



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

A UNIÃO DE FACTO E O CASAMENTO: UMA
PERSPETIVA PERSONALISTA

Dissertação apresentada para obtenção do grau
de Mestre em Direito na especialidade de
Ciências Jurídicas.

Candidata: Céu Ferreira Carvalho Papagaio Pimentel

Orientador: Prof. Doutor Diogo Leite de Campos

Lisboa, Março de 2018

Dedicatória

Dedico este trabalho ao Divaldo, Haroldo, Humberto e especialmente ao meu pai pela sua insistência mesmo quando eu pensava que não podia ou não devia, sempre acreditou em mim e incentivou-me a realizar os meus sonhos.

Agradecimentos

Tantas são as direções que a vida nos proporciona, mas poucas são as estradas planas sem obstáculos livres de contratempo. Desta forma quero agradecer a Deus e todos que de uma forma ou outra, tornaram o caminho menos moroso de percorrer, dando-me forças para erguer-me quando me faltavam.

Um agradecimento muito especial, à minha família, ao meu marido e aos meus filhotes, pelo amor e apoio incondicional e por acreditarem em mim.

Ao Caló e a Lia, pelas horas passadas a estudar, sem o vosso apoio nada disto seria possível, muito obrigada de coração.

Ao Professor Doutor Diogo Leite de Campos, por não ter desistido de mim, pela sua sábia orientação, fonte de sabedoria e pronta disponibilidade na elaboração e celeridade deste trabalho, muito obrigada Professor Doutor, que Deus o abençoe sempre.

RESUMO

O tema tratado nesta dissertação é a relação entre a família, o casamento e a união de facto, ambas como formas de comunhão de vida, no ordenamento jurídico português. Em concreto, o trabalho incidirá sobre o fenómeno de equiparação legal da união de facto ao casamento, e os problemas de igualdade e intromissão do Estado na vida privada das pessoas que tal interferência legislativa implica.

Atualmente, a sociedade aceita vários tipos de formação de família, desde a tradicional assente no casamento instituído através de uma cerimónia pública reconhecida pelo Estado até à mera junção factual de duas pessoas que querem viver em conjunto.

Tem sido tendência legislativa equiparar as situações de facto – as chamadas uniões de facto- às situações formais- casamento, uma vez que a ambas está subjacente a realização de um objetivo existencial comum. Contudo, essa tendência não levou a equiparação completa entre casamento e união de facto, e o conceito de família continua a assentar no casamento em grande parte.

Conclui-se, que Portugal adota uma visão aberta da família, que permite a constituição de vários formas de família, mas que devido à conceção personalista e assente na dignidade da pessoa humana que perpassa os valores constitucionais, o casamento continua a ser a forma legal prioritária de constituição da família.

Palavras-chave: Família-casamento-união de facto-personalismo

ABSTRACT

The theme addressed in this dissertation is the relationship between family, marriage and de facto union, both as forms of communion due, in the Portuguese legal order. Specifically, the work will focus on the phenomenon of legal equality of marriage to marriage, and the problems of equality and state interference in the private life of the people that such legislative interference implies.

Nowadays, the society accepts various types of family formation, from the traditional marriage based on a public ceremony recognized by the State to the simple factual joining of two people who want to live together.

It has been a legislative tendency to equate de facto situations - the so-called de facto unions - to formal-marriage situations, since both underlie the achievement of a common existential objective. However, this trend has not led to a complete match between marriage and de facto marriage, and the concept of family continues to rest on marriage to a large extent.

It is concluded that Portugal adopts an open view of the family, which allows the constitution of several forms of family, but that due to the personalistic conception and based on the dignity of the human person that crosses the constitutional values, marriage continues to be the legal form Priority of family formation.

Key words: *Family-marriage-partnership union-personalism.*

LISTA DE ABREVIATURAS

EU - União Europeia

EUA - Estados Unidos da América

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TC - Tribunal Constitucional

TRC - Tribunal da Relação de Coimbra

MP - Ministério Público

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

ÍNDICE

Dedicatória	2
Agradecimentos.....	3
RESUMO	5
<i>ABSTRACT</i>	6
LISTA DE ABREVIATURAS.....	7
Citação	10
INTRODUÇÃO, OBJETO E MÉTODO	12
CAPÍTULO I - A FAMÍLIA NA MODERNIDADE	17
1.1. A evolução do conceito de família	17
1.2. “Pura” e Família “Negociada”	20
CAPÍTULO II – A FAMÍLIA NA LEI PORTUGUESA	27
2.1. Regulação e liberdade	27

2.2. A Família na lei portuguesa	32
2.3. As regras sobre a família em Portugal e os desafios culturais: a questão da família islâmica.....	35
2.4. O casamento e a união de facto na lei.....	41
2.5. A evolução da família na jurisprudência	48
2.6. A união de facto na jurisprudência	53
 CAPÍTULO III - AS DIFERENÇAS ENTRE O CASAMENTO E A UNIÃO DE FACTO E A PREVALÊNCIA LEGAL DO PRIMEIRO	 63
3.1. Recapitulação: Família, casamento e união de facto na lei e jurisprudência portuguesas	63
3.2. Personalismo. Um conceito transversal.....	73
 CONCLUSÕES.....	 81
 BIBLIOGRAFIA	 85

Citação

“Toda a doutrina social que visa destruir a família é má, e para mais inaplicável. Quando se decompõe uma sociedade, o que se acha como resíduo final não é o indivíduo, mas sim a família”.

Victor Hugo

INTRODUÇÃO, OBJETO E MÉTODO

A nossa dissertação vai incidir sobre as relações entre a união de facto e o casamento, na perspectiva das suas semelhanças e dos problemas constitucionais que a regulação destes institutos levanta.

Assim, o tema tratado será: "A união de facto e o casamento: uma perspetiva personalista". Em concreto, o trabalho incidirá sobre o fenómeno de equiparação legal da união de facto ao casamento, tendo subjacente que ambos constituem formas de realizar uma comunhão de vida, e os problemas aí levantados.

Atualmente, a sociedade aceita vários tipos de formação de família, desde a tradicional assente no casamento instituído através de uma cerimónia pública reconhecida pelo Estado até à mera junção factual de duas pessoas que querem viver em conjunto e realizar algo em comum.

Tem sido tendência legislativa equiparar as situações de facto – as chamadas uniões de facto- às situações formais- casamento, na medida em que ambas procuram concretizar o desiderato de uma comunhão de vida entre os participantes e nessa medida se distinguem do mero concubinato.

As famílias contemporâneas enfrentam uma série de problemas sem precedentes. Existe uma alteração significativa das formas de constituir família. O surgimento de uniões coabitantes, o aumento do divórcio e a fertilidade retardada do casamento são exemplos de mudanças na dinâmica da família. A multiplicidade de novas formas de família surge em resposta à mobilidade e às restrições demográficas, económicas e sociais.

As famílias hoje são mais frágeis do que no passado, com uma grande desigualdade nas oportunidades de vida, pobreza e bem-estar distribuída de forma desigual entre os vários grupos sociodemográficos. As necessidades das famílias estão a mudar ao longo da vida.

Todos estes fenómenos exigem respostas do Direito, enquanto ordem da vida social, abandonando o paradigma tradicional da família. Contudo, a resposta dada tem sido essencialmente tentar equiparar todas as novas formas de família ao paradigma tradicional. Paulatinamente, a união de facto vai-se tornando uma espécie de casamento *simplex*, ou de grau mitigado de casamento.

Acreditamos, que esta equiparação talvez não seja o desejável face à multiplicidade de formas e problemas que a família moderna enfrenta. Por isso, temos que verificar as implicações das normas na vontade que as pessoas têm de constituir família, que tipo de família e com quem. São estes os grandes pressupostos que a lei deverá obedecer numa sua concretização, ou de outro modo deverá adotar um conceito não neutro de família e impô-lo na sociedade?

Até que ponto se justifica que o Estado regule o casamento? Haverá atualmente alguma razão de peso para existir uma regulação legal acerca do casamento. A partir do momento em que o Estado passou a ser laico e independente da religião, não tem qualquer dever de proteger o casamento católico ou de qualquer outra religião. Compete às religiões regularem no seu interior as formas de união entre as pessoas. Por isso, poderão mesmo ser inconstitucionais as normas legais estatais que se debruçam sobre os casamentos católicos ou outros.

Além da invocação do tradicional artigo 13º da Constituição que proclama em modos amplos o princípio da igualdade, chame-se à colação o artigo 41º acerca da liberdade de consciência, de religião e de culto. Não tem o Estado que interferir na atividade e liberdade religiosa de cada um.

Mas, se o Estado não deve regular casamentos religiosos, apenas exigir o cumprimento de certos valores sociais para os aceitar na ordem civil, pode, obviamente, regular o casamento civil, aliás esta é a tendência legislativa. De um modo geral, considera-se que ao realizar um casamento religioso se realiza um casamento civil ou permite-se a realização de um casamento meramente civil.

O que é o casamento civil? Corresponde a uma declaração de vontade de duas pessoas que querem estar juntas. No fundo, é um contrato. E um contrato ligado essencialmente à vida privada das pessoas.

O que é que o Estado tem a ver com o facto de duas pessoas quererem estar juntas? Não será tal uma intromissão violadora da privacidade e intimidade de cada um?

Nos tempos atuais, o casamento não tem um significado religioso ou socialmente relevante - pode-se casar civil ou religiosamente, divorciar-se com facilidade, viver em união de facto ou não, há igualdade de filhos dentro e fora do casamento e por aí adiante. O casamento é uma declaração de vontade de duas pessoas passada a papel.

Nesta altura, em que é a esfera privada que predomina no contrato casamento, poderá não existir uma boa razão para o Estado interferir e regular este aspeto da intimidade. Assim, a instituição casamento poderá levantar questões de inconstitucionalidade por ofensa aos direitos das pessoas ligados à privacidade, intimidade e livre regulação da vontade. Com maioria de razão se coloca o problema em relação à união de facto.

A regulamentação legal levanta um duplo problema. Qual o sentido de regular uma relação que propositadamente foi deixada desregulada pelos seus intervenientes? Neste caso, por que equiparar a união de facto ao casamento, quando parece existir uma opção de não casamento. E a mesma questão se coloca ao nível do casamento. Até que ponto deve o Estado regular uma situação que diz respeito essencialmente à vida entre

duas pessoas? Esta a questão que hoje se coloca: qual o sentido e alcance da regulação legislativa do casamento e da união de facto na sociedade moderna?

Com o tema apresentado e realizada a delimitação da investigação que vamos proceder, enunciamos sumariamente, os objetivos que pretendemos alcançar:

Objetivo Geral:

- Entender o fundamento e os limites da intervenção normativa na regulação do casamento e da união de facto na sociedade moderna.

Objetivos Secundários:

- Conhecer as similitudes dos regimes legais do casamento e união de facto;
- Saber a relação entre a Constituição e o direito matrimonial;
- Perceber o alcance da autonomia privada no direito matrimonial.

São estes os objetivos que justificam o nosso trabalho.

A metodologia assentará na análise qualitativa da documentação relevante como legislação, sentenças dos tribunais, entre outros materiais disponíveis para a análise jurídica.

Difícilmente se pode negar, que a função dos juristas é acima de tudo interpretar textos e discutir sobre uma escolha entre interpretações divergentes. Desta forma, a doutrina jurídica é uma disciplina hermenêutica, da mesma forma como é, por exemplo, o estudo da literatura, ou em menor extensão, a história. Interpretação de textos tem sido

o núcleo da doutrina jurídica desde os tempos romanos. Numa disciplina hermenêutica, textos e documentos são o objeto principal de investigação. A sua interpretação, de acordo com métodos convencionais, é a principal atividade do investigador.

Aliada a esta conceção temos argumentação que é fundamental. Se metodologicamente seguimos estes passos na abordagem, seguimos a formulação clássica ensinada por Luís Fraga¹, que se traduz no seguinte:

- “Método Dedutivo, realizando uma cadeia de raciocínios que permitam chegar a conclusões lógicas.

No Procedimento:

- Método Dialético, procurando confrontar e sintetizar várias posições;
- Método Histórico, analisando a evolução da lei e sua aplicação;
- Método Comparativo, procurando soluções de diferentes ordenamentos jurídicos;
- Método Funcionalista, precisando as funções desempenhadas no contexto sistémico para cada um dos elementos legais”.

¹ - LUÍS FRAGA, - **Métodos de Investigação em Ciências Sociais** (Apontamentos). Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa, 2011.

CAPÍTULO I - A FAMÍLIA NA MODERNIDADE

1.1. A evolução do conceito de família

A família é uma das instituições fundamentais mais antigas da sociedade². E de acordo com Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos³, “É a família que humaniza o ser humano, fazendo a ponte para o ser com os outros através da demonstração do amor”.

Contudo, a família não teve sempre a mesma configuração. E se existe um discurso que prolifera acerca do “fim” da família ou da sua ruína, o facto é que esta está a sofrer uma profunda recomposição, apresentando-se hoje sobre várias formas⁴.

A família forma-se através da união de facto, sem recurso a um ato formal - o casamento. A família é monoparental; muitas vezes, há famílias reconstituídas que englobam elementos de outros casamentos, além da família homossexual que tem hoje em Portugal assento legal. Atualmente é aceite que não se pode pensar num paradigma da família. Não existirá um modelo dominante. Existem vários modelos e formas familiares. Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez Campos escrevem, “O Direito da família contemporâneo, modelado pela introdução dos direitos da pessoa enquanto liberdades ilimitadas, assenta numa ideia de “não-modelo” das relações familiares, abandonadas à vontade dos familiares, vontade eticamente neutral⁵”.

² - ANTONY GIDDENS, - **Sociologia**. FCG, Lisboa, 2000, p. 172

³ - DIOGO LEITE DE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, **Lições de Direito da Família**, Reimp. 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017. p. 13.

⁴ - ANTONY GIDDENS, op. cit., p. 174.

⁵ - DIOGO LEITE DE CAMPOS E MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, op. cit., p.19.

Como refere a socióloga Sandra Cunha:

“O que se defende hoje é que todas as diferentes formas de família ou agregados domésticos são igualmente válidos e que o modelo tradicional de família nuclear, constituído por uma unidade de duas gerações, não deve ser privilegiado sobre qualquer outra forma de vida doméstica, sejam elas famílias monoparentais, adoptivas, reconstituídas, sem filhos, etc...”⁶.

Classicamente, os casamentos selavam basicamente alianças familiares, e, estavam orientados para a inserção no modo de produção dominante.

Hoje a definição de família e o seu papel numa comunidade estão a ser desafiados e explorados⁷. A nova organização familiar, como qualquer outra, tem problemas e consequências. Essas consequências podem ser positivas e negativas, grandes e pequenas. Comunidades e nações são afetadas pelas famílias contemporâneas através de debates morais e económicos. Por sua vez, a comunidade política também é afetada pelas famílias. Muitos subtópicos encontrados na política, como casamento, aborto, violência doméstica, são vistos como questões separadas, contudo, esses tópicos podem ser encontrados diretamente associados à instituição família.

