juridicamente uma relação que não pretendia. Ora, se entendermos que os meios de prova servem exatamente para comprovar a relação e para que recaiam sobre a união dessas pessoas direitos e garantias, nos parece mais do que óbvio que os envolvidos optaram por uma produção de efeitos. Isto sem mencionar que, o que estamos oferecendo é uma possibilidade de regulamentação da união, ou seja, somente serão regulamentadas as uniões nas quais as pessoas manifestarem o interesse em formaliza-las.

De toda sorte, o que estamos buscando é a amplitude de direitos que a união de fato em Portugal, atualmente não possui.

Por conseguinte, uma vez formalizada a união de fato entendemos que seja necessário também determinar os efeitos da sua dissolução. Assim, concebemos a inclusão do artigo 1677 – F para tratar da dissolução da união de fato, ao qual nos posicionamos pela manutenção da redação constante no art. 8º da Lei nº 7/2001 *ipsis litteris*.

Artigo 1677º - F (Dissolução da União de Fato)

1. A união de fato dissolve-se:

- a) Com o falecimento de um dos membros;
- b) Por vontade de um dos seus membros;
- c) Com o casamento de um dos membros.

2. A dissolução prevista na alínea b) do número anterior apenas tem que ser judicialmente declarada quando se pretendam fazer valer os direitos que dependam dela.²⁰⁷

Superadas essas questões de constituição e dissolução da união de fato, passamos agora para a explanação a respeito dos efeitos que consideramos ser pertinentes à matéria.

4.2.1 Dos Efeitos Pessoais

Considerando que agora estamos diante de uma fonte de relação familiar, entendemos que seja razoável a equiparação de alguns efeitos pessoais do casamento às pessoas

²⁰⁶ A presente proposta de alteração legislativa, utilizou como base o disposto no nº1 do artigo 2º da Lei nº7/2001.

²⁰⁷ LEI nº 7/2001 – **Protecção das Uniões de Facto** [em linha]. Portugal. (11-05-2001). [Consult. 24 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=901&tabela=leis

que vivem em união de fato, mais especificamente no que se refere aos direitos e deveres dos cônjuges e da direção conjunta da família e da administração do lar. Por óbvio, não equipararemos todos os direitos e deveres das pessoas casadas as pessoas que vivem em união de fato, apenas aqueles direitos que entendemos que devam ser estendidos aos companheiros.

Dentro desse cenário os seguintes artigos do Capítulo X, seção I do Código Civil devam ser reformulados de maneira que abranja a pessoa do companheiro.

Artigo 1671º

Igualdade dos cônjuges e companheiros no seio familiar

1. O casamento e a união de fato baseiam-se na igualdade de direitos e deveres do casal.
2. A direção da família pertence a ambos (cônjuges e companheiros), que devem acordar sobre a orientação da vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro.

Artigo 1672º

Deveres

Ambos, os cônjuges e os companheiros, estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

Artigo 1673º

Residência da Família

1. Os cônjuges (e os companheiros) devem escolher de comum acordo a residência da família, atendendo, nomeadamente, às exigências da sua vida profissional e aos interesses dos filhos e procurando salvaguardar a unidade da vida familiar.
2. Salvo motivos ponderosos em contrário, os cônjuges devem adoptar a residência da família.
3. Na falta de acordo sobre a fixação ou alteração da residência da família, decidirá o tribunal a requerimento de qualquer dos cônjuges (ou dos companheiros).

Artigo 1674º

Dever de Cooperação

O dever de cooperação importa para os cônjuges (e companheiros) a obrigação de socorro e auxílio mútuos e a de assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram.

Artigo 1675º

Dever de Assistência

1. O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar. O dever de assistência aplica-se tanto para os cônjuges quanto para os companheiros.
2. O dever de assistência mantém-se durante a separação de facto (ou a dissolução da união de fato) se esta não for imputável a qualquer dos cônjuges (companheiros).
3. Se a separação de facto (ou dissolução da união de fato) for imputável a um dos cônjuges (companheiros), ou a ambos, o dever de assistência só incumbe, em princípio, ao único ou principal culpado; o tribunal pode, todavia, excepcionalmente e por motivos de equidade, impor esse dever ao cônjuge (companheiro) inocente ou menos culpado, considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração que o outro cônjuge (companheiro) tenha prestado à economia do casal.²⁰⁸

²⁰⁸ A presente proposta de alteração legislativa para incluir a figura do companheiro, utilizou como base o disposto já existente no Código Civil Português.

No tocante a esses efeitos pessoais, faremos apenas algumas considerações que julgamos importante para justificar o motivo pelo qual entendemos que esses direitos devam também ser estendidos as uniões de fato.

Dever de fidelidade recíproca - Ora se estamos diante de uma fonte de relação familiar embasada pelo amor envolvido, razão pela qual duas pessoas decidiram por livre e espontânea vontade compartilharem vida, nada mais justo que dediquem um ao outro essa exclusividade de vida, sendo repudiado o adultério, assim como acontece com o casamento.

Dever de respeito – com relação a esse item, quer queira quer não, ele já está presente na vida de ambos os companheiros visto que cada qual tem o dever moral de respeitar o próximo independente do compartilhamento de vida ou não. Nas palavras de Pitão:

“Trata-se de um dever geral de respeito que resulta dos direitos pessoais fundamentais constitucionalmente reconhecido a cada cidadão. [...] Direito este que, para além de assumir foros de constitucionalidade, é também tutelado pelo princípio geral do art. 70º, nº. 1 do Código Civil, onde se diz que “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.”²⁰⁹

Dever de coabitação - Nos parece óbvia a razão pela qual esse dever deva ser estendido aos companheiros, já que o objetivo da união é a comunhão de vida. Desta forma, assim como o casamento, a união de fato também deve pressupor a comunhão de cama, mesa e habitação. Apenas reforçando essa ideia, o próprio legislador já concedeu direito a casa de morada aos companheiros, nos termos do art. 3º, nº. 1, a) da Lei nº. 7/2001.

Destacamos ainda que não são todos os doutrinadores que defendem a aplicação dos efeitos pessoais previstos no Código Civil para a União de Fato, como por exemplo Pereira Coelho e Guilherme Oliveira²¹⁰, visto que esses ainda entendem que a união de fato não se traduz como uma fonte de relação familiar. O que estamos aqui tentando é, além de fazer prova contrária a esse entendimento, reconhecer direitos aos companheiros em sede de regulamentação normativa.

No tocante ao dever de assistência e cooperação, considerando que ambos os companheiros residem sob o mesmo teto e compartilham vida, ambos devem contribuir para a vida em conjunto. Entendemos que a intenção do legislador, nesse caso, se refira principalmente ao dever de contribuição para os encargos da vida familiar e cotidiana. A cooperação no plano dos aspectos morais, como por exemplo a criação dos filhos; e a assistência no plano econômico, como a prestação de alimentos e os encargos decorrentes da vida em comum. Desta

²⁰⁹ PITÃO, José António de França – *Op. Cit.* p. 106.

²¹⁰ COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme *apud* FIDALGO, Roberta Flávia – *Op. Cit.* p. 39.

feita, do nosso ponto de vista, para que a família possa crescer e prosperar, está implícito o dever de cooperação e assistência mútua, razão pela qual defendemos a previsão desses deveres para a união de fato. Com tal característica, o constante no artigo 1676º do Código Civil, deve ser alterado para conter abranger figura do companheiro:

Artigo 1676º - (Dever de contribuir para os encargos da vida familiar)

1 - O dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges e companheiros, de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido, por qualquer deles, pela afetação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos.

2 - Se a contribuição de um dos cônjuges ou companheiro para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no número anterior, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse cônjuge (ou companheiro) tem direito de exigir do outro a correspondente compensação.

3 - O crédito referido no número anterior só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, a não ser que vigore o regime da separação.