A fim de compreender os efeitos e as questões colocadas pela constituição de uma família, a definição de família deve ser esclarecida. A definição de família, varia de acordo com diferentes pontos de vista. As duas visões mais proeminentes são designadas como “tradicional” e “moderna”⁸. Uma família tradicional de acordo com os estereótipos e a filosofia popular é uma instituição patriarcal em que a estrutura consiste num pai

⁶ - SANDRA CUNHA, - **Todos juntos para sempre**. Representações e expectativas sobre a família e a adopção em crianças e jovens institucionalizados. Tese de Licenciatura. ISCTE. Portugal, 2005, p. 8-14.

⁷ - Ver por todos DIOGO LEITE DE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, - **Direito da Família**. Almedina, Coimbra, 2016.

⁸ - ANTONY GIDDENS, *idem*.

masculino, uma mãe fêmea, e crianças. A mãe nesta comunidade de discurso é vista como submissa ao pai, e as crianças aos seus pais. Os *media* retratam a família tradicional como a família "perfeita" em séries como “*Father Knows Best*” em que a mãe é sempre mostrada a cozinhar ou passar a ferro e o pai sempre a dar bons conselhos.

David Popenoe, acerca da transição da definição deste modelo “tradicional” para o chamado “moderno” escreveu, que⁹ o ponto em que algo deixa de ser uma família tradicional é uma questão de controvérsia. Assim, também, é o protótipo original. A família - protótipo mais comumente usada atualmente é um casal homem e mulher que vive junto com os seus filhos. Com este protótipo, grande parte do debate sobre a definição da família gira em torno da questão de se ainda existe uma família, se metade do casal sai, o casal não é casado, as crianças são removidas, ou alguns membros não vivem juntos. Na realidade, as famílias atuais, muitas vezes, já não são constituídas por homens e mulheres casados que vivem juntos com seus filhos, pelo que, um número de cientistas sociais já não considera este protótipo muito útil.

De acordo com Pauline Irit Erera¹⁰, nos Estados Unidos da América, 80 por cento dos *gays* e *lésbicas* vivem em unidades familiares e cerca de três milhões são pais.

A teóloga Rosemary Radford Ruether¹¹, reflete que nunca houve apenas uma forma de família. O próprio termo, de fato, requer definição porque abrange várias realidades distintas das relações sociais e económicas humanas, de parentesco e não-parentesco, dentro das famílias e também para além delas. Essas relações têm sido muito maleáveis nas sociedades humanas ao longo dos séculos, mudando para refletir

⁹ - DAVID POPENOE, - *Disturbing the Nest: Family Change and Decline in Modern Societies*. (Social Institutions and Social Change), 1998, p.5

¹⁰ - PAULINE IRIT ERERA, - *Family Diversity: Continuity and Change in the Contemporary Family*. (SAGE Sourcebooks for the Human Services), 2001, p. 160.

¹¹ - ROSEMARY RADFORD RUETHER, - *Christianity and the Making of the Modern Family*. New Beacon Press, 2001. P. 18.

diferentes funções desempenhadas por parentes e grupos familiares em relação à sociedade.

Os estereótipos e a realidade têm definições muito diferentes. Definir uma família é examinar os muitos tipos diferentes de relações que podem ocorrer.

Uma vez que os relacionamentos foram examinados, podem verdadeiramente ser categorizados como tradicionais ou modernos?

Rosemary Ruether¹², suporta a ideia de que a definição de uma família pode ser encontrada dentro dos domicílios, independentemente dos parentes ou não parentes que habitam juntos em casa. Popenoe¹³ (1988), afirma que uma família resulta da interação de quaisquer pessoas que vivam numa casa.

Pode afirmar-se, que a família estruturada tradicional (pais biológicos heterossexuais) não é a única estrutura familiar que funciona.

1.2. “Pura” e Família “Negociada”

Os sociólogos mais proeminentes têm procurado enquadrar as novas visões da família. Beck fala, de “individualização”¹⁴ - uma nova norma social em que nossos desejos individuais são mais importantes do que compromissos sociais, e isso torna o casamento menos provável.

¹² - Idem

¹³ - POPENOE, op. cit, p5

¹⁴ - Idem.

Giddens afirma, que o relacionamento típico hoje é o “Relacionamento Puro”¹⁵, que dura apenas enquanto ambos os parceiros estão felizes com ele, não por causa da tradição ou do senso de compromisso. Isso faz com que a coabitação e a monogamia em série sejam mais prováveis do que o compromisso a longo prazo de um casamento.

Giddens argumenta, que nas últimas décadas, a família e o casamento foram transformados por uma maior escolha e uma relação mais igualitária entre homens e mulheres¹⁶.

Giddens argumenta, que as relações são agora caracterizadas por três características gerais:

1. A base do casamento e da família transformou-se numa base em que o casal é livre para definir a relação em si, em vez de simplesmente atuar em papéis que foram definidos antecipadamente por lei ou tradição. Por exemplo, os casais de hoje podem optar por coabitar em vez de se casarem.

2. A relação típica é a "Relação Pura". Existe unicamente para satisfazer as necessidades dos parceiros e é provável que continue apenas enquanto tiver êxito. Casais ficam juntos por causa do amor, a felicidade da atração sexual, em vez da tradição, de um senso de dever ou para o bem das crianças.

3. Relacionamentos tornam-se parte do processo de autodescoberta ou autoidentidade. Tentando diferentes relacionamentos tornou-se parte do estabelecimento de quem somos e parte da nossa jornada de autodescoberta.

¹⁵ - ANTONY GIDDENS, op. cit., p. 180.

¹⁶ - Idem.

No entanto Giddens observa, que com mais escolha, os relacionamentos pessoais inevitavelmente tornam-se menos estáveis e podem ser terminados mais ou menos à vontade por qualquer parceiro¹⁷, e também, como vimos acima, que existem constrangimentos de várias ordens em relação ao estabelecimento de “Relações Puras”.

Ulrich Beck, apresenta uma visão semelhante à de Anthony Giddens. Beck argumenta, que agora vivemos numa "sociedade de risco", onde a tradição tem menos influência e as pessoas têm mais escolha. Como resultado, estamos mais conscientes do risco (desenvolvemos uma "consciência de risco") porque ter escolha significa que gastamos mais tempo calculando os riscos e recompensas de diferentes cursos de ação disponíveis. Esta visão aplica-se às opções em geral tomadas pelo indivíduo na sociedade, não apenas às ligadas ao casamento.

A sociedade de risco de hoje contrasta com a sociedade do passado com a sua família nuclear estável e papéis tradicionais de gênero. Beck argumenta, que embora a família patriarcal tradicional fosse desigual e opressiva, forneceu uma base estável e previsível para a família, definindo o papel de cada membro¹⁸. No entanto, a família patriarcal tem sido prejudicada por duas tendências.

- Maior Igualdade de Gênero - que desafiou a dominação masculina em todas as esferas da vida. As mulheres agora esperam igualdade no trabalho e no casamento.

- Maior individualismo - onde as ações das pessoas são mais influenciadas pelos cálculos de seu próprio interesse que por um senso de obrigação para com os outros.

Estas tendências levaram ao surgimento da “família negociada”. As “famílias negociadas” não estão em conformidade com a norma familiar tradicional, mas variam

¹⁷ - Idem.

¹⁸ ULRICH BECK, - *Pioneer in Cosmopolitan Sociology and Risk Society*. Munique. Springer, 2014, p.143 e ss.

de acordo com os desejos e expectativas dos seus membros, que decidem o que é melhor para eles por meio da discussão. Entram no relacionamento numa base de igualdade¹⁹. No entanto, a “família negociada “pode ser mais igual, mas é menos estável”.

Contudo, quer Anthony Giddens²⁰, quer Ulrich Beck²¹ reconhecem, que as pessoas têm mais opções em termos dos seus relacionamentos e arranjos familiares, mas não acreditam que sejam tão livres quanto se possa sugerir.

Ainda existem padrões subjacentes, e experiências compartilhadas de relacionamentos que são uma consequência da nossa vida numa sociedade 'tardo-moderna' - em vez de existirem apenas famílias diversas e aleatórias.

Por exemplo, as pessoas são menos propensas a se casar por causa de mudanças estruturais. A igualdade de género significa, que ambos os parceiros têm que trabalhar e gastar mais tempo a construir as suas carreiras, o que significa que a pessoa média tem menos tempo para gastar para fazer um trabalho de relacionamento. Tal implica um declínio do casamento e um aumento no divórcio. Portanto, haver menos casamentos e mais divórcios resulta de efeitos sociais estruturais e não de opções livres das pessoas²².

Ulrich Beck²³ também argumenta, que o facto de menos pessoas se casarem é devido a um aumento da "consciência do risco", as pessoas veem que quase metade de todos os casamentos terminam em divórcio e por isso estão menos dispostas a assumir o risco e a casar. Isto não é simplesmente uma questão de liberdade de escolha, as pessoas são "reflexivas", olham para a sociedade, veem o risco do casamento, e em seguida,

¹⁹ - Idem

²⁰ - ANTHONY GIDDENS, op. cit., p. 185

²¹ - ULRICH BECK, op. cit. p. 146.

²² - ANTONY GIDDENS, op. cit. p, 183.

²³ - ULRICH BECK, op. cit. p. 147.

escolhem não se casar, suas decisões pessoais são informadas pelo que vislumbram na sociedade.

Face a esta nova definição de família, seja a “Relação Pura” de Giddens, seja a “Família negociada” de Beck o ordenamento jurídico tem que tomar uma posição.

Como vimos, a família tem grandes aspetos de diversidade, indefinição e liberdade de escolha, embora exista também a necessidade ou permanência de alguma estruturação e pressão social. Mas a família já não é o pilar estereotipado em que assenta a sociedade e a comunidade política, por isso, haverá dúvidas até que ponto o direito deve ou não interferir como um fenómeno multi-diverso como é a família atual.

No entanto, uma certeza tem que ficar, a família tem um objetivo, a comunhão de vida. Não é uma mera junção de corpos, mais ou menos aleatória, outrossim, a família será uma comunidade ético-material fundada no amor e na solidariedade²⁴.

²⁴ - DIOGO LEITE DE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ JARDIM, op. cit., p.16.

TABELA Nº 1 – CASAMENTOS NA UNIÃO EUROPEIA

REGISTOS

GRUPOS/PAÍSES	CASAMENTOS	
ANOS	1960	2014
UE28 - União Europeia (28 Países)	x	x
DE – Alemanha	689 028	385 952
AT – Áustria	58 508	x
BE – Bélgica	65 220	x
BG – Bulgária	68 952	24 596
CY – Chipre	x	x
HR – Croácia	36 761	19 501
DK – Dinamarca	35 897	28 331
SK – Eslováquia	32 179	26 737
SI – Eslovénia	14 013	6 571
ES – Espanha	236 877	160 256
EE – Estónia	12 146	6 220
FI – Finlândia	32 834	24 462
FR – França	319 944	x
GR – Grécia	58 165	53 105
HU – Hungria	88 566	38 780
IE – Irlanda	15 465	x
IT – Itália	387 683	189 765
LV – Letónia	23 365	12 515
LT – Lituânia	28 144	22 142
LU – Luxemburgo	2 236	1 657
MT – Malta	1 944	2 871
NL - Países Baixos	88 713	65 333
PL – Polónia	244 230	188 488
PT – Portugal	69 457	31 478
UK - Reino Unido	393 598	x
CZ - República Checa	74 173	45 575
RO – Roménia	197 654	118 075
SE – Suécia	50 149	53 051
IS – Islândia	1 309	x
NO – Noruega	23 651	23 462
CH – Suíça	41 574	41 891

Casamentos

Fontes de Dados: Eurostat | NU | Institutos Nacionais de Estatística - Recolha de Dados Rapid, Joint

Fonte: PORDATA

Última actualização: 2016-05-25

Comentário

A análise desta tabela comprova a análise sociológica acima enunciada. Tem havido com o decorrer dos anos uma tendência para desvalorizar o casamento como forma de constituir família. Contudo, essa desvalorização não corresponde a um apagamento.

CAPÍTULO II – A FAMÍLIA NA LEI PORTUGUESA

2.1. Regulação e liberdade

A Constituição portuguesa assinala no seu artigo 36.º, que:

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

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 adoção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respetiva tramitação”.

Fundamentalmente, garante o direito a constituir família, e contrair casamento, remetendo para a lei os efeitos do casamento. Jorge Miranda e Rui Medeiros²⁵, asseguram-nos, que esta norma representa uma atenção especial que a Constituição confere à família, e que pelo seu conteúdo e inserção a família se desdobra como um direito fundamental individual, e um elemento estruturante da vida em sociedade, estando por isso garantida institucionalmente. Desta dupla dimensão do papel da família, direito individual e estrutura institucional decorre que a sua regulamentação obedecerá sempre ao dever do Estado a proteger positivamente. Acrescentam estes autores que a Constituição impõe uma conceção personalista da família e do casamento²⁶.

A família tradicional assenta num núcleo composto por pai, mãe e filho/s²⁷. Habitualmente, espera-se que a família seja constituída através de um ato formal – o casamento, ou mesmo quando esse ato não existe, surgem manifestações/indícios que indicam uma vivência em comum, como partilha de casa, de meios de subsistência e o cumprimento de determinados comportamentos como a fidelidade e a ajuda mútua. Esta junção de vontades costuma surgir a partir da maioridade, que aliás é a altura em que a lei dá plena capacidade jurídica aos indivíduos²⁸. Este é o paradigma convencional da família.

De notar, que a Constituição do Estado Novo, que sufragou juridicamente a Ditadura Militar resultante do golpe de 28 de maio de 1926, tinha um Título integralmente dedicado à família, dispondo o seu artigo 11.º que o Estado deveria

²⁵ - JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, - **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Ed, Coimbra, 2010, p. 807

²⁶ - Idem.

²⁷ - SANDRA CUNHA, - **Todos juntos para sempre. Representações e expectativas sobre a família e a adoção em crianças e jovens institucionalizados**. Tese de Licenciatura. ISCTE. Portugal, 2005, p. 3

²⁸ - Artigo 1601.º, a) do Código Civil.

assegurar a constituição da família como elemento fundamental de toda a ordem política, adiantando o artigo 12.º, que a família assentava no casamento e na filiação legítima. Esta Constituição não era neutra em termos de família, e dava expressamente ao Estado a função e o poder de garantir a família através do casamento.

Como escreve Moisés de Lemos Martins²⁹, “Organizando a célula familiar, os lugares (do homem, da mulher e da criança) e as hierarquias que determinam a separação dos membros da família de acordo com as tarefas e os exercícios específicos, a disciplina ética fabrica um espaço; o complexo. Ela estabelece um espaço simultaneamente arquitetural (casa pequena e simples); funcional, pelo alinhamento obrigatório dos membros da família segundo o sexo; um espaço hierárquico, pela atribuição dos lugares de autoridade”. Há um propósito político na defesa e regulação legal da família no Estado Novo. Família que assenta no casamento formal.