4. - Não sendo prestada a contribuição devida, qualquer dos cônjuges (ou companheiro) pode exigir que lhe seja diretamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar.²¹¹

Nesse aspecto, gostaríamos de nos manifestar com relação a dois pontos, o primeiro deles no que tange aos números 1 e 2 do artigo supra, assim, aceitando a união de fato como uma fonte de relação familiar onde ambos contribuem para a manutenção do lar e a educação dos filhos, entendemos que nesse caso seria razoável que os companheiros usufruíssem dos mesmos direitos que as pessoas casadas, já que ambos enfrentam as mesmas situações do cotiado. O segundo, refere-se aos números 3 e 4, ao qual também defendemos que deva ser aplicado à união de fato tais direitos, isto porque, já nos adiantando, somos a favor de um regime de bens que regule a união de fato, na qual nos aprofundaremos no tópico seguinte.

Além dos efeitos já mencionados por nós, ainda temos dois outros efeitos pessoais constantes no Código Civil que valem a pena ser trazidos a comentar, que é o direito de acrescentar o sobrenome e o de adquirir a nacionalidade do outro. No que diz respeito ao acréscimo do sobrenome, a doutrina é unânime²¹² ao negar esse direito às pessoas que vivem em união de fato. Ao qual temos que discordar, pois, uma vez que consideramos a união de fato como uma fonte de relação familiar, não conseguimos encontrar nenhum argumento razoável que justifique tal posicionamento. Assim sendo, o seguinte texto deve ser adotado no Código Civil:

²¹¹ A presente proposta de alteração legislativa para incluir a figura do companheiro, utilizou como base o disposto no artigo 1676 já existente no Código Civil Português.

²¹² FIDALGO, Roberta Flávia – *Op. Cit.* p. 38.

Artigo 1667º - (Direito ao nome)

1. Cada um dos cônjuges (ou companheiros) conserva os seus próprios apelidos, mas pode acrescentar-lhes apelidos do outro até ao máximo de dois.
2. A faculdade conferida na segunda parte do número anterior não pode ser exercida por aquele que conserve apelidos do cônjuge (ou companheiro) de anterior casamento (ou união de fato).

Já no tocante a nacionalidade, trazemos o disposto da Lei nº. 2/2006, que altera a Lei nº. 37/81 que trata da nacionalidade

“Art. 3º - Aquisição em caso de casamento ou união de facto:

1 - [...]

2 - [...]

3 – O estrangeiro que, à data da declaração, viva em união de facto há mais de três anos com nacional português pode adquirir a nacionalidade portuguesa, após ação de reconhecimento dessa situação a interpor no tribunal cível.”²¹³²¹⁴

O que encerra qualquer debate sobre a aquisição da nacionalidade pelo companheiro, visto que estamos diante de um direito adquirido.

Sendo isto o que gostaríamos de manifestar no que se refere aos efeitos pessoais da união de fato. Passamos então à análise dos efeitos patrimoniais à serem atribuídos as pessoas que vivem nesse tipo de união.

4.2.2 Dos Efeitos Patrimoniais

Com alusão aos efeitos patrimoniais, conforme já mencionado, concebemos a possibilidade de se adotar um regime de bens para que se possa regular a união de fato. No Brasil, a união de fato é regida pelo regime da comunhão parcial de bens, conforme reza o Art. 1725 do Código Civil Brasileiro²¹⁵.

Dentro dos regimes de bens previstos no ordenamento jurídico de Portugal, entendemos que o que melhor se enquadraria na situação da união de fato, seria o regime da comunhão de adquiridos. Assim, caberiam a ambos os companheiros a administração dos bens comuns, ou seja, os bens adquiridos à título oneroso na constância da união de fato, o produto

²¹³ LEI nº 2/2006 – **Quarta Alteração à Lei nº. 37/81 de 3 de outubro (Lei da Nacionalidade)**. [em linha]. Portugal. (17-04-2006). [Consult. 20 Fev. 2018] Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=735&tabela=leis&so_miolo=

²¹⁴ LEI nº 37/1981 – **Lei da Nacionalidade**. [em linha]. Portugal. (03-10-1981). [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=614&tabela=leis&so_miolo=

²¹⁵ Art. 1.725.NCC - Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens

do trabalho dos companheiros, os frutos e as benfeitorias dos bens comuns e os bens móveis, salvo quando ficar comprovado que o bem pertence a apenas um dos companheiros.

Essa nos parece a melhor opção tendo em vista que nesse regime de bens não são considerados nem os bens próprios que cada um já possuía antes de formalizar a união, nem os bens futuros adquiridos por sucessão ou doação. Ou seja, o companheiro fará jus a administração apenas dos bens que ajudar a adquirir.

Nesse momento, gostaríamos de reaviar o que está disposto no Projeto de Lei nº 384/VII, art. 5º²¹⁶, que também previa a necessidade de convenção de um regime de bens para gerir a união de fato, embora não definisse nenhum regime em específico. O artigo sugeria ainda a responsabilidade dos companheiros no que se refere às dívidas e a administração de bens.

Nessa linha, no que concerne ao artigo 1678º, manifestamos nossa opinião de que, tendo em vista que somos a favor da adoção de um regime de bens e da inclusão dos companheiros na ordem de vocação hereditária (que será abordado no próximo tópico), para que este tenha o direito de herdar pelo menos os bens que foram adquiridos onerosamente na constância da união, entendemos que caiba uma referência no artigo citado sobre a administração dos bens em comum das pessoas que vivem em união de fato. Desta maneira, os artigos que se aplicam a administração de bens comuns no casamento, também devam ser aplicados a união de fato. Assim, conjecturamos a inclusão do número 4 do artigo 1678º com a seguinte redação:

Artigo 1678º

1 – [...]

2 – [...]

3 – [...]

4 – Aplicam-se aos companheiros o disposto nos números 1, 2 alíneas “a”, “b”, “d”, “e”, “f” e “g”.

Em consequência da inclusão do artigo acima, também devam ser alterados os artigos 1679º, 1680º, 1681º e 1682º para refletir a nova realidade de administração de bens dos companheiros.

Considerando as modificações citadas, para que não restem dúvidas a respeito do patrimônio, sugerimos a previsão de um artigo que determine o que se entende por patrimônio, como por exemplo o que está disposto do art. 7º do Projeto de Lei 384/VII²¹⁷.

²¹⁶ PITÃO, José António de França – *Op. Cit.* p. 354.

²¹⁷ PITÃO, José António de França – *Op. Cit.* p. 349 a 364.

Com relação aos artigos 1684º, 1685º, 1687º, 1688º e 1689º do Código Civil, defendemos que devam ser aplicados, no que couber, às pessoas que vivem em união de fato.

Voltando a análise da legislação, considerando o teor do art. 4º da Lei nº7/2001, e que o direito já foi reconhecido, resta somente a revisão dos artigos 1105º e 1793º para que abrace a figura do companheiro.

Artigo 1105º - (Comunicabilidade e transmissão em vida)

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 (companheiros), 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.

Artigo 1793º - (Da casa de Morada da Família)

1. Pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges (ou companheiros), 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 (companheiros) e o interesse dos filhos do casal.

2. O arrendamento previsto no número anterior fica sujeito às regras do arrendamento para habitação, mas o tribunal pode definir as condições do contrato, ouvidos os cônjuges (companheiros), e fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem.

3 - O regime fixado, quer por homologação do acordo dos cônjuges (companheiros), quer por decisão do tribunal, pode ser alterado nos termos gerais da jurisdição voluntária.²¹⁸

No que tange ao início dos efeitos, entendemos que o mesmo só deva começar a ser produzido com a formalização da união na conservatória de registos civis, já que não teria mais que considerar o lapso temporal de dois anos, determinado pela legislação atual.

O mesmo conceito se aplica para a cessação desses efeitos, uma vez decretada a dissolução da união de fato, cessariam também as relações patrimoniais que haviam entre o casal.

Com alusão aos demais artigos da lei em análise, como a questão das dívidas do casal e da obrigação de alimentos, por exemplo, entendemos que também devam ser regulados no Código Civil afim de incluir a figura do companheiro, contudo, deixaremos esses aspectos para serem abordados em outro estudo, por ora guardaremos espaço nessa obra para que possamos abordar situações da sucessão *post mortem*, ao qual discorreremos no próximo tópico.

²¹⁸ A presente proposta de alteração legislativa para incluir a figura do companheiro, utilizou como base o disposto nos artigos 1005 e 1793 já existente no Código Civil Português.