A Constituição de 1976 não mantém uma disciplina tão rígida e um enfoque na ligação indelével entre família e casamento. Distingue família de casamento (cfr. os n.ºs 1 e 2 do artigo 36.³⁰) e não impõe que o casamento seja a única forma de constituir família. Contudo, não deixa de prestar extrema atenção à família, ao casamento e à sua importância social, daí autorizando, mesmo impondo a intervenção legislativa nestas matérias.

Gomes Canotilho e Vital Moreira, afirmam expressamente, que a norma constitucional sobre a família não abrange apenas a família fundada no casamento mas também a família emergente das “comunidades constitucionalmente protegidas” – onde se insere a união de facto –, havendo, sequentemente, “uma abertura constitucional – se

²⁹ - MOISÉS DE LEMOS MARTINS, - Uma solidão necessária a ordem salazarista: a família como terapêutica nacional, disponível [em linha] em https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/23773/1/uma_solidao_necessaria_a_ordem_salazarista.pdf (consultado a 5-01-2017), 1986, p. 79

³⁰ - JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, - **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Ed, Coimbra, 2010, p. 809 e ss.

não mesmo uma obrigação – para conferir o devido relevo jurídico às uniões familiares de «facto»³¹. Contudo, relativamente à união de facto não surge qualquer referência explícita.

A lei nacional é exaustiva na regulação da família, constituindo um livro do Código Civil, o livro IV, artigo 1576.º e seguintes. Refira-se que o artigo 1576.º, coloca o casamento de imediato num patamar superior como forma adequada de constituir família ao dispor, “São fontes das relações jurídicas familiares, o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção”.

As uniões de facto estão reguladas de modo avulso, embora sejam de destacar duas normas: a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, atualizada pela Lei n.º 2/2016, de 29/02, denominada Lei da Proteção das Uniões de Facto e a Lei n.º 6/2001, de 11 de maio, atualizada pela Lei n.º 82-E/2014, de 31/12.

Escreve Tiago Cavaleiro³², face às leis atuais, “A união de facto consiste, pois, numa vivência em comum em condições análogas às dos cônjuges”. Há então uma progressiva aproximação entre casamento e união de facto. Aliás basta ver o artigo 1.º, n.º 2, da citada lei da proteção da união de facto que a define como “a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”.

Notam-se, assim, duas tendências legislativas claras. Uma no sentido de regular com detalhe o casamento em nome da sua relevância social, outra em legislar sobre a união de facto aproximando-a do casamento. A este propósito escreve Tiago Cavaleiro³³,

³¹ - J.J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4ª ed. revista, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 559-568.

³² - TIAGO CAVALEIRO, - **A união de facto no ordenamento jurídico português análise de alguns aspectos de índole patrimonial**. Dissertação de Mestrado, Coimbra, 2015, p. 6

³³ - TIAGO CAVALEIRO, op. cit. p. 13.

“nos últimos tempos tem-se assistido a uma diluição das diferenças tradicionais que se verificavam entre o casamento e a união de facto devido a uma certa tendência para a desregulação do casamento acompanhada, paralelamente, por um reconhecimento progressivo de efeitos jurídicos à convivência *more uxório*”.

Ora, são estas duas questões que queremos discutir e que contendem com a liberdade individual e a autonomia da vontade: a regulamentação exaustiva do casamento e a aproximação legislativa a ser efetuada presentemente entre casamento e união de facto, tendo em conta que em ambos os casos se pretende constituir uma comunhão de vida.

A liberdade individual não é um valor absoluto e é algo que vai sendo degradado ao longo do tempo, mas ainda assim está claramente consagrada no artigo 27.º, n.º 1 que afirma que todos têm direito à liberdade e segurança. Jorge Miranda e Rui Medeiros³⁴ escrevem, que “A liberdade é um momento absolutamente decisivo e essencial – para não dizer, o próprio e constitutivo modo de ser da pessoa humana”, ligado à liberdade encontra-se o chamado princípio do desenvolvimento da personalidade humana ligado à dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP e artigo 26.º, n.º 1).

Como ensina Oliveira Ascensão³⁵, “A realização da personalidade pressupõe liberdade. É esta a justificação última das várias liberdades que são legalmente reconhecidas. Mas esse não pode ser o conteúdo do direito ao desenvolvimento da personalidade, pois as liberdades são objecto de outras previsões constitucionais”. Acrescenta o ilustre professor, que “o desenvolvimento da personalidade não pode reduzir-se à resultante, qualquer que ela seja, das decisões de cada homem na condução da sua própria vida. Isso seria reduzir tudo a um caixilho, tornando o conteúdo vazio. Falando-se em desenvolvimento da personalidade pressupõe-se necessariamente que ao

³⁴ - JORGE MIRANDA, Op. cit., p. 637.

³⁵ - JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, - **A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque”**. Lisboa, AAFDL, 2010, p. 234

homem, na sua liberdade e responsabilidade, cabe formar-se a si mesmo, desenvolvendo potencialidades que traz consigo. O que implica que se pressuponha que a personalidade “desenvolvida” é uma realidade positivamente valorada, e, portanto uma personalidade que não resulta do arbítrio ou descaso do sujeito, mas que lhe é proposta por natureza como um fito condutor a realizar”.

Ora, a questão que se coloca é a da concatenação destes princípios com as regulações matrimoniais num tempo de diversidade familiar. E esta será a base teórica sobre a qual trabalharemos.

Tentaremos então compatibilizar o princípio da liberdade e do desenvolvimento da personalidade que originam a multiforme familiar do presente com as extensas regulações que existem sobre o casamento e a união de facto e perceber se existe alguma inconstitucionalidade relevante nesta regulamentação, bem como tentaremos perceber da melhor forma qual a compaginação adequada entre casamento e união de facto.

2.2. A Família na lei portuguesa

Como acima referido, a lei portuguesa é muito exaustiva ao nível da regulação do casamento, quer a nível constitucional, quer a nível legal. Constitucionalmente, estabelece parâmetros para a constituição e organização da família.

As regras da norma fundamental em termos de família são as previstas no artigo 36.º e resumem-se ao seguinte:

- i) Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento;
- ii) A família e o casamento assentam no princípio da igualdade;

- iii) Compete à lei definir o casamento e todos os seus requisitos e efeitos;
- iv) Cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à manutenção e educação dos filhos.

O mais curioso da norma constitucional é que ela não define o que é família, remetendo essa definição para a lei, pelo menos enquanto família resultante do casamento, resultando também do mesmo preceito que o casamento será uma das formas de constituir família, mas não a única. No fim de contas fica-se sem perceber bem o que é família face ao legislador constitucional português.

É interessante para fazer sobressair estas dificuldades, que desde logo se colocam ao nível da Constituição mencionar o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15-02-2007, processo n.º 6284/2006-8³⁶, que na altura declarou que a Constituição da República Portuguesa não consagra um direito dos homossexuais a contrair casamento. O relevante para o nosso estudo não é a questão precisa do casamento homossexual, mas a imprecisão do conceito constitucional de família. No referido acórdão referia-se que, “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”, acrescentando-se que, “O artigo 36.º da Constituição Portuguesa consagra dois direitos (e não um só): o direito de constituir família e o direito a contrair casamento, não sendo, portanto, correcta a afirmação de que, à face da lei portuguesa, os homossexuais não podem constituir entre si uma relação familiar”. Os juízes consideraram que, o artigo 36º da Constituição da República Portuguesa não continha normas fechadas, remetendo para

³⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15-02-2016, processo n.º 6284/2006-8 disponível [em linha] <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f2c9a606d4e2613180257296004e5975?OpenDocument> (consultado a 20-01-2017)

o legislador ordinário a regulamentação dos requisitos e efeitos do casamento e até a sua forma de celebração³⁷.

A questão que perpassa do texto constitucional é que a família, devido à sua multiformidade contemporânea é de formação livre, enquanto o casamento, passa a ser uma das muitas formas de constituir família.

Sobre esta perplexidade lógica e a razoável interpretação do texto constitucional, escrevia Barbosa de Melo³⁸, que, “o texto constitucional está longe de nos apresentar um modelo acabado daquilo que admite ou perfilha como família. (...). Na decisão constituinte, a família, além de ser reconhecida como "elemento fundamental da sociedade", constitui um espaço de "realização pessoal dos seus membros" (n° 1 do art.º 67º) onde devem ser satisfeitas certas exigências organizacionais mínimas (art.º 36º)”. Acrescentando, o mestre de Coimbra, “Mas é claro que isto não chega, de acordo com as regras gerais da interpretação/aplicação das normas jurídicas, para operacionalizar na prática o conceito jurídico-constitucional em referência. (...) Longe de causar uma deficiência do texto constitucional, o silêncio do poder constituinte dá aqui origem a uma virtude da nossa Lei Fundamental”.

Concluindo Barbosa de Melo, “Com efeito, o conceito constitucional de família tem de valer, assim, como um conceito jurídico aberto às ideias, princípios e valores dominantes na consciência ético-jurídica da comunidade nacional, isentando-se, em larga medida, do "decisionismo" dos detentores do poder político por ser determinado em função de vetores culturais indisponíveis para qualquer autoridade constituída. Para integrar em cada caso o exato sentido e alcance deste conceito constitucional os operadores jurídicos da sociedade (os legisladores, os juízes, os juristas) nunca podem deixar de fazer trabalho de intérpretes ou hermeneutas, confrontando *pari e passu* as

³⁷ Idem

³⁸ ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, - **A família na Constituição da República**, in *Communio*. 1986, p. 498-499.

suas próprias hipóteses tentativas de demarcação com as ideias político-jurídicas e ético-jurídicas objetivas, em constante movimento na consciência social (dir-se-ia, as ideias "de toda a gente que não são de ninguém") ”³⁹.

Portanto, temos uma cláusula constitucional aberta em termos do que é família, e uma remissão legislativa em termos do que é casamento.

Em termos constitucionais, a família, qualquer que ela seja, está, então sujeita, a três grandes orientações: liberdade de constituição, igualdade entre os cônjuges e responsabilidade, contendo um feixe de direitos e deveres face aos filhos.

Fica então esclarecido, que face à Constituição portuguesa a família é uma realidade, enquanto o casamento é outra. Uma não está dependente da outra, sendo remetido para a prática social, no caso da família, e para a lei, no caso do casamento, qual o sentido e alcance destes dois institutos, embora existam conteúdos imperativos básicos estabelecidos pelo normativo constitucional.

2.3. As regras sobre a família em Portugal e os desafios culturais: a questão da família islâmica

É evidente que as regras constitucionais portuguesas podem excluir várias formas de famílias, por exemplo a família muçulmana, que não assenta em princípios de igualdade⁴⁰. No Islão, a família é considerada ainda a base da sociedade muçulmana. Segundo o Corão⁴¹, Adão e Eva (primeiros pais) e os seus filhos (Abel e Caim) prosperaram na terra e converteram-se em multidão. É na família que se estabelece a

³⁹ - ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, - **A família na Constituição da República**, in *Communio*, 1986, p. 498-499

⁴⁰ - HEDAYA HARTFORD, - **Islamic Marriage**. Dar-All-Fikr, Damasco, 2002, p. 57.

⁴¹ - Seguimos a tradução do Corão para português de Samir El Hayek, Tughra Books, Nova Jérnia, 2015.

união entre os seus membros, sejam eles de consanguinidade ou de parentesco (al-Qur'an 4:1, 30:21). A família muçulmana é uma estrutura que tem origem no casamento (marido, mulher e filhos) e o parentesco (aliança), os papéis conjugais (homem/mulher), relações de liderança, crenças e valores e os cuidados de saúde. Portanto a família, ainda tem o significado institucional e comunitário que as famílias ocidentais foram perdendo ao longo do tempo. Não se trata da “Relação Pura” de que fala Giddens⁴².

Os muçulmanos formam o tipo de família alargada que compreende três ou quatro gerações sob a mesma organização familiar, onde são transmitidas qualidades sociais como: altruísmo, espírito de sacrifício, responsabilidade, tolerância, compromisso, etc. Em caso de instabilidade ou de necessidade apoiam-se mutuamente⁴³. Geralmente, consideram que a estrutura familiar ocidental tem consequências negativas como: individualismo, egoísmo, ganância, atitudes narcisistas e mentalidade fechada⁴⁴.

O casamento no Islão não é apenas uma necessidade física ou emocional, mas um sinal de Deus. É uma relação sujeita a direitos e obrigações mútuas do casal sob orientação divina. Foi Ele que estabeleceu leis para apoiar a reciprocidade harmoniosa entre os sexos. Para conservar o amor e a segurança advindos do casamento, as esposas muçulmanas têm vários direitos: receber o dote do marido, parte integrante do contrato de casamento e que é requerido no contrato para a sua oficialização (*mahr*); o da manutenção, mesmo, que ela tenha alguma riqueza o marido é obrigado a prove-la de alimento, moradia e vestuário⁴⁵.

Mas não é obrigado a gastar mais do que as suas capacidades e a sua esposa não deve exigir mais do que permitido, segundo o Corão:

⁴² - AL-MATEEN & AFZAL, 2004, p. 14

⁴³ - Idem

⁴⁴ - Idem

⁴⁵ - HEDAYA HARTFORD, - *Islamic Marriage*. Dar-All-Fikr, Damasco. 2002, p. 45.

- “Que o abastado retribua isso, segundo as suas posses; quanto àquele, cujos recursos forem poucos, que retribua com aquilo com que Deus lhe agraciou. Deus não impõe a ninguém obrigação superior ao que lhe concedeu; Deus trocará a dificuldade pela facilidade”. (Corão, 65:7).

Além das necessidades materiais, as esposas têm o direito a serem tratadas com gentileza, como refere o profeta:

- “Os melhores crentes são os melhores em conduta, e os melhores dentre vocês são aqueles que são os melhores com suas esposas”.

O homem muçulmano tem o papel de administrador no que respeita à sua família, logo compete a ele o papel de liderança, a qual pressupõe a responsabilidade, consulta (*shoora*) e justiça. Deus disse que os homens devem proteger as mulheres, o que lhes concederá o papel de líder da família. O homem deve obedecer a Deus e orientar a sua família nesse preceito em todos os momentos⁴⁶.

Os deveres e direitos estão correlacionados, ou seja, o que é responsabilidade de um traduz-se no direito do outro. E é na *Shariah*, que está inscrito aquilo que compete a cada um. O marido tem o dever de dar o *mahr* (dote) a sua esposa. É um valor em dinheiro que é dado quando o contrato de casamento é finalizado ou então quando o mesmo for consumado. Deus diz:

- “Concedei os dotes que pertencem às mulheres e, se for da vontade delas conceder-vos algo, desfrutai-o com bom proveito”. (Corão, 4:4).

⁴⁶ - HEDAYA HARTFORD, - *Islamic Marriage*. Dar-All-Fikr, Damasco. 2002, p. 34.