4.3 Do Direito sucessório na União de Fato

Clóvis Beliváqua, conta em seu estudo do direito das sucessões, que muitos juristas e filósofos rechaçavam a ideia de transmissão de bens *mortis causa*, muitos deles por entender que a responsabilidade dos pais se resumia a garantir a educação e o sustento em vida. Todavia, o argumento utilizado por esses pensadores não era conciso o suficiente para sustentar e convencer os legisladores ao redor do mundo, principalmente por não traduzir a realidade da vida social. Ainda segundo o autor:

“É preciso ter uma vista perturbada por algum preconceito para não reconhecer, no direito sucessório, um fator poderoso de riqueza pública, um meio de distribuí-la do modo mais apropriado à sua conservação e ao bem-estar dos indivíduos: um vínculo para a consolidação da família. [...]. Sendo assim, cumpre aos legisladores regular a sucessão de modo mais consentâneo com os interesses combinados da sociedade, da família e dos indivíduos, mas nunca eliminá-la por completo, como se fosse elemento perturbador da harmonia social.”²¹⁹

Já apontamos por diversas vezes no decorrer dessa obra, as evoluções que a família e o direito sucessório sofreram com o passar no tempo, e a relevância que o cônjuge ganhou na ordem de vocação hereditária, devido a importância em proteger a família e assegurar a estabilidade do patrimônio deixado pelo falecido. O direito sucessório está diretamente ligado a continuação da família. Essa ideia de continuação da família surgiu da necessidade de se ter alguém que cultuasse sua memória, falecer sem deixar ninguém para cultivar sua memória era um castigo imensurável.

No início a concepção de continuação da família estava mais ligada ao conceito abstrato, já que uma das preocupações na Roma antiga era ter alguém para cuidar do seu túmulo, e por isso, durante muito tempo a sucessão se transmitia somente na linha masculina, ao primogênito varão, já que o filho era o sacerdote da família. Contudo, em alguns casos o falecido não deixava um primogênito, o que culminou na reivindicação das esposas e filhas mulheres a sucessão do *de cujos*. Ressaltamos, no entanto, que essa inclusão da figura feminina no direito sucessório só se foi possível vista ao conceito de propriedade privada, já que toda família possuía o seu lar.

Para nós esses fenômenos são suficientes para demonstrar que a todo momento o direito tenta acompanhar a evolução e demanda da sociedade.

²¹⁹ Beliváqua, Clóvis, *Op. Cit.* p. 52-54.

Superadas as questões históricas da evolução do direito sucessório, também analisamos a regulamentação jurídica do direito sucessório tanto no direito brasileiro quanto em Portugal, a partir de agora, e com base em todos os argumentos apresentados passaremos a abordar o nosso entendimento no que se refere a regulamentação da matéria nos casos das famílias constituídas pela união de fato.

É indubitável que o número de adeptos a união de fato vem crescendo ao longo dos anos, razão pela qual entendemos ser necessário que essa modalidade de constituição de família mereça uma proteção normativa adequada.

Uma vez que a lei nº7/2006 atualmente em vigor, não além de não ter reconhecido a união de fato como uma fonte de relação familiar, ela também não conferiu direitos sucessórios aos membros dessa união.

No tópico anterior encerramos o estudo sob a análise dos efeitos patrimoniais, onde manifestamos nosso entendimento no sentido de se adotar um regime de bens para regular a união de fato, e sugerimos inclusive algumas alterações no Código Civil, no que se refere não só a regulamentação da constituição da união de fato e o regime de bens, mas também abordamos a questão da administração desses bens.

Poderíamos ter abordado a questão da partilha nos casos da dissolução da união de fato, entretanto, deixamos o estudo da partilha para ser conjugado com o da sucessão já que seus princípios e as metodologias utilizadas serão as mesmas.

Quando estudamos o direito sucessório segundo as leis portuguesas, verificamos que os membros da união de fato não foram inseridos no rol de herdeiros legítimos determinado pelo Código Civil, assim, considerando que já superamos o debate que classificou a união de fato como uma unidade familiar, entendemos que o companheiro deva constar na lista de herdeiros legítimos e no rol do artigo 2133º do Código Civil.

Nesse momento vale lembrar os ensinamos de Diogo Leite de Campos:

“A sucessão dos familiares justifica-se pelo facto de a propriedade continuar a ser, ainda hoje, largamente familiar: usufruída (quando não constituída) pelo conjunto dos familiares mais próximos; que têm, assim, uma expectativa de recebe-la por morte do seu titular (formal). [...]

Os bens que pertencem a uma família, independentemente do seu titular formal, estão a serviço dos seus membros, das suas necessidades. Se é assim durante a vida dos seus titulares formais, tal preocupação projeta-se para além da vida destas.”²²⁰

²²⁰CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Marina Martinez de – **Lições de Direito das Sucessões**. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6873-2. p. 12-13.

Assim, aceitando a união de fato, como uma fonte de relação familiar, aceitando a possibilidade de formalizar essa relação em consequência serem atribuídos efeitos pessoais e patrimoniais, inclusive no que tange ao regime de bens da relação, entendemos que o companheiro sobrevivente, como membro da família próximo ao *de cujos*, deva participar da sucessão. Lembrando que estamos nos referindo a parte dos bens adquiridos onerosamente durante a constância da união.

Contudo, antes de antentrarmos nas previsões legislativas, precisamos analisar a posição que esse membro da união de fato deveria ocupar na classe dos suscetíveis quanto a recepção da herança deixada pelo *de cujos*. Desta forma, considerando que a figura do companheiro se assemelha a figura do cônjuge, no que se refere a administração da família, esteja essa administração relacionada com a criação dos filhos ou até mesmo de ordem financeira, entendemos que o companheiro deveria ser equiparado ao cônjuge, nesse aspecto em específico, e concorrer com os descendentes e ascendentes na sucessão de bens do falecido.

Com relação a sucessão aos casos em que não haja nem descendentes nem ascendentes do *de cujos*, entendemos que o mesmo deva ter o direito de preferência antes da convocação dos colaterais no que tange aos bens adquiridos onerosamente durante a união. Nossa justificativa se baseia no fato de que, embora o companheiro não possua laços sanguíneos com o falecido, este colaborou com a aquisição de bens durante a vida em comum do casal. Assim sendo, acreditamos que no que concerne aos bens em comum, o companheiro deveria receber a totalidade de bens em comum com *de cujos*, deixando aos colaterais a partilha dos bens próprios do mesmo.

Com relação a quota parte que deve ser atribuída ao companheiro, também entendemos que deva obedecer às regras que são aplicadas às pessoas casadas.

Dessa forma nossa sugestão normativa é a seguinte: primeiro a inclusão do companheiro na categoria de herdeiros legítimos e em seguida sua classificação na ordem dos sucessíveis à herança.

Artigo 2133º - (Categoria de herdeiros legítimos)

São herdeiros legítimos o cônjuge, o companheiro, os parentes e o Estado, pela ordem e segundo as regras constantes do presente título.

Com o propósito de facilitar a regulamentação do companheiro na sucessão, nossa sugestão é a inserção de apenas um artigo no Código Civil que determine não só a ordem de classificação do companheiro, mas também, determine a sua quota parte de direito na herança.

Artigo 2133º - A (Classe de sucessíveis face a união de fato)

1. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união de fato, nas condições seguintes:

a) Se concorrer com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuído a cada filho; a quota parte do companheiro, porém, não pode ser inferior a uma quarta parte da herança;

b) Se concorrer com ascendente, terá direito a duas terças partes;

c) Se concorrer com Irmãos e seus descendentes; o companheiro fará a jus à totalidade da herança com relação aos bens comum do casal, deixando os bens próprios do *de cujos* para serem partilhados pelos irmãos e seus descendentes, conforme estabelecido pelo Código Civil.

d) A regulamentação prevista na alínea superior se aplica nos casos em que o companheiro concorrer com os outros colaterais até o quarto grau.

e) Não havendo parentes sucessíveis, terá o companheiro direito à totalidade da herança, incluindo os bens próprios do *de cujos*.

2. O companheiro sobrevivo integra a primeira classe de sucessíveis, salvo se o autor da sucessão falecer sem descendentes e deixar ascendentes, caso em que integra a segunda classe.

3. O companheiro não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão já tenha se operado a dissolução da união ou se este se encontrar separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do n.º 3 do artigo 1785.

As regras previstas no Código Civil referente a preferência de classes, preferência de grau de parentesco e a sucessão por cabeça, arts. 2134º, 2135º e 2136º respectivamente, também se aplicam nos casos de sucessão na união de fato.

No que se refere a sucessão legítima, também defendemos o posicionamento no sentido de estender os direitos dos cônjuges aos companheiros, segundo as regras definidas nos artigos 2159º, 2160º, 2161º e 2162º do Código Civil. Como visto no capítulo III dessa obra, que trata da regulamentação da sucessão em Portugal, a sucessão legítima não assegura que os bens permaneçam na unidade familiar, isso é uma característica da sucessão legítima, que dá maior relevância a família, já que a lei civil determinou que os *de cujos* não pode dispor de certa parte dos seus bens, que são destinados aos seus herdeiros legítimos.

Assim, concordamos com a redação disposta no artigo 23º do Projeto de Lei nº 384/VII.

Considerando que os direitos previstos aos cônjuges no que concerne a sucessão legítima e a legítima foram estendidos aos companheiros, entendemos que assim também ser para os casos de deserção. Desta sorte, também se aplicam à sucessão da nos casos de união de fato o disposto nos artigos 2.166º e 2167º do Código Civil.

Um outro ponto que merece nossa atenção, diz respeito a casa de morada de família nos casos de morte, que já se encontra protegida pela Lei nº 7/2001. Ao qual nos restaria ponderar se a referida proteção está condizente com as necessidades das pessoas que vivem em

união de fato. Assim como fizemos quando nos manifestamos no sentido de estender as pessoas que vivem em união de fato as disposições dos arts. 1105º e 1793º.

Desta forma, considerando a necessidade de coabitação para caracterização da união de fato, nada mais justo do que garantir proteção a esse bem, visto que estamos diante de uma relação familiar duradoura. Não seria concebível negar direito de habitação na casa de morada de família, mesmo nos casos de união de fato, não só por estarmos diante de uma relação familiar, mas por entender que durante a convivência em comum do casal, houve um dispêndio de energia e financeiro para conservar a casa e para transforma-la num lar. Assim sendo, entendemos que o membro sobrevivente da união de fato mereça essa proteção.

Contudo pela leitura do artigo que regula a matéria, verificamos que vários pontos precisam ser estudados e analisados para se chegar a uma proteção justa. Podemos começar analisando o prazo de 5 anos previsto no nº1 do art. 5º. Também merece uma análise mais aprofundada os casos em que o membro sobrevivente perca esse direito de habitação, nos casos dos nºs. 5 e 6 do mesmo artigo. Em seguida, seria necessário discorrer sobre o direito de recheio e a questão do arrendamento.

Como se nota, a questão da proteção a casa de morada merece um estudo mais minucioso para que não sejam estipuladas injustiças, como por exemplo, acabar por definir direitos mais amplos às pessoas que vivem em união de fato do que as pessoas casadas.

Desta sorte, no que tange a análise deste tópico, nos manifestamos no sentido de garantir proteção a casa de morada de família nas relações familiares da união de fato, mas por ora optamos por manter o direito já adquirido consubstanciado na lei nº. 7/2001, até que seja possível uma avaliação mais particularizada da matéria.

4.4 Disposições Finais

Por todo o exposto, insta mencionar que temos ciência de que não foram abordados nessa obra todos os aspectos previstos e garantidos pelo Código Civil atinentes às pessoas casadas, nesse sentido, justificamos que, como nosso objetivo era focar no direito sucessório, optamos por deixar espaço para aprofundarmos nessa matéria em específico, até para não nos dispersarmos com outras situações que não estejam relacionadas com o Direito sucessório.

No que diz respeito às proteções constantes na Lei nº 7/2001 e que por nós não foram mencionadas, esclarecemos que também não nos aprofundamos primeiro porque, ao nosso entender estamos diante de um direito já adquirido, o que assegura ao menos alguma garantia às pessoas que vivem em união de fato, como é o caso dos benefícios fiscais, sociais e

trabalhistas, por exemplo; segundo, porque como explanado, nosso objetivo quando da produção desse trabalho era discorrer sobre a questão sucessória que envolve o instituto e que entendemos que não pode ser negado. Nesse quesito, julgamos que alcançamos nosso objetivo.

Assim sendo, optamos por manter os direitos presentes na Lei nº 7/2001 que não foram estudados por nós.

Entendemos também que uma vez que definimos a necessidade de se formalizar a união de fato em sede de conservatória de registos civis, e em consequência estipulamos um regime de bens para regular a vida em comum, inclusive na sucessão por morte, entendemos que seja necessário abordarmos a questão da partilha desses bens sejam em eles em decorrência da dissolução da união de fato ou da sucessão, contudo, deixaremos esse aspecto para ser aprofundado em outro estudo.

Feitas essas considerações apresentamos um projeto de lei constando as alterações que julgamos ser necessárias não só no Código Civil Português, como também na Lei nº7/2001

Assim, modestamente, sugerimos a revogação da Lei supramencionada em vigor, que encontra-se defasada, e a sua substituição pela proposta de projeto abaixo apresentada, onde consagramos uma proteção mais adequada e que reflita melhor a realidade das famílias em união de fato.

4.5 Da Proposta de Projeto de Lei para Estabelecer Proteção Adequada às Pessoas que Vivem em União de Fato.

PROJETO DE LEI

Estabelece proteção adequada aos membros da família em união de fato

CAPÍTULO I – Disposições Gerais

Artigo 1º - (Âmbito)

A presente lei visa ampliar a proteção legal à família constituída através da união de fato, garantindo a sua adequada proteção tanto no que concerne aos direitos pessoais quanto patrimoniais.

Artigo 2º - (Fontes das relações jurídicas familiares)

A alteração do artigo 1576º do Código Civil para incluir a união de fato como uma relação jurídica familiar.

Artigo 1576º (Fontes das relações Jurídicas Familiares)

São fontes das relações jurídicas familiares o casamento, a união de fato, o parentesco, a afinidade e a adoção.

Artigo 3º - (União de Fato)

A união de fato é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente de sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges.

Artigo 4º - (Exceções)

Impedem a atribuição de direitos ou benefícios, em vida ou por morte, fundados na união de facto:

- a) Idade inferior a 18 anos à data do reconhecimento da união de facto;
- b) Demência notória, mesmo com intervalos lúcidos, e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, salvo se a demência se manifestar ou a anomalia se verificar em momento posterior ao do início da união de facto;
- c) Casamento não dissolvido, salvo se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens;
- d) Parentesco na linha reta ou no 2.º grau da linha colateral ou afinidade na linha reta;
- e) Condenação anterior de uma das pessoas como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado contra o cônjuge do outro.

Artigo 5º (Do processo de constituição da união de fato)

1 – Qualquer conservatória do registo civil é competente para lavrar o registo de união de fato.

- a) O registo de união de fato deve ser requerido a área de residência de morada do casal.

2 – Aqueles que pretendem constituir união de fato devem declará-lo pessoalmente em uma conservatória do registo civil.

- a) Não se admite declaração de vontade por procuração

3 – A declaração deve conter os seguintes elementos:

- a) Nome completo, estado civil, idade, naturalidade e residência de ambos os companheiros;
- b) Nome completo dos pais;
- c) Nome e assinatura do funcionário da conservatória do registo civil;
- d) A referência do regime de comunhão de adquiridos;
- e) assinatura de ambos os companheiros.

Artigo 6º - (Dos documentos necessários par a constituição da união de fato)

- 1 – Documento Civil de identificação de ambos dos companheiros ou, sendo estes estrangeiros, título ou autorização de residência, passaporte ou documento equivalente
- 2 – Certidão de divórcio, ou comprovação judicial de pessoas e bens, quando aplicável

Artigo 7º - (Da prova da união de fato)

Constituem prova de união de fato:

- 1 - Declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;
- 2 – Prova de mesmo domicílio;
- 3 – Prova de encargos domésticos evidentes a existência de sociedade ou comunhão de vida;
- 4 – Conta bancária conjunta;
- 5 – Registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do assegurado;
- 6 – Na falta de disposição legal ou regulamentar que exija prova documental específica, a união de facto prova-se por qualquer meio legalmente admissível.
- 7 – No caso de se provar a união de facto por declaração emitida pela junta de freguesia competente, 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, e de certidões de cópia integral do registo de nascimento de cada um deles.
- 8 – Caso a união de facto se tenha dissolvido por vontade de um ou de ambos os membros, aplica-se o disposto no número anterior, com as necessárias adaptações, 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.
- 9 – No caso de morte de um dos membros da união de facto, a declaração emitida pela junta de freguesia atesta que o interessado vivia em união de facto com o falecido, à data do falecimento, acompanhada de certidão de cópia integral do registo de nascimento do interessado e de certidão do óbito do falecido.
- 10 – As falsas declarações são punidas nos termos da lei penal.