O preceito do *mahr* demonstra a seriedade de um contrato de casamento e simboliza o respeito e honra da mulher⁴⁷.

Os sábios do Islão convergem na obrigação que os maridos têm com as suas esposas, significa que devem despende com elas, sob a condição que, elas se mostrem disponíveis. A razão pela qual é obrigatório gastar com a mulher é ela estar disponível somente para o marido, está relacionado com contrato de casamento, ou seja, não pode sair de casa sem a permissão do seu marido (que será um assunto já discutido entre marido e mulher caso ele precise sair várias vezes durante o dia, ou algo do género). Então ele tem que despende nela e sustentá-la, e isto é em troca do amor e afeição dela⁴⁸.

Os direitos do marido sobre a sua esposa estão entre os maiores direitos; de facto, os direitos sobre ela são maiores que os direitos sobre ele, porque Deus disse:

- “E elas (mulheres) têm direitos (sobre os seus maridos) semelhantes (aos dos seus maridos) sobre elas (em relação a obediência e respeito) de forma equitativa, mas os homens têm um grau (de responsabilidade) sobre elas”. (Corão, 2:228).

Deus diz-nos neste verso, que cada cônjuge tem direitos sobre o outro, e que o marido tem um direito particular sobre a sua esposa que ela não tem sobre ele. Deus fez do homem um *qawwaam* (protetor e sustentador) da mulher ordenando, direcionando e cuidando dela, tal como guardiões cuidam dos seus encargos, pela virtude das qualidades físicas e mentais que Deus deu aos homens e a obrigação financeira que Ele ordenou a eles⁴⁹. O profeta afirma:

⁴⁷ - HEDAYA HARTFORD, - *Islamic Marriage*. Dar-All-Fikr, Damasco, 2002, p. 57.

⁴⁸ - HEDAYA HARTFORD, - *Islamic Marriage*. Dar-All-Fikr, Damasco, 2002, p. 57.

⁴⁹ - ALI UNAL. - *Interpretação Anotado do Corão*. Tughra Books, Nova Jérícia, 2015

- “Os homens são os protetores e sustentadores das mulheres, porque Deus dotou um (com mais força) acima do outro, e porque eles gastam (para as apoiar) dos seus meios”. (Corão, 4:34). “Os homens são os protetores e sustentadores das mulheres”, significa que eles estão encarregues delas, isto é, a mulher deve obediência, e tratar a sua família bem e cuidando da sua riqueza⁵⁰.

O marido tem direito de estar com a mulher, um dos propósitos do casamento com a mulher liga-se ao relacionamento sexual, para satisfazer o seu marido e para procriação. Isto é depois de ele lhe oferecer o *mahr* imediato, e depois de lhe dar um tempo (dois a três dias, se ela o pedir para se preparar, porque isso é algo que ela precisa, e porque isso é costume). Caso ela se recuse a responder às necessidades (sexuais) do seu marido, comete *haraam*, ou seja, cometeu um pecado, a não ser que ela tenha uma desculpa legítima como menstruação, jejum obrigatório ou doença.

Sobre não admitir pessoas em casa que o marido não goste, esta regra refere-se a casos, em que não se conhece a pessoa que está à porta ou alguém que o marido não goste por ser uma má influência ou um homem que não seja *mahram* (que não possa estar sozinho com a sua esposa, por ordens de Deus), e simultaneamente ela deve impedir pessoas que possam afetar negativamente a sua família de entrar no seu lar, pois isto é um dever indicado por Deus e pelo Seu Mensageiro.

Outro direito do marido sobre a sua esposa é que ela não deve sair de casa sem a sua permissão. O marido tem o direito de disciplinar a sua esposa se ela o desobedecer em algo bom, não quando ela o desobedecer em algo pecaminoso.

- “Quanto às mulheres em que virem má conduta, alertem-nas (primeiro), (depois) recusem partilhar as vossas camas com elas, (e por último) deem-lhes uma

⁵⁰ - Idem

bofetada (levemente, sem causar dano ou magoar, se for útil e fizer diferença para melhor) ”. (al-Qur’an 4:34).

Como dever paterno é-lhe atribuído o “*Ibadan*” (louvor), a obrigação de fornecer a alimentação, vestuário habitação, educação e apoio médico e sem esquecer o amor, afeto, compaixão, etc. Visto a existência do ser humano consistir no corpo e na alma (espírito), os pais devem satisfazer as necessidades básicas dos filhos para capacitá-los para vida e alimentar a sua espiritualidade⁵¹.

A mulher muçulmana tal como todas as mulheres de outras sociedades, desempenha vários papéis perante a sociedade e a família. É importante compreender primeiramente como é vista a mulher perante a sociedade e a família.

A mulher muçulmana deve respeitar um conjunto de regras de acordo com a sua condição que a coloca em inferioridade.

A mulher muçulmana, desempenha, papéis que comparáveis aos dos homens são considerados inferiores. Uma das formas de podermos verificar esta situação é o facto desta não poder andar descoberta e sozinha pelas ruas, ao contrário dos homens muçulmanos e das mulheres ocidentais que transportam em si autonomia e liberdade e até mesmo dentro da sociedade muçulmana em que divergem os papéis e as posições da mulher.

Perante a família, a mulher muçulmana deve ser submissa ao seu companheiro, fiel (só pode ser prometida e comprometida a um homem escolhido pela família), boa dona de casa, boa mãe e crente (seguir os costumes idealizados pelo Corão). A

⁵¹ - HEDAYA HARTFORD, - *Islamic Marriage*. Dar-All-Fikr. Damasco. 2002

submissão da mulher é demonstrada e justificada por lei, isto é, todas aquelas que não forem fieis a sua família, religião e sociedade, podem ser punidas por lei⁵².

A descrição que se fez das regras básicas do casamento muçulmano tem único propósito demonstrar que aquilo que se pode chamar a “família muçulmana” não se enquadra na definição constitucional portuguesa das regras sobre a família. E a questão que se levanta é se existe - face ao conceito multiforme, multicultural de família existente na contemporaneidade nas sociedades ocidentais, em que Portugal se insere alguma justificação para existirem regras legais sobre a família.

Se repararmos, ao colocar o homem e a mulher em patamares diferentes na estrutura familiar, o conceito islâmico contende com as regras constitucionais sobre a igualdade entre cônjuges dentro da família. Mas na realidade este preceito constitucional seria desnecessário, pois já o artigo 13.º da CRP, garante de forma absoluta e alargada a igualdade entre as pessoas.

Nesses termos, o preceito específico sobre a igualdade entre cônjuges dentro da família é inútil, a igualdade é uma regra geral do direito português, em qualquer área.

⁵² AL-MATEEN & AFZAL, 2004, p. 18

2.4. O casamento e a união de facto na lei

Vimos acima, que a Constituição acaba por fazer uma distinção entre família e casamento, remetendo para a lei a definição de casamento. Portanto, pode haver família com e sem casamento. O casamento torna-se um mero ato formal regulado por lei.

O Código Civil, define o casamento no seu artigo primeiro “contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida” (artigo 1577.º). Por sua vez, a Lei da União de Facto define no seu artigo 1.º, n.º 2 a união de facto como “a situação jurídica de duas pessoas, que independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”.

Há duas diferenças que se podem vislumbrar. Uma em termos de tempo, o casamento cria uma relação imediatamente, a união de facto só apenas passados dois anos. A outra diferença é linguística. O casamento é considerado um contrato, enquanto a união de facto é uma situação. Fora isso, o conteúdo é exatamente o mesmo, tal como resulta da lei.

O prazo de dois anos parece resultar da necessidade de fazer “presumir que a convivência em comum já adquiriu uma certa estabilidade, satisfazendo-se, assim, as exigências da segurança jurídica”⁵³.

De certa maneira poderemos dizer que ou temos uma relação assumida expressamente por um ato formal-casamento, ou uma relação assumida expressamente

⁵³ TIAGO CAVALEIRO, op. cit. p. 6

pelo decurso do tempo união de facto. Mas, que no essencial corresponderão à mesma realidade, nos termos das respetivas definições legais.

É aqui que entra a precisão legal que diferencia situação e contrato. Em termos jurídicos, o Código Civil Português de 1966 (ainda em vigor) não define contrato. Qualifica o contrato como um negócio jurídico bilateral e regula na parte geral os aspetos comuns referentes à sua formação e validade (artigos 217.º e ss). Outras regras gerais sobre contratos encontram-se nos artigos 405.º e ss.

Na doutrina, Carlos Ferreira de Almeida define, contrato como: “Acordo formado por duas ou mais declarações que produzem para as partes efeitos jurídicos conformes o significado do acordo obtido”⁵⁴. Já no Código Civil francês, se define contrato no artigo 1110.º como, “*un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*”. Esta definição legal não anda longe da adotada por Carlos Ferreira de Almeida, e quer uma, quer outra são consensuais como definições de contrato.

O que qualifica essencialmente um contrato é a existência de uma vontade convergente. O fator que distingue o contrato de outras obrigações é que o contrato está baseado no acordo das partes⁵⁵. Portanto, aplicando tal resultado ao casamento, é evidente que este só pode resultar face à lei portuguesa de uma manifestação voluntária afirmativa das partes.

A pergunta que se coloca de seguida, é se o facto de se chamar à união de facto uma “situação jurídica” e não um contrato, tem algum significado, designadamente em termos de autonomia da vontade e acordo das partes. Pode existir uma união de facto sem acordo das partes?

⁵⁴ - CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, - **Contratos I**. Almedina, Coimbra, 2015, p. 14.

⁵⁵ - EDWIN PEEL, - *The Law of Contract*, 12.ª ed. Sweet and Maxwell, Londres, 2007, p. 1.

A expressão “situação jurídica” não tem o peso e o significado burilado ao longo de séculos que tem contrato. Trata-se de uma daquelas classificações que surgem dentro das variadas abstrações do direito alemão e que depois são importadas para Portugal, no caso concreto para tentar substituir o conceito de relação jurídica⁵⁶. Talvez se possa dizer que o conceito de situação jurídica é mais amplo que o de relação jurídica pois engloba direitos subjetivos; poderes e faculdades; proteções reflexas ou indiretas; expectativas; poderes funcionais. Daqui deriva que o elemento de convergência volitiva não tem o peso determinante para o estabelecimento da situação jurídica.

No casamento, as duas partes querem realizar o contrato para estar juntas⁵⁷. Na união de facto, as partes querem estar juntas, mas não manifestam nenhum desejo que daí surja um feixe de direitos e obrigações, mas, é pelo facto de estarem juntas e pelo decurso do tempo que esse feixe surge. No casamento existem comportamentos humanos de carácter voluntário em que a vontade implica também o reconhecimento de certos efeitos⁵⁸. Na união de facto os comportamentos humanos de carácter voluntário não implicam o reconhecimento de certos efeitos, que contudo, acabam passados dois anos impostos por lei.

A lei portuguesa acaba por ser bastante restritiva da autonomia da vontade na questão do casamento e da união de facto. No casamento regula de forma bastante exaustiva o conteúdo do contrato.

Por exemplo, quem casa obriga-se a um conjunto de deveres legais: deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência. (artigo 1672.º do Código Civil). Ou detalhando sobre um aspeto concreto: a administração do património

⁵⁶ - Cfr. JAMES GOLDSCHMIDT. - *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Labor, 1936. p. 7-9)

⁵⁷ - Utilizando a expressão “estar juntas” para refletir os elementos tradicionais do casamento, comunhão de cama, mesa e habitação. Cfr. ANTUNES VARELA, Direito da Família.

⁵⁸ - LUÍS CARVALHO FERNANDES, - *Teoria Geral do Direito Civil, II*, 5.ª ed. Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2010, p. 157.

conjugal, bem como a sua relação com aquele que cada um dos cônjuges traz para o matrimónio.

A regulação que a lei portuguesa faz da administração dos bens do casal encontra-se a partir do artigo 1678.º do Código Civil. De acordo com esta norma cada um dos cônjuges tem a administração dos seus bens próprios, bem como dos proventos que receba pelo seu trabalho; dos seus direitos de autor; dos bens comuns por ele levados para o casamento ou adquiridos a título gratuito depois do casamento, bem como dos sub-rogados em lugar deles; dos bens que tenham sido doados ou deixados a ambos os cônjuges com exclusão da administração do outro cônjuge, salvo se se tratar de bens doados ou deixados por conta da legítima desse outro cônjuge; dos bens móveis, próprios do outro cônjuge ou comuns, por ele exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho; dos bens próprios do outro cônjuge, se este se encontrar impossibilitado de exercer a administração por se achar em lugar remoto ou não sabido ou por qualquer outro motivo, e desde que não tenha sido conferida procuração bastante para administração desses bens; dos bens próprios do outro cônjuge se este lhe conferir por mandato, esse poder.

Portanto, há uma primeira categoria, razoavelmente alargada de bens cuja administração pertence a cada um dos cônjuges individualmente. Como refere Antunes Varela⁵⁹, em relação aos bens próprios vale a regra de que, em qualquer regime, cada cônjuge administra (livremente) os seus bens próprios, quer móveis, quer imóveis.

Em relação aos bens comuns dispõe ainda o artigo 1678.º, n. 3.º, do Código Civil, que cada um dos cônjuges tem legitimidade para a prática de atos de administração ordinária relativamente aos bens comuns do casal, sendo que os restantes atos de administração só podem ser praticados com o consentimento de ambos os cônjuges. Em relação aos bens comuns surgem duas regras. Em relação àquilo que se poderá chamar

⁵⁹ - ANTUNES VARELA, J., - **Direito da Família**. 1987, p. 358.

administração ordinária, qualquer dos cônjuges tem competência para, individualmente, praticar esses atos. Contudo, outros tipos de atos de administração têm que ser realizados por ambos os cônjuges. Isto leva Antunes Varela⁶⁰, a referir que à administração dos bens comuns é aplicada uma regra imperativa da codificação.

Sendo este o regime regra, a lei declara, contudo que o cônjuge que não tenha a administração dos bens não esteja inibido de tomar providências a ela respeitantes, se o outro se encontrar, por qualquer causa, impossibilitado de o fazer, e do retardamento das providências puderem resultar prejuízos (artigo 1679.º). A este propósito Antunes Varela⁶¹, refere que a expressão legal “não está inibido” implica que se esteja perante uma faculdade e não um dever. E Pereira Coelho⁶², especifica que o cônjuge não administrador apenas assume poderes para realizar providências concretas e não com poderes gerais.

Já quanto aos depósitos bancários, a lei cria um regime próprio, definindo que qualquer que seja o regime de bens, pode cada um dos cônjuges fazer depósitos bancários em seu nome exclusivo e movimentá-los livremente (artigo 1680.º do Código Civil). Em termos de responsabilidade e prestação de contas, a lei também tem as suas precauções ao determinar que o cônjuge que administrar bens comuns ou próprios do outro cônjuge, ao abrigo do disposto nas alíneas a) à f) do n.º 2 do artigo 1678.º, não é obrigado a prestar contas da sua administração, mas responde pelos atos intencionalmente praticados em prejuízo do casal ou do outro cônjuge. (artigo 1681.º do Código Civil).