Artigo 8º - (Da Dissolução da União de Fato)

1. A união de fato dissolve-se:
 - a) Com o falecimento de um dos membros;
 - b) Por vontade de um dos seus membros;

c) Com o casamento de um dos membros.

2. A dissolução prevista na alínea b) do número anterior apenas tem que ser judicialmente declarada quando se pretendam fazer valer os direitos que dependam dela.

CAPÍTULO II – Direito de Família

Seção I – Efeitos da união de fato quanto à pessoas e bens do casal

Artigo 9º - (Igualdade dos membros)

Igualdade dos companheiros no seio familiar

1. A união de fato baseia-se na igualdade de direitos e deveres do casal.
2. A direção da família pertence a ambos os companheiros, que devem acordar sobre a orientação da vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro.

Artigo 10º - (Dos deveres)

Ambos companheiros, estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

Artigo 11º - (Da residência familiar)

1. Os companheiros devem escolher de comum acordo a residência da família, atendendo, nomeadamente, às exigências da sua vida profissional e aos interesses dos filhos e procurando salvaguardar a unidade da vida familiar.
2. Salvo motivos ponderosos em contrário, os companheiros devem adotar a residência da família.
3. Na falta de acordo sobre a fixação ou alteração da residência da família, decidirá o tribunal a requerimento de qualquer dos companheiros.

Artigo 12º - (Do dever de cooperação)

O dever de cooperação importa para os cônjuges (e companheiros) a obrigação de socorro e auxílio mútuos e a de assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram.

Artigo 13º - (Do dever de assistência)

1. O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar.

2. O dever de assistência mantém-se durante a dissolução da união de fato se esta não for imputável a qualquer dos companheiros.

3. Se a dissolução da união de fato for imputável a um dos companheiros, ou a ambos, o dever de assistência só incumbe, em princípio, ao único ou principal culpado; o tribunal pode, todavia, excepcionalmente e por motivos de equidade, impor esse dever ao companheiro inocente ou menos culpado, considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração que o outro companheiro tenha prestado à economia do casal.

Artigo 14º - (Dever de contribuição para os encargos da vida familiar)

1 - O dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os companheiros, de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido, por qualquer deles, pela afetação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos.

2 - Se a contribuição de um dos companheiros para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no número anterior, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse companheiro tem direito de exigir do outro a correspondente compensação.

3 - O crédito referido no número anterior só é exigível no momento da partilha dos bens do casal.

4. - Não sendo prestada a contribuição devida, qualquer dos companheiros pode exigir que lhe seja diretamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar.

Artigo 15º - (Do Direito ao nome)

1. Cada um dos companheiros conserva os seus próprios apelidos, mas pode acrescentar-lhes apelidos do outro até ao máximo de dois.

2. A faculdade conferida na segunda parte do número anterior não pode ser exercida por aquele que conserve apelidos do cônjuge (ou companheiro) de anterior casamento (ou união de fato).

Artigo 16º - (Da nacionalidade)

O estrangeiro que, à data da declaração, viva em união de fato há mais de três anos com nacional português pode adquirir a nacionalidade portuguesa, após ação de reconhecimento dessa situação a interpor no tribunal cível (nos termos do artigo 3º, nº 3 da Lei nº. 2/2006)

Artigo 17º - (Do patrimônio comum)

1. Os bens adquiridos por qualquer um dos companheiros, com exceção dos bens considerados próprios no regime da comunhão de adquiridos das pessoas unidas pelo casamento, presumem-se comuns, participando aqueles por igual, nesse patrimônio.
2. A presunção estabelecida no artigo item anterior é ilidível quer quanto à comunicabilidade dos bens, quer quanto ao quinhão de cada um dos companheiros, par a fixação do qual se deverá também ter em conta a sua contribuição para os encargos da vida familiar.

Artigo 18º - (Imutabilidade do regime de bens)

Fica vedado aos casais que vivam em união de fato celebração entre eles de qualquer negócio jurídico que vise alterar o regime de bens convencionado por esta lei.

Artigo 19º - (Da administração dos bens do casal)

A administração dos bens próprios ou comuns do casal rege-se, no que couber, o estabelecido nos artigos 1678º, 1679º, 1680º e 1681º do Código Civil

Artigo 20º - (Da alienação ou oneração de imóveis e do direito ao arrendamento)

A alienação ou oneração de bens móveis, imóveis, incluindo estabelecimentos comerciais, bem como o arrendamento, aplicam-se no que couber o disposto nos artigos 1682º e seguintes do Código Civil.

Artigo 21º - (Da comunicabilidade e da transmissão em vida)

- 1 - Incidindo o arrendamento sobre casa de morada de família, o seu destino é, em caso de dissolução da união, decidido por acordo dos companheiros, 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 fatores 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.

Artigo 22º - (Da casa de morada de família)

1. Pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos companheiros, 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 companheiros e o interesse dos filhos do casal.

2. O arrendamento previsto no número anterior fica sujeito às regras do arrendamento para habitação, mas o tribunal pode definir as condições do contrato, ouvidos os companheiros, e fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem.

3 - O regime fixado, quer por homologação do acordo dos companheiros, quer por decisão do tribunal, pode ser alterado nos termos gerais da jurisdição voluntária.

Artigo 23º – (Forma de consentimento)

À forma de consentimento, nos casos em que é legalmente exigido, e seu suprimento, aplica-se o disposto no artigo 1684º do Código Civil

Artigo 24º - (Do início e da cessação dos efeitos pessoais e patrimoniais)

1. As relações patrimoniais entre os casais em união de fato se iniciam com a obtenção do documento de constituição da união de fato emitido pelas conservatórias de registos civis ou por sentença judicial de reconhecimento de união de fato.

2. A cessação dos efeitos mencionados no item anterior cessão com a efetiva dissolução da união de fato também decretada pelas conservatórias de registos civis ou por sentença judicial.

Artigo 25º - (Das disposições para depois da morte)

Às disposições para depois da morte, são aplicáveis o disposto no artigo 1685º do Código Civil.

CAPÍTULO III – Direito das Sucessões

Artigo 26º - (Categoria de herdeiros legítimos)

São herdeiros legítimos o cônjuge, o companheiro, os parentes e o Estado, pela ordem e segundo as regras constantes do presente título.

Artigo 27º - (Classe de sucessíveis face a união de fato)

1. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união de fato, nas condições seguintes:

a) Se concorrer com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuído a cada filho; a quota parte do companheiro, porém, não pode ser inferior a uma quarta parte da herança;

b) Se concorrer com ascendente, terá direito a duas terças partes;

c) Se concorrer com Irmãos e seus descendentes; o companheiro fará a jus à totalidade da herança com relação aos bens comum do casal, deixando os bens próprios do *de cujos* para serem partilhados pelos irmãos e seus descendentes, conforme estabelecido pelo Código Civil.

d) A regulamentação prevista na alínea superior também se aplica nos casos em que o companheiro concorrer com os ouros colaterais até o quarto grau.

e) Não havendo parentes sucessíveis, terá o companheiro direito à totalidade da herança, incluindo os bens próprios do *de cujos*.

2. O companheiro sobrevivente integra a primeira classe de sucessíveis, salvo se o autor da sucessão falecer sem descendentes e deixar ascendentes, caso em que integra a segunda classe.

3. O companheiro não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão já tenha se operado a dissolução da união ou se este se encontrar separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do n.º 3 do artigo 1785.

Artigo 28º - (Preferência de classe, grau de parentesco e sucessão por cabeça)

As regras previstas nos artigos 2134º, 2135º e 2136º do Código Civil devem ser aplicadas no caso de sucessão na união de fato.

Artigo 29º - (Da sucessão legítima)

Os membros da união de fato são herdeiros legítimos, nos mesmos termos dos cônjuges, sendo a sua legítima e dos restantes dos seus herdeiros legítimos determinada segundo as circunstâncias, pelas regras definidas nos artigos 2159º, 2160º, 2161º e 2162º do Código Civil.

Artigo 30º - (Da Deserção)

É aplicável aos membros da união de fato o regime estabelecido nos artigos 2166º e 2167º do Código Civil.

Artigo 31º - (Proteção da casa de morada de família em caso de morte)

1 - Em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada da família e do respectivo recheio, o membro sobrevivente pode permanecer na casa, pelo prazo de cinco anos, como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio.

2 - No caso de a união de facto ter começado há mais de cinco anos antes da morte, os direitos previstos no número anterior são conferidos por tempo igual ao da duração da união.

3 - Se os membros da união de facto eram comproprietários da casa de morada da família e do respectivo recheio, o sobrevivente tem os direitos previstos nos números anteriores, em exclusivo.

4 - 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 encontra, por qualquer causa.

5 - Os direitos previstos nos números anteriores 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.

6 - O direito real de habitação previsto no n.º 1 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.

7 - Esgotado o prazo em que beneficiou do direito de habitação, o membro sobrevivente 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.

8 - No caso previsto no número anterior, na falta de acordo sobre as condições do contrato, o tribunal pode fixá-las, ouvidos os interessados.

9 - O membro sobrevivente tem direito de preferência em caso de alienação do imóvel, durante o tempo em que o habitar a qualquer título.

10 - Em caso de morte do membro da união de facto arrendatário da casa de morada da família, o membro sobrevivente beneficia da proteção prevista no artigo 1106.º do Código Civil.

CAPÍTULO IV – Disposições finais e transitórias

Artigo 32º - (Outros efeitos)

As pessoas que vivem em união de facto nas condições previstas na presente lei têm direito a:

- a) Proteção da casa de morada de família, nos termos da presente lei;
- b) Beneficiar do regime jurídico aplicável a pessoas casadas em matéria de férias, feriados, faltas, licenças e de preferência na colocação dos trabalhadores da Administração Pública;
- c) Beneficiar de regime jurídico equiparado ao aplicável a pessoas casadas vinculadas por contrato de trabalho, em matéria de férias, feriados, faltas e licenças;
- d) Aplicação do regime do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares nas mesmas condições aplicáveis aos sujeitos passivos casados e não separados de pessoas e bens;

e) Proteção social na eventualidade de morte do beneficiário, por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social e da presente lei;

f) Prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, por aplicação dos regimes jurídicos respectivos e da presente lei;

g) Pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País, por aplicação dos regimes jurídicos respectivos e da presente lei.

2 - Nenhuma norma da presente lei prejudica a aplicação de qualquer outra disposição legal ou regulamentar em vigor tendente à proteção jurídica de uniões de facto ou de situações de economia comum.

3 - Ressalvado o disposto no artigo 34º da presente lei, e no n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, qualquer disposição em vigor tendente à atribuição de direitos ou benefícios fundados na união de facto é aplicável independentemente do sexo dos seus membros.

Artigo 33º - (Regime de acesso às prestações por morte)

1 - O membro sobrevivente da união de facto beneficia dos direitos previstos nas alíneas e), f) e g) do artigo 32º, independentemente da necessidade de alimentos.

2 - A entidade responsável pelo pagamento das prestações previstas nas alíneas e), f) e g) do artigo 3.º, quando entenda que existem fundadas dúvidas sobre a existência da união de facto, deve promover a competente ação judicial com vista à sua comprovação.

3 - Exceção-se do previsto no n.º 2 as situações em que a união de facto tenha durado pelo menos dois anos após o decurso do prazo estipulado no n.º 2 do artigo 1.º

Artigo 34º - (Adopção)

Nos termos do atual regime de adoção, constante do livro IV, título IV, do Código Civil, é reconhecido a todas as pessoas que vivam em união de facto nos termos da presente lei 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

Artigo 35º - (União de Fato já constituída)

A presente lei aplica-se também às uniões de fato já constituídas e não dissolvidas no momento da sua entrada em vigor.

Artigo 36º - (Revogação)

É revogada a Lei nº7/2001, de 11 de maio.

Artigo 37º - (Entrada em vigor)

1. A presente Lei entra em vigor na data da sua publicação.
2. As normas relativas ao regime de bens e administração de bens, entram em vigor no prazo de 180 dias, durante o qual os casais em união de fato poderão celebrar a convenção prevista no artigo 5º.

CONCLUSÃO

Meditando sobre o tema e aspectos apresentados nos primeiros capítulos desta obra é ululante que ao longo da história o direito de família passou por grandes modificações e evoluções. Por todo o exposto, ressaltamos que não tínhamos a menor pretensão de esgotar o tema com a apresentação desse trabalho, em virtude de sua vastidão, nosso objetivo, que acreditamos ter sido cumprido era demonstrar que independente das evoluções sofridas, o instituto da união de fato ainda se encontra desprotegido pelo ordenamento jurídico português.

Destarte, entendemos que é digna e devida a caracterização da união de fato como uma entidade familiar, sobrelevando a necessidade do legislador em encontrar um equilíbrio no que concerne a resguardar os direitos das pessoas que vivem nessa comunhão de vida em comum.

Vislumbramos e apontamos uma brecha encontra na Constituição Portuguesa, mais precisamente no que diz respeito a redação do artigo 36º, nº 1, que consagram dois direitos distintos, o de constituir família e o de contrair casamento. Principalmente se considerarmos que a CRP não define em seu texto o conceito de família, e nem poderia, visto que o instituto sofre transformações constantes em decorrência das modificações socioculturais existentes, o que acarreta na criação de novos modelos, como a família homo afetiva, a monoparental e a anaparental, por exemplo.

O mais próximo que conseguimos chegar da definição do conceito de família foi da análise das relações familiares dispostas no Código Civil. Corroborando com esse entendimento trouxemos o que dispõe a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Europeia dos Direito do Homem, que abordam o mesmo entendimento no que tange a proteção desses dois direitos distintos.

Entrando na consagração desses direitos, desde o início deste trabalho estamos defendendo o posicionamento de que embora a união de fato e o casamento sejam relações familiares, estamos diante de dois institutos jurídicos diferentes, e por tanto, merecem proteção de legislativas distintas, nessa máxima, os direitos dos companheiros não devem ser equiparados aos das pessoas casadas, e por tanto, não há que se invocar o princípio da igualdade previsto na RCP. Contudo, em determinadas situações vislumbramos a necessidade de fazer equiparações para compor o conflito existente.

“Dois casos dizem-se análogos quando neles se verifique um conflito de interesse paralelo, isomorfo ou semelhante – de modo a que o critério valorativo adoptado pelo

legislador para compor esse conflito de interesses num dos casos seja por igual ou maioria de razão aplicável ao outro”²²¹.

Considerando essa máxima é que fizemos algumas equiparações de direitos expostas nessa obra no que tange aos efeitos pessoais e patrimoniais.

No que se refere às questões pessoais, a equiparação gira basicamente em torno do respeito, fidelidade e assistência mútuos. E foram equiparados no que concerne ao respeito, por entendermos que é um princípio básico e fundamental para toda e qualquer relação, seja ela uma relação amorosa, relação entre pais e filhos, entre outros parentes não importando o grau, inclusive em relações trabalhistas. Estamos passando por um momento social onde o poder fala mais alto, e aqueles que se sentem mais privilegiados se acham no direito de desrespeitar ou submeter o dependente a situações embaraçosas. Assim, para rechaçar esse tipo de comportamento, optamos pela extensão desse efeito à união de fato.

A mesma premissa se apresenta no que se refere ao direito dever de fidelidade, ao qual também entendemos que deva estar presente em todas as relações amorosas, independente da sua classificação. Ao que se estende aos companheiros.

Com relação ao dever de assistência e cooperação, entendemos que a partir do momento em que o casal decide viver juntos, ambos precisam colaborar para edificação do lar, sejam em questões financeiras, sejam com relação a criação dos filhos.