Não é importante descrever este regime na sua plenitude, é importante anotar a sua existência e perceber que quão exaustivamente regulada é a questão.

⁶⁰ - Idem, p. 360.

⁶¹ - ANTUNES VARELA, op. cit. p. 369.

⁶² - PEREIRA COELHO, - **Curso de Direito da Família**. 2008, p. 49.

Contudo, para a união de facto, como escreve Tiago Cavaleiro⁶³, a lei não “oferece qualquer disciplina relativa às relações patrimoniais a desenvolver entre os conviventes, ou entre estes e terceiros. Não estabelece, pois, qualquer regime patrimonial geral imperativo ou convencional relativamente aos bens dos membros da união de facto e às suas relações de índole patrimonial, nem quaisquer regras relativas à administração e disposição de bens, dívidas, liquidação e partilha do património em virtude da dissolução da união de facto”.

No entanto, em muitos aspetos, as pessoas em união de facto, querendo ou não, veem produzidos certos efeitos decorrentes da sua situação⁶⁴.

⁶³ TIAGO CAVALEIRO, - **A união de facto no ordenamento jurídico português**. Dissertação de Mestrado, Un. Coimbra, Coimbra, 2015, p. 11-12, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28646/1/A%20uniao%20de%20facto%20no%20ordenamento%20juridico%20portugues.pdf> (acedido a 08-04-2016).

⁶⁴ - Cfr. artigo 3.º e 4.º da LUF

Artigo 3.º

“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 respetivos e da presente lei;
- g) Pensão de preço de sangue e por serviços excecionais e relevantes prestados ao País, por aplicação dos regimes jurídicos respetivos e da presente lei.

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.

2.5. A evolução da família na jurisprudência

Face a este panorama um pouco confuso sobre a legislação acerca do casamento e da união de facto tem interesse anotar a evolução da jurisprudência rumo a uma nova conceção de família. Neste sentido, interessa mencionar o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/02/2012 decidido no processo n.º 819/09⁶⁵. Tratava-se da análise de um recurso referente a uma ação com processo especial de divórcio sem o consentimento do outro cônjuge, em que o Autor pedia que fosse decretado o divórcio entre ele e a Ré, dissolvendo-se o casamento celebrado entre ambos, alegando, para tanto, em síntese essencial, que, desde 31 de Março de 2005, viviam em casas separadas, nelas dormindo, comendo e reconstruindo as suas vidas, de modo pleno, divergente, irreversível e autónomo, com vontade de ambos em romper o matrimónio.

A ré contestou arguindo a inconstitucionalidade da Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, e pedindo que se declarasse que o autor fosse considerado como o único culpado pelo divórcio, além de lhe pedir indemnização e uma pensão.

O processo seguiu os seus trâmites. Na primeira instância, a sentença julgou a ação, totalmente, procedente e, em consequência, decretou o divórcio entre o autor e a ré, considerando dissolvido o casamento. Declarou improcedente o pedido reconvencional,

3 - Ressalvado o disposto no artigo 7.º 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 4.º

Proteção da casa de morada da família em caso de rutura

“O disposto nos artigos 1105.º e 1793.º do Código Civil é aplicável, com as necessárias adaptações, em caso de rutura da união de facto”.

⁶⁵ - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/02/2012, processo n.º 819/09, disponível [em linha] em www.dgsi.pt (consultado a 23-01-2017)

não julgando inconstitucional a norma constante do artigo 8º, da Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, e, em consequência, absolveu o autor do pedido.

Da sentença, a ré interpôs recurso, tendo o Tribunal da Relação julgado improcedente a apelação e, em consequência, confirmou a decisão impugnada. Do acórdão da Relação do Porto, a ré interpôs agora recurso de revista excecional, que foi admitido.

O problema que aqui se coloca liga-se em última análise ao conceito atual de família e casamento. Na realidade, a recorrente assentou a base do seu recurso na alegação que a Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, conferira uma nova redação ao artigo 1781º, do Código Civil, consagrando, na respetiva alínea d) desse mesmo artigo, um regime segundo o qual são fundamentos do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a rutura definitiva do casamento. Acrescenta recurso, que a referida lei operara “a desconsideração das violações ilícitas e culposas dos deveres conjugais, com a revogação do artigo 1787º, do Código Civil, praticadas antes ou depois do início de vigência da referida Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, tornando aqueles e a respectiva violação em regra sem sanção, nem efeito, no decretamento do divórcio, meramente relegado para o dever de indemnizar”⁶⁶.

Defendendo o seguinte entendimento em termos de família e casamento:

- “A todos é reconhecido o direito fundamental de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade, regulando a lei os efeitos do casamento e da sua dissolução, conforme se dispõe no artigo 36º, números 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa; Consequentemente, do casamento devem emergir efeitos que carecem de tutela legal, isto é, direitos e deveres para os cidadãos, que pela via

⁶⁶ - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/02/2012, processo n.º 819/09, disponível [em linha] em www.dgsi.pt (consultado a 23-01-2017)

matrimonial, pretendem constituir família; O legislador ordinário ainda define o casamento como o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, emergindo do vínculo matrimonial, no plano pessoal, os deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência, e, para além disso, uma nova entidade juridicamente relevante, uma família e uma vida em comum“. Face a isto, defende a recorrente, “o regime instituído Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, (...) colocou o casamento nas mãos da total disponibilidade subjectiva e potestativa da vontade e arbítrio de um só dos cônjuges na respectiva manutenção, por esta via introduzindo um elemento de afirmação individualístico, contraditório com o projecto de vida em comum em que o mesmo se alicerça”.

Concluindo depois, que tal regime foi introduzido em completo desprezo pelos valores da família, à custa da estabilidade da vida familiar, em total desconsideração pelos interesses e direitos morais, sociais e económicos do outro cônjuge, independentemente do empenho que o mesmo coloque ou haja colocado nesse projeto de vida, sem qualquer estruturação desse regime que assente, sequer, na obrigatoriedade de ser ultrapassado um patamar de mediação familiar.

Na sua decisão, muito bem assinala o Supremo Tribunal, que a “definição do regime regulador do divórcio depende das concepções sociais e culturais, historicamente, adoptadas pelo legislador sobre o casamento, em função da sua maior ou menor incidência, contratual ou institucional, em sintonia com os três conceitos-modelo distintos sobre a sua natureza jurídica, adoptados pela doutrina e pela jurisprudência, isto é, o do «divórcio-sanção», o do «divórcio remédio» e o do «divórcio como simples constatação de ruptura do casamento» ”⁶⁷.

E no tempo presente, os juízes consideram que predomina um conceito de casamento em que a relação a dois, existente dentro do casal, é movida pelo propósito da

⁶⁷ - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/02/2012, processo n.º 819/09, disponível [em linha] em www.dgsi.pt (consultado a 23-01-2017)

realização pessoal, independentemente de qualquer quadro de valores e de respostas externas, apenas baseada no compromisso permanente e na gratificação renovada, contém, em si mesma, o acordo prévio sobre a sua própria dissolução.

A ideia do casamento como relação pura, baseada no compromisso privado, que contém em si a possibilidade antecipada da sua dissolução, torna injustificada a definição de deveres conjugais imperativos, conduzindo os sistemas jurídicos para uma regulamentação minimalista do sistema de divórcio. É esta a tendência em Portugal, vigente, pelo menos desde 2008.

Afirmam os Conselheiros, que o diploma de 2008, está “em linha coerente com a crescente propensão para a “privatização” do casamento, subtraído, gradualmente, à intervenção tutelar do Estado, como contrato, tendencialmente, denunciável, cada vez mais próximo da disciplina dos contratos em geral, de cujo tronco comum, outrora, já fez parte e, por outro lado, com as tentativas actuais da sua desconstrutualização, pela sua assimilação a outras fórmulas de comunhão de vida, mas, também, de descontextualização, pela alteração do binómio natural das pessoas, originariamente, hábeis a contrai-lo, associadas à desformalização do divórcio e à sua frequência redobrada, já bem longe da natureza publicista e sacramental antecedentes, enquanto realidades a tomar em consideração na abordagem da questão do divórcio”⁶⁸.

Existe um princípio da liberdade do qual decorre que ninguém deve permanecer casado contra a sua vontade, incluindo quando considerar que houve quebra do laço afetivo, devendo o cônjuge que for tratado, de forma desigual, injusta ou de forma a atentar contra a sua dignidade, poder terminar a relação conjugal, mesmo sem a vontade do outro. Acrescentam ainda os juízes o seguinte, que é importante para alinha de raciocínio que seguimos neste trabalho:

⁶⁸ - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/02/2012, processo n.º 819/09, disponível [em linha] em www.dgsi.pt (consultado a 23-01-2017)

- “Quanto à secularização, o que está em causa não é, necessariamente, o abandono das referências religiosas, mas antes uma retração destas para esferas mais íntimas, assumindo dimensões menos consequenciais em outros aspectos da vida”⁶⁹.

Mais adiante refere-se, que a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, limitou-se “aprofundar o modelo “moderno” de casamento, por contraposição ao seu modelo “tradicional”, modelo esse que “desvaloriza o lado institucional e faz do sentimento dos cônjuges, ou seja, da sua real ligação afetiva, o verdadeiro fundamento do casamento”, que passa a ser “tendencialmente”, ou, no limite, antes que uma “instituição”, “uma simples associação de duas pessoas, que buscam, através dela, uma e outra, a sua felicidade e a sua realização pessoal”, ideia que justifica e propugna a dissolução jurídica do vínculo matrimonial quando, independentemente da culpa de qualquer dos cônjuges, ele se haja já dissolvido de facto, por se haver perdido, definitivamente, e, sem esperança de retorno, a possibilidade de vida em comum”.

E fazendo referência à consagração constitucional da família, os juízes entendem que o legislador terá considerado o seu significado, cada vez menor, como forma de realização social, cujas funções tradicionais, com a sua crescente desagregação, têm vindo a ser perdidas e só, marginalmente, apropriadas pela sociedade ou pelo Estado⁷⁰.

Concluem de forma lapidar:

“E a própria destruição do carácter religioso da família contribuiu para a perda da natureza sacramental do casamento, sobretudo na componente da afirmação jurídico-estadual da sua perpetuidade e indissolubilidade, que se perfetibilizava com a simples

⁶⁹ - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/02/2012, processo n.º 819/09, disponível [em linha] em www.dgsi.pt (consultado a 23-01-2017)

⁷⁰ - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/02/2012, processo n.º 819/09, disponível [em linha] em www.dgsi.pt (consultado a 23-01-2017)

troca dos consentimentos, considerando-se, entretanto, que o casamento é matéria laica, que só diz respeito à sociedade e ao Estado.

E, assim, a família transforma-se num espaço privado de exercício da liberdade própria de cada um dos seus membros, na prossecução da sua felicidade pessoal, livre, entendida e obtida, que deixa de poder ser utilizada como um instrumento de ordem pública.

O Estado já não pode obrigar uma mulher a amar o seu marido ou este a amar aquela, situando-se o correspondente sancionatório normativo, sobretudo, na área da moral, dos costumes ou das regras de conduta social, numa clara afirmação da congénita fragilidade da garantia do Direito da Família.

2.6. A união de facto na jurisprudência

É importante verificar como a jurisprudência tem tratado a união de facto. Acabamos de ver, que relativamente ao casamento, existe uma desvalorização jurisprudencial do carácter vinculístico do mesmo, propendendo-se para uma visão meramente individualista e contratualista do mesmo. Seria de pensar que tal levaria a uma promoção institucional da união de facto. Vamos verificar se assim é, ou se pelo contrário, a união de facto também “luta” para encontrar o seu lugar no ordenamento jurídico português.

Confrontamo-nos assim, com o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça no âmbito do processo n.º2152/09.5TBBRG.G1.S1. proferido em 20-03-2014⁷¹.

⁷¹ - Acórdão do STJ, 20-03-2014, processo n.º 2152/09.5TBBRG.G1.S1 disponível [em linha] em www.dsi.pt (consultado a 05-05-2017)

Este caso, debruça-se sobre uma ação ordinária proposta por A. contra B. pedindo que fosse declarada cessada a união de facto estabelecida entre ambos. Pedia também vários pagamentos a B. alegando enriquecimento sem causa desta.

A. resumia a sua posição referindo, que de Abril de 2001 a Dezembro de 2007 vivera com B. em união de facto e que no âmbito dessa relação procedera ao pagamento de várias quantias, tendo uma fração autónoma ficado em nome de B. (e não dele) por não se encontrar à data da escritura divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens.

B. contestou, dizendo que acordou com o autor a repartição das responsabilidades de natureza económica, suportando ele a amortização do empréstimo para aquisição da habitação e contribuindo ela com a gestão da economia doméstica e as despesas com alimentação. Alegou mais factos que contradiziam a posição de A. Deduziu pedido reconventional, impugnado pelo autor na réplica e oportunamente rejeitado por despacho que passou em julgado.

O autor, entretanto, ampliou o pedido com as importâncias pagas a título de IMT, emolumentos notariais e imposto de selo⁷².

Foi realizado o julgamento em primeira instância que julgou a ação totalmente improcedente absolvendo B. dos pedidos. O autor apelou, mas a Relação negou provimento ao recurso, confirmando a sentença através do seu acórdão de 21/5/13.

A. interpôs recurso de revista excecional para o STJ.

O essencial das suas conclusões foi o seguinte:

⁷² - Acórdão do STJ, 20-03-2014, processo n.º 2152/09.5TBBRG.G1.S1 disponível [em linha] em www.dsi.pt (consultado a 05-05-2017)

“1ª - As partes viveram entre si em união de facto, em convivência de vida em comum, como se efectivamente de marido e mulher se tratasse;

2ª - Durante os sete anos de relacionamento mútuo, o recorrente efetuou várias deslocações patrimoniais para a recorrida, pagando a expensas exclusivamente suas, setenta e sete prestações mensais bancárias destinadas à amortização do empréstimo para aquisição da fração, registada unicamente a favor da ré;

3ª - Apesar de ter dado como provados dois dos três requisitos do enriquecimento sem justa causa, ou seja, o enriquecimento da recorrida à custa do empobrecimento do recorrente, o acórdão recorrido não fez operar o instituto por ter entendido, erradamente, que a cessação da união de facto (de resto, provada) não constitui elemento integrador do terceiro requisito constitutivo do enriquecimento sem causa;

4ª - É gravemente atentatório da mais elementar justiça material considerar, como considerou o acórdão recorrido, que da cessação da vida em comum apenas resultam direitos para a recorrida, quando estão provadas significativas contribuições do recorrente para essa vivência, que permitiram à recorrida pagar exclusivamente o preço do imóvel durante sete anos;

6ª - A cessação da união de facto deve ser considerada elemento integrante do direito de restituição”⁷³.