Já no que concerne a produção de efeitos patrimoniais, ao qual defendemos a estipulação de um regime de bens específico para regular a relação e consequentemente a partilha no caso de dissolução da união e de morte de um dos companheiros, o principal motivo que nos impulsionou a igualar aos direitos aos dos cônjuges se baseia no fato de que nessas situações de dissolução e morte do companheiro, são as mulheres das classes mais desfavorecidas as mais atingidas.

“Se é verdade que a lei deve respeitar a liberdade daqueles que optaram, por uma ou outra razão, pela constituição da família sem sujeição às regras jurídicas da família baseada no casamento, a verdade também é que se constata algumas vezes que se renuncia a essa liberdade para aceder ao regime patrimonial com uma única finalidade de obter benefícios de caráter patrimonial. E é verdade também que a lei não cuida de preservar a liberdade e os direitos das famílias em união de fato”²²².

Corroborando com esse posicionamento se pronunciou Coelho e Oliveira:

²²¹ MACHADO, J. Baptista *apud* DIAS, Cristina M. Araújo – **Op. Cit.** p. 465.

²²² Texto retirado da exposição de motivos constante no Projeto de Lei nº. 384/VII.

“[...] e apesar de o modelo matrimonial continuar a ser o preferido pela sociedade e pelas suas leis, o Estado não pode hoje ignorar e desprezar os cidadãos que geram situações de necessidade por virtude das escolhas que fizeram; ou que, simplesmente, inaptos para fazerem escolhas, se encontram em situação de carência importante.”²²³

Independente de qual seja o motivo que impulsionou os casais a optarem pela união de fato ao casamento, o que não podemos conceber é que não sejam resguardados direitos e garantias para essa união.

Diversas foram as tentativas de melhor regular a matéria da união de fato, não só no que tange ao reconhecimento da união de fato como uma fonte de relação familiar, mas também na garantia de direitos, ao qual citamos os Projetos de Lei nº. 290/VII, nº 295/VII, nº 338/VII, nº 384/VII e o nº6/VIII.

Para que pudéssemos enriquecer ainda mais a obra, trouxemos também a forma como outros países, no caso o Brasil, abordam a matéria. Sabemos que em algumas situações a legislação de outros países servem de inspiração para a elaboração de uma nova redação legislativa.

Sobre a caracterização da união de fato como fonte de relação familiar, diz Coelho e Oliveira:

“A união de facto é a relação cuja qualificação como relação familiar tem sido mais controvertida; embora seja razoável pensar que, se não for considerada ainda como tal, parece estar a caminho de consolidar essa natureza.”²²⁴

Rosa Cândido Martins, vai mais adiante, ela trás um “novo” conceito de casamento, já que o casamento possui uma intervenção muito marcante do Estado, e a união de fato predomina a autonomia do casal, por essa razão entende que no futuro haverá de ser buscar um equilíbrio dentro dos dois institutos até o ponto em que a diferença entre eles seja sutil, e culmine um novo tipo de casamento²²⁵.

Por todo o exposto, ressaltamos que temos ciência de que estamos diante de um tema polêmico e que este trabalho está longe de ser uma obra acabada e entendemos que ainda há um longo caminho a percorrer e muito para se investigar, caminho este que pretendemos continuar seguindo. Neste contexto, esperamos que obra traga contribuições significativas ao

²²³ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme **Curso de Direito da Família**. Vol I. 5ª Ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1167-9. p. 69-70

²²⁴ *Idem* – **Op. Cit.** 58.

²²⁵ MARTINS, Rosa Cândido – Morte do Casamento: Mito ou Realidade. In OLIVEIRA, Guilherme de, Coord. – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1113-6. p. 219-233.

direito de família português e o Direito Sucessório e ansiamos pela regulamentação adequada do tema.

FONTES DOCUMENTAIS

Portugal

CARTA Constitucional de 1826. [em linha]. Portugal. (29-04-1826). [Consult. 2 Fev. 2018].

Disponível em <http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1533.pdf>

CARTA de Lei de 1 de Julho de 1867 – Código Civil Portuguez [em linha]. Portugal. (01-07-1867). [Consult. 03 Abr. 2015]. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>

CÓDIGO de Direito Canónico. 4ª Ed. Lisboa: 1983. ISBN 978-972-39-0098-9.

CONSTITUIÇÃO Política Da República Portuguesa de 1911. [em linha]. Portugal. (21-08-1911). [Consult. 2 Fev. 2018]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1911.pdf>

CONSTITUIÇÃO Política da República Portuguesa de 1933. [em linha]. Portugal. (11-04-1933). [Consult. Fev. 2018]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1933.pdf>

CONSTITUIÇÃO Portuguesa de 1822. [em linha]. Portugal. (23-09-1822). [Consult. 02 Fev. 2018]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp-1822.pdf>

CONSTITUIÇÃO Portuguesa de 1838. [em linha]. Portugal. (24-04-1838). [Consult. 2 Fev. 2018]. Disponível em <http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1058.pdf>

DECRETO nº 1839/1907 – Regula o Deferimento da Herança no Caso de Sucessão Ab Intestato. [em linha] Brasil. (31-12-1907). [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>

DECRETO-Lei nº 47.344/66 – Código Civil [em linha]. Portugal. (25-11-1966). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

LEI nº 37/1981 – **Lei da Nacionalidade**. [em linha]. Portugal. (03-10-1981). [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=614&tabela=leis&so_miolo

LEI nº. 135/99 – **Adopta Medidas de Protecção a União de Facto**. [em linha]. Portugal. (28-08-1999). [Consult. 25 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=898&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miole

LEI nº 7/2001 – **Protecção das Uniões de Facto** [em linha]. Portugal. (11-05-2001). [Consult. 24 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=901&tabela=leis

LEI nº. 1/2005 – **Constituição da República Portuguesa: VII Revisão Constitucional de 2005**. [em linha]. Portugal. (02-04-1974). [Consult. 23 Set. 2015]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

LEI nº 2/2006 – **Quarta Alteração à Lei nº. 37/81 de 3 de outubro (Lei da Nacionalidade)**. [em linha]. Portugal. (17-04-2006). [Consult. 20 Fev. 2018] Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=735&tabela=leis&so_miolo

LEI nº 48/2007 - **Quarta alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (Procriação medicamente assistida)**. [em linha]. Portugal. (25-07-2017). [Consult. 10 Mar. 2018] Disponível em https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/107745743/details/normal?p_auth=1V0m3DIA

LEI nº 9/2010 – **Permite o Casamento Civil entre Pessoas do Mesmo Sexo** [em linha]. Portugal. (31-05-2010). [Consult. 24 Set. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1249&tabela=leis

LEI nº 23/2010 - **Primeira alteração à Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que adopta medidas de protecção das uniões de facto, terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 322/90, de 18**

de Outubro, que define e regulamenta a protecção na eventualidade da morte dos beneficiários do regime geral de segurança social, 53.^a alteração ao Código Civil e 11.^a alteração ao Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de Março, que aprova o Estatuto das Pensões de Sobrevivência. [em linha]. Portugal. (30-08-2010). [Consult. 11 Mar 2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=1262&pagina=1&ficha=1

Brasil:

LEI nº 3.071/16 – **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** [em linha]. Brasil. (01-01-1916). [Consult. 24 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm

LEI nº 8.971/94 – **Regula o Direito dos Companheiros a Alimentos e à Sucessão** [em linha]. Brasil. (29-12-1994). [Consult. 24 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm

LEI nº 9.278/96 – **Regula o § 3º do Artigo 226 da Constituição Federal** [em linha]. Brasil. (10-05-1996). [Consult. 24 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm

LEI nº. 10.406/2002 – **Código Civil.** [em linha]. Brasil. (10-01-2002). [Consult. 22 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

LEI nº 12.010/2009 – **Dispõe sobre a Adoção** [em linha]. Brasil. (03-08-2009). [Consult. 11 Nov. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm

SUMULA 380/64 – **Superior Tribunal Federal** [em linha]. Brasil. (12-05-1964). [Consult. 24 Set. 2015]. Disponível em <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/75/STF/380.htm>

PRESIDÊNCIA da República – **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** [em linha]. Brasil. (16-07-1934). [Consult. 28 Fev. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm

PRESIDÊNCIA da República – **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** [em linha]. Brasil. (10-11-1937) [Consult. 28 Fev. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm

PRESIDÊNCIA da República – **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** [em linha]. Brasil. (18-09-1946) [Consult. 28 Fev. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

PRESIDÊNCIA da República – **Constituição da República Federativa do Brasil** [em linha]. Brasil. (24-01-1967) [Consult. 28 Fev. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

PRESIDÊNCIA da República – **Constituição da República Federativa do Brasil** [em linha]. Brasil. (05-10-1988) [Consult. 28 Fev. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BIBLIOGRAFIA GERAL

ALVES, José Carlos Moreira - **Direito Romano**. Vol. II. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-1113-5.

_____ - **Direito do Genoma Humano**. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-3250-4.

_____ – **O Direito de Família Português: Algumas Características**. Atas das Jonadas de Direito Comparado Portugal/Marrocos, Jurismar, número especial. ISSN 2182-6900, Maio de 2014.

BONAVIDES, Paulo – O Direito Constitucional e o Momento Político. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 21, nº 81 (Jan. - Mar. 1984).

BAUMAN, Zygmunt – **Amor Líquido: Sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

CAMPOS, Diogo Leite de – **Nós. Estudo Sobre os Direitos das Pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 972-40-2155-6.

DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-6001-9.

EVANGELISTA, Anderson – Homossexual tem Direito de se Casar no Brasil. **Âmbito Jurídico** [em linha]. Rio Grande. XI, nº. 53 (mai. 2008). [Consult. 28 Fev. 2015]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2842

GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito Civil Brasileiro**. Vol. VI. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-14841-3.

LIMA, Domingos Sávio Brandão – Divórcio Romano versus Divórcio Canônico. **Revista de Informação Legislativa**. [Em linha]. No 89 (1986). p. 353. [Consult. 20 Dez. 2017]. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181684/000421291.pdf?sequence=3>

LÔBO, Paulo – **Direito Civil: Família**. 4ªEd. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-11521-7.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-115507-7.

NADER, Paulo – **Introdução ao Estudo do Direito**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PINHEIRO, Duarte; SOL, António; BRIGAS, Miriam; BARBOSA, Paula, MORAIS, Daniel – **O Direito das Famílias e das Sucessões no Código Civil Português de 1867: Uma Perspectiva do Século XXI/ Family and Succession Law in the Portuguese Civil Code of 1867: A 21st Century Approach**. Lisboa: AAFDL, 2008.

PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6763-6

RAMIÃO, Tomé D’Almeida – **O Divórcio e Questões Conexas Regime Jurídico Actual**. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-412-6.

REALE, Miguel - **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. – Direitos da Personalidade. **Âmbito Jurídico**. [em linha]. Rio Grande, XIII, n. 80 (Out. 2010). [Consult. 19 Dez. 2015]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8509

SOUSA, Miguel Teixeira – **O Regime Jurídico do Divórcio**. Coimbra: Almedina, 1991.

TARTUCE, Flávio – **Manual do Direito Civil**. 2ªed. São Paulo: Método. 2012. ISBN 978-853-09-3978-6.

VICENTE, Dário Moura – **Direito Comparado**. V. I. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-5453-7.

BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA

ALMEIDA, Geraldo da Cruz – **Da União de Facto: Convivência More Uxório em Direito Internacional Privado**. Lisboa: Pedro Ferreira, 1999. ISBN 0272000211931.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6742-1.

BELIVAQUA, Clóvis – **Direito das Sucessões**. São Paulo: Red Livros, 2010. p. 227.

BIANCO, Tatiani – O Direito Sucessório na União Estável. **Âmbito Jurídico** [em linha]. Rio Grande. XVI, nº 52 (Abr. 2008). [Consult. 26 Set. 2015]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2537

CAMPOS, Diogo Leite de – **Nós – Estudo Sobre o Direito das Pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 978-97-24-02155-3.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Monica Martinez de – A comunidade familiar. In OLIVEIRA, Guilherme de, Coord. – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1113-6.

_____. **-Lições de Direito das Sucessões**. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6873-2.

CARDOSO, Lizarb Cilindro – Família: Trajetória do Fenômeno social e sua perspectiva Jurídica. **Âmbito Jurídico** [em linha]. Rio Grande. XVII, nº 121 (Fev. 2014). [Consult. 26 set. 2015]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14416&revista_caderno=14

CHAVES, João Queiroga – **Casamento, Divórcio e União de Fato**. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-432-4.

COELHO, Fábio Ulhoa – **Curso de Direito Civil: Família – Sucessões**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-15961-7.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme – **Curso de Direito de Família**. Vol. I. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-1547-2.

_____ - **Curso de Direito da Família**. Vol I. 5ª Ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1167-9.

COELHO, Francisco Brito Pereira – Os Factos no Casamento e o Direito na União de Facto: Breves Considerações. In OLIVEIRA, Guilherme de, Coord. – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1113-6.

DIAS, Cristina M. Araújo – Da Inclusão Constitucional da União de Facto: Nova Relação Familiar. In **Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda**. Vol. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISSN 0870-3116

_____ - **Lições de Direito das Sucessões**. 3ª Ed. Coimbra, Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-55-12-1.

DINIZ, Maria Helena – **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. Vol. V. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08230-4.

DUARTE, David José Peixoto – Perspectivas Constitucionais da Família. In FELIX, Antônio Bragão; NAZARETH, Joaquim António Pantoja; RIBEIRO, Maria Teresa - **Traços da Família Portuguesa**. [S.l: s.n.], 1994. ISBN 972-27-0749-3.

FELIX, Antônio Bragão – Reflexões Sobre a Família no Limiar do Século XXI. In NAZARETH, Joaquim António Pantoja; RIBEIRO, Maria Teresa; DUARTE, David José Peixoto - **Traços da Família Portuguesa**. [S.l: s.n.], 1994. ISBN 972-27-0749-3.

FILHO, João Biazzo – Histórico Dos Direitos das Sucessões. **Revista Jus Navigandi**. [Em linha]. Teresina, ano 18, nº 3639 (jun. 2013). [Consult. 7 Mar. 2018]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/24714/historico-do-direito-das-sucessoes/1>

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. V. 7. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-14834-5.

_____- **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. V. 6. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-61788-9.

_____- **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. V. 6. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-14841-3.

_____- **Direito das Sucessões**. V. 4. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARIO, Caio da Silva Pereira – **Instituições de Direito Civil**. Vol. V. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7460-2.

MEALHA, Esperança Pereira – **Acordos Conjugais para Partilha dos Bens Comuns**. Lisboa: Almedina, 2004.

MIRANDA, Pontes – **Tratado de Direito de Família**. V. I. Campinas: Book Seller, 2001. ISBN 978-857-46-8078-1.

NETO, Renato Avelino de Oliveira – **Contrato de Coabitação na União de Fato – Confronto entre Direito Brasileiro e Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 978-972-40-2731.

NUNES, Andréa Ribeiro – Princípio da Afetividade no Direito de Família. **Âmbito Jurídico**. [em linha]. Rio Grande, XVII, n. 30 (nov. 2014). [Consult. 23 dez. 2015]. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15406&revista_caderno=14

PEREIRA, Virgílio Sá – **Direito de Família**. 2ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959.

PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**: direito de família. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. ISBN 853-09-1977-7.

PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6763-6

PITÃO, José António de França – **Uniões de Fato e Economia Comum**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4616-7.

SILVA, Danúbia Cantieri – Direito Sucessório da Companheira à Luz do Princípio da Isonomia. **Âmbito Jurídico** [em linha]. Rio Grande. XVI, nº 112 (Mai. 2013). [Consult. 28 Fev. 2015]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13216&revista_caderno=14

SOALHEIRO, Luiza Helena Messias – Família Paralela: Uma Análise à Luz do Pluralismo Familiar. **Âmbito Jurídico**. [em linha]. Rio Grande. XVI, nº 113 (Jun. 2013). [Consult. 26 Set. 2015]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13308&revista_caderno=14

SOARES, Carlos Ricardo – **Heranças e Partilhas: Guia**. 5ªed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN: 978-972-40-6514-4.

VENOSA, Silvio de Salvo - **Direito Civil: Direito de Família**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. ISBN: 85-224-3978-8.