Na sua decisão, o STJ, naquilo que se refere à união de facto e sua densificação jurídica considerou que a questão essencial era responder à questão de saber se basta a A. (recorrente) alegar e provar a cessação da união de facto para que possa dar-se como verificada a falta de causa justificativa para as deslocações patrimoniais que na sua

⁷³ - Acórdão do STJ, 20-03-2014, processo n.º 2152/09.5TBBERG.G1.S1 disponível [em linha] em www.dsi.pt (consultado a 05-05-2017)

pendência se operaram da esfera jurídico-patrimonial do empobrecido (A) para a esfera jurídico-patrimonial do enriquecido (B).

“A 1.^a instância respondeu negativamente, decidindo que estão demonstrados os dois primeiros pressupostos do instituto - o enriquecimento da recorrida à custa do empobrecimento do recorrente - mas não o terceiro, já que o autor não provou que a causa da deslocação patrimonial tenha sido a vivência em união de facto na pressuposição da continuidade e subsistência de tal situação. Semelhantemente, a Relação considerou que a ruptura da união de facto não se traduz numa causa que deixou de existir; aquilo que o recorrente entregou à recorrida ocorreu no âmbito de uma relação afectiva, de uma união de vida, enquanto durou; as entregas feitas foram análogas às que os cônjuges realizam no âmbito do casamento e representam o cumprimento de uma obrigação natural, ou, ainda, na ausência de prova em contrário, doações”⁷⁴. (sublinhado nosso).

Para justificar a sua decisão, o STJ, além de se debruçar sobre os pressupostos do enriquecimento sem causa⁷⁵, realiza a ligação deste instituto com a união de facto, afirmando “importa ter em conta que, segundo a definição legal (artº 1º da Lei 7/2001, na redacção da Lei 23/2010, de 30 de Agosto) 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”; ora, porque a união de facto é uma forma de estar em família que em si mesma implica o contributo de cada um dos seus elementos, deve entender-se, que tudo o que sejam as despesas normais e correntes próprias de quem vive, embora

⁷⁴ - Idem

⁷⁵ - “Os pressupostos constitutivos do enriquecimento sem causa – artº 473º do CC - são a existência de um enriquecimento, a obtenção desse enriquecimento à custa de outrem e a falta de causa justificativa para ele.

Começando pelo primeiro, dir-se-á que o enriquecimento, como a própria palavra indica, consiste na “obtenção de uma vantagem de carácter patrimonial “, que tanto pode consistir num aumento do activo patrimonial, como numa diminuição do passivo, como ainda na poupança de uma despesa; terá de traduzir-se, em qualquer caso, numa “melhoria da situação patrimonial” da pessoa obrigada à restituição, melhoria essa “que se apura segundo as circunstâncias”.

“informalmente”, a “plena comunhão de vida” de que fala o artº. 1577º do CC não é repetível, finda a relação, mediante a aplicação do regime do artº. 476º deste mesmo diploma; e isto porque se considera que houve então uma causa justificativa para tais atribuições patrimoniais impeditiva da conclusão de que o prestado foi indevido; essa causa justificativa reside, precisamente, na subsistência da união de facto, para a qual cada um dos membros contribuiu em termos materiais pela forma tacitamente acordada pelo casal enquanto a relação se manteve”. É com esta base que a argumentação do STJ se desenvolve realçando os aspetos essenciais que B. desenvolvia na economia doméstica⁷⁶.

⁷⁶ - Isto significa que as despesas pagas pelo autor no montante de 6.459,99 € relativas a água, electricidade, gás e televisão (facto 7) não são restituíveis, não devendo relativamente a elas equacionar-se, logicamente, a aplicação do instituto do enriquecimento sem causa.

Resultou ainda provado que o autor entregou à sociedade vendedora do imóvel 500.000\$00 para pagamento do sinal estipulado no contrato promessa de compra e venda da casa adquirida pela ré (facto 5); que durante o período em que ali viveram juntos pagou os prémios de seguros obrigatórios derivados da aquisição da fracção habitacional, no montante de 5.226,34 € e as prestações mensais destinadas à amortização do financiamento bancário, desde o vencimento da primeira e até Dezembro de 2008, em montante não apurado (factos 6 e 9); e ainda que, para aquisição de mobiliário e electrodomésticos destinados à fracção, contraiu um empréstimo de 15 mil € (facto 13). Aplicam-se a estes pagamentos, com as necessárias adaptações e sem prejuízo do que segue, as precedentes considerações. Assim, e em primeiro lugar, tem de levar-se em conta que também o autor, e não apenas a ré, residiu no imóvel enquanto a união de facto subsistiu; este facto há-de ser necessariamente “contabilizado”, se assim nos podemos exprimir, quando está em questão apurar a existência e a medida de um alegado enriquecimento, no sentido acima exposto. Em segundo lugar, e decisivamente, tem ainda de tomar-se em consideração que nos sete anos consecutivos em que a união de facto perdurou a ré cozinhou, preparou as refeições, tratou da roupa e providenciou pela limpeza e arrumação da casa (facto 15), sendo certo que o seu vencimento nesse período se situou entre 550 e 650 € mensais - sensivelmente um terço do auferido pelo autor - e foi canalizado para gastos pessoais e despesas domésticas (facto 10). Ora, sabido, por ser facto do conhecimento geral, e nessa exacta medida dispensado de alegação e de prova (artº 514º CPC), que no contrato de serviço doméstico no nosso país a remuneração da hora de trabalho oscila actualmente entre os 5 e os 7 €, fácil se torna concluir que, tomando por base um horário de três horas diárias em seis dias por semana, a contribuição da ré ao longo dos sete anos da relação mantida com o autor terá muito provavelmente excedido, mesmo em termos absolutos, a do seu companheiro; e vistas as coisas em função dos rendimentos auferidos por ambos no período considerado, não se andarão por certo longe da verdade se se disser, que ao fim e ao cabo, terá sido o autor, não a ré, quem saiu enriquecido (*rectius*: beneficiado), pois aquilo que despendeu no âmbito da relação mantida foi superado pelo que poupou através da contribuição prestada pela recorrida; e sob pena de flagrante injustiça relativa não pode esta contribuição deixar de ser valorizada quando um dos membros da união entretanto rompida (no caso, o autor) decide apresentar-se em juízo quantificando e exigindo a restituição do que prestou mediante a invocação do regime do enriquecimento sem causa.

E assim sendo, o STJ decide não dar razão a A., quer por razões técnicas ligadas ao próprio instituto do enriquecimento sem causa, mas sobretudo devido a considerações valorativas que realizam a propósito da união de facto, saindo da mera perspectiva que à união de facto não se aplicam regras patrimoniais do casamento.

O STJ tem aqui um desenvolvimento muito interessante, pois aplica à união de facto considerações de justiça relativa e substantiva baseadas no valor da vida em comum, que não podem ser abandonadas quando essa vida em comum cessa. Há claramente uma densificação para além da lei, das relações patrimoniais existentes na união de facto.

Outro acórdão importante a reter é aquele que foi decidido no âmbito do processo n.º 201/12.9T2ALB.C1 em 28/01/2014⁷⁷ pelo Tribunal da Relação de Coimbra. Neste caso a principal conclusão naquilo que à união de facto diz respeito é que sendo “o casamento e a união de facto situações materialmente diferentes - pese embora a legislação que recentemente vem sendo publicada, *maxime* a Lei nº 7/2001, de 11 de Maio; a Lei nº 9/2010, de 31 de Maio e a de Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, o facto é que o legislador mantém o regime da união de facto como realidade autónoma e distinta do casamento - não há qualquer base legal para estender à união de facto as disposições que ao casamento se referem”, acrescentando que a “situação de uma pessoa haver adquirido bens com a colaboração de outra, no âmbito de uma relação de união de facto só é, eventualmente, susceptível de relevar para o efeito de se reconhecer a existência de uma situação de compropriedade ou no quadro do instituto do enriquecimento sem causa”.

Aqui temos uma consideração valorativa diferente daquela que acabámos de ver na anterior decisão do STJ. Vejamos a história primeiro.

⁷⁷ - Acórdão do TRC, processo 201/12.9T2ALB.C1 de 28/01/2014, disponível [em linha] www.dgsi.pt (consultado a 05-05-2017).

A demanda B, alegando que viveu em união de facto com a Ré e que durante o período terão adquirido em comum diversos bens móveis e imóveis, pretendendo a divisão de bens, além de invocar um crédito sobre B resultante do pagamento de mútuos bancários contraídos por ambos.

O que nos importa referir são as conclusões do Tribunal. Afirma este:” a tutela dos interesses patrimoniais daqueles que viveram em união de facto, não estando regulada na Lei nº 7/2001 de 11 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei nº 23/2010 de 30 de Agosto, também não pode ser decalcada da que a lei prevê para a partilha subsequente à dissolução do casamento, isto é, do inventário com o processo dos artºs 1404 e seguintes.

Desde logo, não há um regime de bens a determinar a titularidade dos mesmos entre os unidos de facto, nem sequer uma situação que se possa dizer de comunhão traduzida em quotas ideais sobre a globalidade dos bens adquiridos - com bens ou trabalho - pelos dois membros da união.

A união de facto entre duas pessoas não é, por si só, susceptível de gerar direitos patrimoniais relativamente a bens contraídos na constância de tal união, não podendo falar-se de património comum - neste preciso sentido, entre outros, José António França Pitão, “Unões de Facto e Economia Comum”, 3ª ed., Almedina 2011, pág. 156 -, muito embora a maior parte das vezes os bens tenham sido adquiridos com dinheiro de ambos ou, pelo menos, com o esforço de ambos.

A doutrina tem vindo a defender que, sendo o casamento e a união de facto situações materialmente diferentes, pese embora a legislação que recentemente vem sendo publicada, *maxime* a Lei nº 7/2001, de 11 de Maio; a Lei nº 9/2010, de 31 de Maio e a de Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, o facto é que o legislador mantém o regime da união de facto como realidade autónoma e distinta do casamento, não há qualquer base legal para estender à união de facto as disposições que ao casamento se referem entre

outros, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, “Curso de Direito da Família”, Vol. I, 4^a ed., Coimbra Editora 2008, pág. 57.

Mais, se a Lei n.º 7/2001, de 11.05, no seu art.º 8.º, n.º 1, determina os modos de dissolução da união de facto, não há nenhuma disposição nesse ou noutro diploma legal a regular as consequências dessa dissolução.

Assim, e na ausência de regulamentação específica, as relações patrimoniais geradas na constância da união de facto serão regidas com recurso às regras gerais, tendo a doutrina vindo a pronunciar-se no sentido de que, a entender-se haver lacuna susceptível de preenchimento por analogia, sempre deveria ser por recurso ao regime da separação de bens.

Com efeito, neste regime também não há bens comuns, mas tão só bens próprios ou bens em compropriedade, pelo que, em matéria de titularidade e partilha de bens a solução não diferirá da encontrada para o casamento celebrado sob o regime da separação, sito, José A. França Pitão, obra citada, pág. 158.

Como a jurisprudência e a doutrina têm vindo a defender, a situação de uma pessoa haver adquirido bens com a colaboração de outra, no âmbito de uma relação de união de facto só é, eventualmente, susceptível de relevar para o efeito de se reconhecer a existência de uma situação de compropriedade ou no quadro do instituto do enriquecimento sem causa – neste preciso sentido, entre outros, os Acórdão do TRL de 26.10.2010, do TRP de 19.02.2004 e Acórdãos do STJ de 27.09.2011, de 08.05.2003, e de 31.03.2009, todos disponíveis no site www.dgsi.pt.

Mas não é seguramente o caso dos autos, uma vez que não estão em causa, na divisão pedida, coisas na aceção, supra referida.

Por outro lado, como é sabido, o inventário para partilha subsequente ao divórcio - art.º 1404º do Código do Processo Civil, que será o diploma a citar sem menção da sua origem, destina-se a partilhar o património comum do casal unido pelo casamento conforme n.º 1 do artigo 1689º do C. Civil.

Para Lopes Cardoso - Partilhas Judiciais, III vol., 3ª ed., p. 348 -, o objectivo deste inventário é o de partilhar os bens que fazem parte dum património comum nos precisos termos que a lei civil estabelece - art.º 1689.º do Código Civil.

O património comum dos cônjuges constitui uma massa patrimonial a que, em vista da sua especial afetação a lei concede certo grau de autonomia embora limitada e incompleta, mas, que pertence aos dois cônjuges em bloco, sendo ambos titulares de um único direito sobre ela segundo leitura do Curso de Direito da Família, pág. 397, do Prof. Pereira Coelho.

Os bens comuns dos cônjuges, constituem assim, objecto, não de uma relação de compropriedade, mas de uma propriedade colectiva ou de não comum, neste sentido, Antunes Varela, Direito da Família, pág. 436.

Cada um dos cônjuges tem, assim, uma posição jurídica em face do património comum, no qual participam por metade, posição que a lei tutela nos termos do art.º 1730.º do Código Civil.

Ou seja, cada um dos cônjuges tem um direito à meação, um verdadeiro direito de quota que exprime a medida de divisão e que virá a realizar-se no momento em que esta deva ter lugar. Cada cônjuge receberá na partilha os bens próprios e a sua meação no património comum, conferindo previamente o que dever a esse património.

Por outro lado, se no decurso da sociedade conjugal os cônjuges se tornam devedores entre si, designadamente, quando por bens próprios de um deles se dá

pagamento a dívidas da exclusiva responsabilidade do outro, ou quando tratando-se de dívida da responsabilidade solidária de ambos um deles satisfaz voluntariamente maior quantia que o outro ou a sua totalidade, só na subsequente partilha poderão tais créditos ser exigidos.

Decorrendo tal partilha em processo de inventário, tais créditos, embora não sendo objeto de relação, devem ser levados à conferência de interessados, não se justificando a remessa dos interessados para o processo de prestação de contas.

O processo de inventário subsequente ao divórcio, é pois, o meio adequado para se conhecer dos chamados “créditos de compensação” entre os cônjuges, e não o processo especial de divisão de coisa comum ou de prestação de contas. Mais, sendo a aquisição anterior ao casamento, não fazendo parte dos bens integrados na comunhão, não integra o património comum a ser partilhado no inventário subsequente ao divórcio.

Tem aqui aplicação a opinião de Lopes Cardoso, segundo a qual, “se subsistir compropriedade entre os cônjuges, o processo para a fazer cessar será o da divisão da coisa comum, jamais o inventário” - Partilhas Judiciais, III, 3ª ed. pág. 346”.

Neste caso, o tribunal não vai tão longe quanto o STJ, remete-se à doutrina tradicional de aplicação das regras comuns de direito às relações patrimoniais que ocorrem na união de facto, não criando uma espécie de espaço axiológico de proteção da desta situação.

CAPÍTULO III - AS DIFERENÇAS ENTRE O CASAMENTO E A UNIÃO DE FACTO E A PREVALÊNCIA LEGAL DO PRIMEIRO

3.1. Recapitulação: Família, casamento e união de facto na lei e jurisprudência portuguesas

Depois desta longa jornada, a primeira afirmação a fazer é que a lei, seja constitucional, seja ordinária, dedica uma “atenção especial à família e ao casamento”⁷⁸. Curiosamente, não existe semelhante desenvolvimento em relação á união de facto.

Acresce, que sendo certo que a expressão família ocupa lugar central no léxico constitucional, e que o conceito de família aí apontado é considerado como aberto (vide capítulo II), a verdade é que a regulação mais intensa, bem como a maior proteção legal é dedicada ao casamento, como também já vimos. É o casamento que ocupa o lugar central na regulação da família portuguesa.

Uma explicação para tal encontra-se na própria dinâmica constitucional, pois se por um lado, o artigo 36.º da CRP aponta para um conceito aberto de família, não impondo qualquer modelo de família, e parecendo razoavelmente atento à evolução social que identificámos no capítulo I deste trabalho: o surgimento da “família negociada” que não está em conformidade com a norma familiar tradicional, mas varia de acordo com os desejos e expectativas dos seus membros, que decidem o que é melhor para eles por meio da discussão. Entram no relacionamento numa base de igualdade.

⁷⁸ - JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, op. cit. p. 807.

No entanto, se o artigo 36.º segue, ou assegura a concretização desta dinâmica, já o artigo 67.º da CRP impõe ao Estado o dever de proteger a família enquanto elemento essencial da sociedade, dando uma perspetiva institucional à família. A família é um espaço de liberdade pessoal, mas também um espaço de construção social, daí que acabe por ser realçado um modelo predominante de família. Este aspeto acaba por ser reconhecido pelos sociólogos Anthony Giddens e Ulrich Beck⁷⁹, que afirmam ter as pessoas mais opções em termos dos seus relacionamentos e arranjos familiares, mas não acreditam que sejam tão livres quanto se possa sugerir.

Ainda existem padrões subjacentes e experiências compartilhadas de relacionamentos que são uma consequência da nossa vida numa sociedade ‘tardo-moderna’, em vez de existirem apenas famílias diversas e aleatórias.

Como escreve Barbosa de Melo⁸⁰, se o artigo 36.º da CRP, faz realçar a dimensão individual subjetiva dos direitos dos membros da família, incluindo o próprio direito a constituir família e em que termos, enfatizando o valor da liberdade, já o artigo 67.º da CRP avulta como tutela da família enquanto instituição. E esta tutela institucional sem que ser concatenada com o artigo 2.º da CRP, que garante uma constituição baseada na dignidade da pessoa humana, impondo, nas palavras de Jorge Miranda e Rui Medeiros, uma conceção personalista da família e do casamento⁸¹.

Assim, resulta da interpretação dos vários artigos da Constituição que a família não é no ordenamento português um mero contrato resultante da vontade individual das partes, mas uma instituição de carácter personalista. Veja-se o que escrevem Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, “O individualismo é, pois, incompatível com

⁷⁹ - Cfr. Cap. I.

⁸⁰ - BARBOSA DE MELO, **A Família na Constituição**, p. 496.

⁸¹ - JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, op. cit. p. 807.

a noção de comunidade familiar, e nem pelo artefacto da personalidade jurídica da família se estabelecerá uma família”⁸².

Esta não é uma mera afirmação gratuita, mas tem relevância prática, como resulta expresso no acórdão 154/09 do Tribunal Constitucional que a propósito do Processo Penal, designadamente o artigo 134.º, que permite que familiares de arguidos se recusem a depor, afirma claramente. “o fundamento último da legitimidade da recusa a depor por parte das pessoas indicadas no n.º 1 do artigo 134.º do CPP, situa-se no interesse da família enquanto elemento fundamental da sociedade e espaço de desenvolvimento da personalidade dos seus membros (n.º1 do artigo 67.º da CRP), cuja importância supera o interesse da punição dos culpados. A possibilidade de um familiar próximo vir a ser constrangido a testemunhar contra outro perturba a confiança, fundada no afecto ou nas projecções sociais sobre o afecto devido, que é o cimento da coesão desse elemento básico da sociedade”⁸³.

Por este ângulo, o que a regra do n.º 1 do artigo 134.º do CPP protege, em última linha, é a confiança e a espontaneidade inerentes à relação familiar, prevenindo

⁸² - Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, **A Comunidade Familiar**, in Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Coord. Guilherme de Oliveira, IUC, Coimbra, 2016, p. 11.

⁸³ - O modo de ser específico da família, a sua génese e a sua justificação, estão na capacidade de amor de todos os seus membros, amor que determina uma comunidade de vida. Comunidade bem mais estreita do que a mera comunidade social, também assente em grande parte no Amor mas com este menos presente e muitas vezes menos visível. 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. (Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, op. cit. p. 11).

(enquanto desenho do sistema jurídico relativo a esse ambiente privilegiado no qual as relações e as trocas de informação se devem desenvolver sem receio de aproveitamento por terceiros ou pelo Estado) e evitando (quando, perante um concreto processo, o risco passa de potencial a actual) que sejam perturbadas pela possibilidade de o conhecimento de factos que essa relação facilita ou privilegia vir a ser aproveitada contra um dos membros”⁸⁴.

Acrescentando, “Trata-se de uma forma de protecção dos interesses de consciência e das vinculações sócio-afectivas respeitantes à vida familiar que encontra apoio no n.º 1 do artigo 67.º da Constituição e que outorga ao indivíduo uma faculdade que se compreende no direito (geral) ao desenvolvimento da personalidade, também consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, enquanto materialização do postulado básico da dignidade da pessoa humana”⁸⁵.

É esta a razão fundamental a consideração institucional e personalista da família acreditamos, que leva a que a lei ordinária assuma o casamento como forma por excelência de constituir família. Isso é muito claro na lei civil. Como afirmam Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez Campos, “A família é uma comunidade particularmente propícia à realização pessoal das pessoas, mas não uma identidade diferente destas e muito menos superior ou soberana. A família enquanto comunidade visa o bem de todos e cada um dos indivíduos que a integram”⁸⁶.

O Código Civil, embora elaborado em 1966, na vigência do Estado Novo e de outro conceito de família, já foi objeto de várias revisões. Uma delas de fundamental importância em 1977, após a revolução de 25 de Abril de 1977. No Preâmbulo do

⁸⁴ - Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 154/09, disponível [em linha] em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090154.html>

⁸⁵ - Idem

⁸⁶ - Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, - **A Comunidade Familiar**, in Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Coord. Guilherme de Oliveira, IUC, Coimbra, 2016, p. 10.

Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro que procedia a essas alterações afirmava-se claramente que, “Pelo presente diploma se dá cumprimento ao imperativo constitucional dominante do disposto no n.º 3 do artigo 293.º, da Constituição.

Não obstante, ao programar o trabalho a executar nesta 1.ª fase, não se limitou o Governo ao mínimo exigido pela Constituição.

A necessidade de ajustar o Código Civil à Constituição em matéria de direitos, liberdades e garantias, importava só por si, uma tarefa que sobre ser complexa, se revelou muito mais vasta do que à primeira vista poderia afigurar-se a um observador desatento ou menos familiarizado com a Constituição e o Código Civil.

É que, para dar satisfação aos princípios constitucionais que impõem a plena igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e a não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, houve que rever em extensão e profundidade o regime do casamento e da filiação.

Feito isto, impunha-se a adaptação e o reequilíbrio de institutos que não podiam manter-se alheios às inovações introduzidas: caso da adopção, e em certa medida, do capítulo das sucessões”.

Mais tarde, foram feitas mais alterações no Livro IV do Código Civil dedicado ao Direito da Família. Contudo, em nenhuma dessas alterações foi modificado o artigo 1576.º que dispõe: “São fontes das relações jurídicas familiares, o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção”. Por isso, Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos escrevem: “A família em sentido jurídico é integrada pelas pessoas que se

encontram ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção (artigo 1576.º do Código Civil) ”⁸⁷.

A própria noção de casamento sofreu alterações ao longo do tempo. De acordo com a versão inicial do Código Civil contida no Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro, “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir legitimamente a família mediante uma comunhão plena de vida.”

Depois, com a alteração já identificada a propósito da revolução de 25 de Abril de 1974, “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.”

Em 2010, para permitir o casamento entre homossexuais, “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”. (Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio).

O casamento sofreu uma evolução que se pode dizer que foi realizada em três degraus. Num primeiro degrau, em 1966, o casamento era heterossexual, mas o homem surgia como Chefe de Família. Havia uma ideia patriarcal de casamento, depois, em 1977, o casamento continuou a ser heterossexual, mas foi determinada a igualdade entre os sexos. E já no século XXI passou-se a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A característica da heterossexualidade foi abandonada.

Mas a família continua a ser definida essencialmente, em termos legais, pelo casamento.

⁸⁷ - Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, - **A Comunidade Familiar**, in Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Coord. Guilherme de Oliveira, IUC, Coimbra, 2016,p.9.

TABELA Nº 2 – CASAMENTOS EM PORTUGAL

Anos	Registos		
	Casamentos		
	Total	Entre pessoas do sexo oposto	Entre pessoas do mesmo sexo
1960	69 457	69 457	//
1961	78 199	78 199	//
1962	70 817	70 817	//
1963	71 209	71 209	//
1964	73 310	73 310	//
1965	75 483	75 483	//
1966	77 199	77 199	//
1967	78 864	78 864	//
1968	76 553	76 553	//
1969	79 180	79 180	//
1970	81 461	81 461	//
1971	83 438	83 438	//
1972	77 325	77 325	//
1973	84 334	84 334	//
1974	81 724	81 724	//
1975	103 125	103 125	//
1976	101 885	101 885	//
1977	91 403	91 403	//
1978	81 111	81 111	//
1979	80 141	80 141	//
1980	72 164	72 164	//
1981	76 283	76 283	//
1982	73 660	73 660	//
1983	74 917	74 917	//
1984	69 875	69 875	//

1985	68 461	68 461	//
1986	69 271	69 271	//
1987	71 656	71 656	//
1988	71 098	71 098	//
1989	73 195	73 195	//
1990	71 654	71 654	//
1991	71 808	71 808	//
1992	69 887	69 887	//
1993	68 176	68 176	//
1994	66 003	66 003	//
1995	65 776	65 776	//
1996	63 672	63 672	//
1997	65 770	65 770	//
1998	66 598	66 598	//
1999	68 710	68 710	//
2000	63 752	63 752	//
2001	58 390	58 390	//
2002	56 457	56 457	//
2003	53 735	53 735	//
2004	49 178	49 178	//
2005	48 671	48 671	//
2006	47 857	47 857	//
2007	46 329	46 329	//
2008	43 228	43 228	//
2009	40 391	40 391	//
2010	⊥ 39 993	⊥ 39 727	⊥ 266
2011	36 035	35 711	324
2012	34 423	34 099	324
2013	31 998	31 693	305
2014	31 478	31 170	308
2015	32 393	32 043	350
2016	32 399	31 977	422

Casamentos

Fontes de Dados: INE - Estatísticas de Casamentos

Fonte: PORDATA

Última actualização: 2017-04-27

Simbologia

⊥ Quebra de série

Pro Valor provisório

... Confidencial
// Não aplicável
- Ausência de valor

x Valor não disponível
f Valor previsto
Rv Valor revisto

TABELA Nº 3 – POPULAÇÃO RESIDENTE SEGUNDO OS CENSOS EM UNIÕES DE FACTO

Anos	Indivíduo	
	População residente com 15 e mais anos	
	Total	Casados sem registo / População em uniões de facto
2001	8 699 515	381 120
2011	8 989 849	729 832

População residente segundo os Censos em uniões de facto

Fontes de Dados: INE - XIII, XIV e XV Recenseamentos Gerais da População

Fonte: PORDATA

Comentário:

As tabelas nº 2 e 3 demonstram que em Portugal se procura constituir família, embora o casamento diminua. Mas tal diminuição é compensada pelo aumento das uniões de facto.

3.2. Personalismo. Um conceito transversal

Tendo referenciado a estrutura personalista como fundamental na determinação do conceito de família na CRP, é mister fazer uma curta incursão no conceito e na filosofia personalista, de modo a se entender precisamente aquilo que está na base da lei portuguesa.

Embora tenha sido apenas na primeira metade do século XX que o termo personalismo se tornou conhecido como uma designação de escolas e sistemas filosóficos, o pensamento personalista desenvolveu-se ao longo do século XIX como uma reação aos elementos despersonalizadores percebidos no racionalismo iluminista, no panteísmo, no absoluto hegeliano, no individualismo, coletivismo e no determinismo materialista, psicológico e evolucionista⁸⁸. O personalismo configura-se como uma Filosofia realista dotada de características específicas como uma visão do mundo ontológica, uma crença na capacidade do homem em atingir a verdade e na sua liberdade, a existência de uma natureza humana que se modifica acidentalmente e uma dimensão ética e religiosa.

Nas suas várias estirpes, o personalismo sempre ressalta a centralidade da pessoa como o *locus* principal de investigação para estudos filosóficos, teológicos e humanísticos. Trata-se de uma abordagem ou sistema de pensamento que considera a pessoa como o último princípio explicativo, epistemológico, ontológico e axiológico de toda a realidade.

⁸⁸ - THOMAS BUFFORD E HAROLD OLIVER, - *Personalism Revisited. Its proponents and critics*. Rodopi. Amsterdam.2002, p. 25 e ss.

O personalismo existe em muitas versões diferentes, e isso torna um pouco difícil defini-lo como um movimento filosófico e teológico. O personalismo é um movimento difuso e eclético e não tem um ponto de referência universal. De fato, é mais apropriado falar de muitos personalismos do que de um personalismo. Em 1947, Jacques Maritain poderia escrever que há pelo menos "uma dúzia de doutrinas personalistas, que às vezes não têm nada mais em comum do que a palavra" pessoa "⁸⁹.

Talvez seja mais apropriado falar de personalismo como uma "visão de mundo" atual ou mais ampla, uma vez que representa mais de uma escola ou uma doutrina; ao mesmo tempo as formas mais importantes de personalismo exibem alguns pontos comuns centrais e essenciais.

O mais importante é a afirmação geral da centralidade da pessoa para o pensamento filosófico. O personalismo postula a realidade e o valor supremos da personalidade. Enfatiza a importância, singularidade e inviolabilidade da pessoa, bem como a dimensão essencialmente relacional ou comunitária da pessoa. O título "personalismo" pode, portanto, legitimamente ser aplicado a qualquer escola de pensamento que se centre na realidade das pessoas e seu *status* único entre os seres em geral, e os personalistas normalmente reconhecem as contribuições indiretas de uma ampla gama de pensadores ao longo da história da filosofia que não se consideravam personalistas.

Os personalistas acreditam que a pessoa humana deve ser o ponto de partida ontológico e epistemológico da reflexão filosófica. Estão preocupados em investigar a experiência, o *status* e a dignidade do ser humano como pessoa, e consideram isso como o ponto de partida de toda análise filosófica subsequente.

⁸⁹ - Idem

Os personalistas consideram a personalidade (ou "personalidade") como a noção fundamental, como aquela que dá sentido a toda a realidade e constitui o seu supremo valor. A personalidade traz consigo uma dignidade inviolável que merece um respeito incondicional. O personalismo não tem sido, na sua maioria, uma filosofia teórica da pessoa. Embora defenda uma compreensão teórica única da pessoa, essa compreensão é em si mesma, de modo a apoiar a priorização da filosofia moral, enquanto ao mesmo tempo a experiência moral da pessoa é tal que determina decisivamente a compreensão teórica. Para os personalistas, uma pessoa combina subjetividade e objetividade, atividade causal e receptividade, unicidade e relação, identidade e criatividade. Sublinhando a natureza moral da pessoa, ou a pessoa como sujeito e objeto da atividade livre, o personalismo tende a se concentrar na ação prática, moral e questões éticas⁹⁰.

O personalismo oferece uma mudança de perspectiva antropológica-ontológica dentro de uma metafísica existente e extrai as consequências éticas dessa mudança. Representado por figuras como Jacques Maritain, Yves Simon, Étienne Gilson, Robert Spaemann e Karol Wojtyła, o personalismo tomista baseia-se nos princípios da filosofia filosófica de Tomás de Aquino e antropologia teológica no que vê como um desenvolvimento coerente de elementos incipientes do pensamento de Aquino.

Os personalistas católicos, enfatizam especificamente o papel decisivo do pensamento medieval, e em particular o escolasticismo, para o desenvolvimento do personalismo. Étienne Gilson, por exemplo, observou que, onde Platão localiza o centro da realidade em ideias, e Aristóteles coloca ênfase não em indivíduos numéricos, mas na forma específica universal, Tomás de Aquino viu a pessoa individual como única entre os seres por causa da razão e autodomínio. Embora ninguém tenha chegado a chamar Tomás de Aquino como personalista, alguns sugerem que ele forneceu o solo necessário no qual a teoria personalista poderia enraizar-se.

⁹⁰ - EMMANUEL MOUNIER, - **Manifesto ao serviço do personalismo**. Livraria Moraes Ed. Lisboa, 1967.

O termo pessoa, vem da personalidade latina, cujas origens são rastreáveis ao drama grego, onde o πρόσωπον, ou máscara, tornou-se identificado com o papel que um ator assumiria em uma determinada produção. Tal uso é hoje transposto na palavra "persona", referindo-se a personagens de literatura ou drama ficcional, ou a segunda identidade, que as pessoas adotam, para o comportamento em determinados contextos sociais. Entretanto, a sua introdução na corrente dominante da linguagem intelectual veio com o discurso teológico durante o período patrístico, notadamente as tentativas de esclarecer ou definir verdades centrais da fé cristã.

Embora o conceito de pessoa tenha sido desenvolvido primeiramente no contexto teológico, com referência às pessoas da Trindade, os conceitos filosóficos gregos gerais envolvidos nestas origens trinitológicas facilitaram a sua aplicação também aos seres humanos.

A definição clássica, básica e puramente filosófica, que ainda é aceita pelos personalistas, até o momento, foi dada cedo por Boécio: "*persona est naturae rationalis individua substantia*". A pessoa é um indivíduo que possui uma natureza racional. É esta natureza racional e espiritual que dá origem às diferentes qualidades que distinguem a pessoa, qualidades às quais os personalistas atribuem importância decisiva⁹¹.

Os primeiros conceitos modernos de subjetividade e autoconsciência acrescentaram novos elementos à definição e compreensão do conceito central de personalismo. O dualismo epistêmico de Immanuel Kant, sublinhando a importância do sujeito e do objeto no conhecimento, abriu tanto a porta à forma idealista do personalismo como à fenomenologia e ao existencialismo que se tornaram tão importantes para o personalismo do século XX. Kant também contribuiu significativamente para a compreensão personalista da dignidade humana. Ao contrário

⁹¹ - RICARDO TIMM DE SOUZA, - **As fontes do humanismo latino: volume 02**. Edipucrs, Porto Alegre, 2004.

de Hobbes, para quem "o valor de um homem" é "seu preço", e dignidade é "a valor público de um homem", Kant considerava a dignidade como "valor intrínseco"⁹².

O personalismo surge assim como uma reação aos modos de pensamento impersonalistas que eram percebidos como desumanizantes. A dinâmica impessoal do panteísmo e do monismo modernos, tanto nas suas formas racionalistas quanto românticas, está na base de muitas das filosofias modernas contra as quais o personalismo se opõe, tanto idealistas quanto materialistas⁹³.

O personalismo sempre resistiu à absorção do indivíduo na coletividade, afirmando o valor inerente da pessoa singular. A pessoa nunca deve ser um mero meio para um fim, subordinado à vontade e aos propósitos de outro. O Estado existe para pessoas, e não pessoas para o Estado.

O personalista Jean Lacroix justifica-se em declarar o personalismo como uma "anti ideologia", despertada por situações sociais e políticas que são alienantes da pessoa humana; em face de tais forças impersonalistas, o personalismo reafirma a dignidade absoluta e a inter-relacionalidade da pessoa humana. Maritain também escreveu sobre o personalismo como "um fenómeno de reação" contra os "dois erros opostos" do totalitarismo e do individualismo. Ao contrário do coletivismo hegeliano e do feroz individualismo do super-homem de Nietzsche, esses pensadores enfatizavam tanto a dignidade inviolável da pessoa individual como, ao mesmo tempo, sua natureza social e relacionalidade essencial.

No século XX, personalistas reuniram-se especialmente em torno de três centros europeus de ensino superior: Paris, Munique e Lublin. Até recentemente, o mais conhecido e mais prolífico dessas três escolas era o grupo parisiense. Entre a Primeira e

⁹² - Idem.

⁹³ - THOMAS BUFFORD E HAROLD OLIVER, - *Personalism Revisited. Its proponents and critics*. Rodopi. Amsterdam. 2002.

a Segunda Guerras Mundiais, o movimento personalista francês girou em torno de uma revista mensal, *Esprit*, fundada por Emmanuel Mounier (1905-1950) e um grupo de amigos em 1932. Diante do colapso económico e da desorientação política e moral, os personalistas propuseram a pessoa humana como o critério segundo o qual uma solução para a crise que devia ser moldada. A nova e irreduzível chave do pensamento, especialmente em relação à organização social, era a pessoa humana.

No seu ensaio programático “*Refaire la Renaissance*”, que apareceu na primeira edição de *Esprit*, Mounier propôs a necessidade de desassociar o mundo espiritual da burguesia degradada e materialista.

Em suma, muito em linha com as origens do personalismo do final do século XVIII e início do século XIX, Mounier, antes da Segunda Guerra Mundial, voltou-se contra o desenvolvimento impersonalista da democracia parlamentar individualista e da cultura de massas que viera moldar os países de Europa Ocidental.

Para o personalismo, um endosso simples e acrítico da democracia liberal não é uma garantia suficiente contra o totalitarismo, uma vez que a democracia liberal também tende a absorver as ideias impersonalistas. A reação religiosa política e tradicionalista não era uma alternativa para Mounier. Tinha de haver uma verdadeira revolução, consistindo na criação de um novo humanismo, onde o ideal burguês de “ter” cederia ao “ser” cristão, um ser em comunhão com os outros.

A revolução espiritual imaginada por Mounier deveria ser acima de tudo obra de testemunhas comprometidas com a verdade, que através da renovação interior e fé viva galvanizaram as massas numa nova estrutura comunal. Tal revolução implicava um triplo compromisso: denúncia, meditação e planeamento técnico.

O trabalho de Mounier atraiu a atenção de importantes pensadores franceses como Gabriel Marcel, Denis de Rougemont e Jacques Maritain, que através de suas

pesquisas, palestras e escritos ajudaram a desenvolver o pensamento personalista francês. Maritain, que trabalhou com Mounier durante vários anos, foi responsável por trazer personalismo francês para os Estados Unidos.

Depois da guerra, o personalismo europeu, liderado pelo próprio Mounier, adaptou-se e tomou uma visão mais acrítica da democracia liberal, e Maritain desempenhou um papel na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948.

Embora o personalismo compreenda muitas formas diferentes e ênfases, algumas características distintivas podem ser discernidas. Estas incluem a insistência na diferença radical entre pessoas e não pessoas e na irreducibilidade da pessoa a fatores espirituais ou materiais impessoais, uma afirmação da dignidade das pessoas, uma preocupação com a subjetividade e a autodeterminação da pessoa e um ênfase especial sobre a natureza social (relacional) da pessoa.

Ao enfatizar a singularidade das pessoas em relação a todas as outras entidades, os personalistas influenciados pelo tomismo designam a linha divisória essencial da realidade como a que separa o ser pessoal e o não pessoal. As relações com pessoas, portanto, requerem um paradigma ético diferente do usado para descrever relações com realidades não-pessoais. As "regras" de lidar com a realidade não pessoal, não se mantêm quando se trata de pessoas e vice-versa. Esta dicotomia radical entre pessoas e não-pessoas é essencialmente ontológica, mas produz consequências imediatas no plano ético.

No centro está uma afirmação da dignidade da pessoa, a qualidade insistida já pelos pensadores medievais, que constitui a excelência única da personalidade e que dá origem a exigências morais específicas.

Dignidade refere-se ao valor inerente da pessoa, como um "alguém" e não apenas "algo", e isso confere uma absolutidade não encontrada noutros seres. A linguagem da dignidade exclui a possibilidade de envolver pessoas em “*trade-off*”, como se o seu valor fosse uma função da sua utilidade. Toda pessoa sem exceção tem um valor inestimável, e ninguém é dispensável ou intercambiável. A pessoa nunca pode ser perdida ou assimilada plenamente na coletividade, porque a sua inter-relação com outras pessoas é definida pela posse de um valor único e insubstituível.

Para os personalistas, a dignidade humana como tal não depende de variáveis como inteligência, habilidade atlética ou proezas sociais. Também não pode resultar meramente de boa conduta ou mérito moral. Deve, antes, estar enraizada na própria natureza humana, de modo que, no nível mais profundo, apesar das variações da conduta moral e das diferenças morais resultantes, todos os membros da espécie compartilhem dessa dignidade. A diferença entre ser algo e alguém tem sido vista como tão radical que não admite graus. A maioria dos personalistas negou que a personalidade seja algo que pode ser gradualmente alcançado. É como uma função binária (1 ou 0) ou um interruptor de alternância (ligado ou desligado), que não admite nenhum ponto intermediário⁹⁴.

⁹⁴ - MARCEL, GABRIEL, 1963, - *The Existential Background of Human Dignity*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

- MARITAIN, JACQUES, 1947, - *La personne et le bien commun, trans. The Person and the Common Good*, by John J. Fitzgerald, Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 1985.

- GILSON, ÉTIENNE, 1932, - *L'esprit de la philosophie médiévale*. Paris: Librairie philosophique J. Vrin. (See especially ch. 10, “Le personnalisme chrétien”, 195–215).

CONCLUSÕES

O Direito para ser eficiente, tem que refletir a realidade da vida, sobretudo numa área tão sensível e estruturante para a sociedade como a família.

Ora, a Constituição Portuguesa e a legislação acabam por demonstrar essa flexibilidade que simultaneamente garante a liberdade individual e a estruturação social da família. Tal é possível pela adoção de uma visão personalista e assente na dignidade da pessoa humana, que ao mesmo tempo respeita a subjetividade pessoal, mas garante que esta não é submergida, por formas de impersonalização.

Por estes motivos, o conceito de família é aberto, abrangendo várias possibilidades de constituição de família, mas o casamento continua a ser a forma mais regulada de constituição familiar. E a regulação da união de facto existe, mas não vai além daquilo que se considera necessário para proteger a pessoa e a sua dignidade.

Respondo às questões colocadas no início deste trabalho: Qual o sentido de regular uma relação que propositadamente foi deixada desregulada pelos seus intervenientes? Neste caso, por que equiparar a união de facto ao casamento, quando parece existir uma opção de não casamento. E a mesma questão se coloca ao nível do casamento.

Até que ponto deve o Estado regular uma situação que diz respeito essencialmente à vida entre duas pessoas? Esta a questão que hoje se coloca: qual o sentido e alcance da regulação legislativa do casamento e da união de facto na sociedade moderna?

A resposta que a lei portuguesa encontrou foi um misto de flexibilidade e estruturação, respeitando a liberdade de cada um, mas salvaguardando, ou tentando salvaguardar a dignidade e pessoalidade do cidadão. No centro da densificação constitucional e legal da família está a afirmação da dignidade da pessoa, a qualidade que constitui a excelência única da personalidade e que dá origem a exigências morais específicas. Dignidade refere-se ao valor inerente da pessoa, como um "alguém" e não apenas "algo", e isso confere uma absolutidade não encontrada noutros seres. A linguagem da dignidade exclui a possibilidade de envolver pessoas em “*trade-off*”, como se o seu valor fosse uma função da sua utilidade.

Toda pessoa sem exceção tem um valor inestimável, e ninguém é dispensável ou intercambiável. A pessoa nunca pode ser perdida ou assimilada plenamente na coletividade, porque a sua inter-relação com outras pessoas é definida pela posse de um valor único e insubstituível.

Nesta visão, a dignidade humana como tal não depende de variáveis como inteligência, habilidade atlética ou proezas sociais. Também não pode resultar meramente de boa conduta ou mérito moral. Deve, antes, estar enraizada na própria natureza humana, de modo que, no nível mais profundo, apesar das variações da conduta moral e das diferenças morais resultantes, todos os membros da espécie compartilhem dessa dignidade.

A diferença entre ser algo e alguém tem sido vista como tão radical que não admite graus. É como uma função binária (1 ou 0) ou um interruptor de alternância (ligado ou desligado), que não admite nenhum ponto intermediário.

E são estes os parâmetros da intervenção legislativa: liberdade, personalidade e respeito da dignidade da pessoa humana, constituindo o fundamento e os limites da intervenção normativa na regulação do casamento e da união de facto na sociedade

moderna. Com esta resposta fica cumprido o objetivo central a que nos propusemos com o nosso trabalho.

Verificámos também, que a lei não promove as similitudes dos regimes legais do casamento e união de facto. Pelo contrário, a regulação da união de facto tende a ser minimalista, apenas no sentido da proteção das pessoas.

Concluímos, finalmente, que a Constituição tem uma estrutura muito definida sobre a família assente nos artigos 2.º, 36.º e 67.º, que pode ser descrita como correspondendo a um conceito personalista da família.

Entendemos, como dissemos no princípio, que a família é a comunidade por excelência para a realização do ser humano enquanto portador de amor, solidariedade e companheirismo. Nessa medida, aceitando que o Direito não pode ser um impositor de regras que a prática social vai abandonando, como demonstram vários estudos sociológicos, defendemos que a comunidade política tem obrigação de estruturar um modelo de família suficientemente abrangente para englobar as várias tendências contemporâneas, mas suficientemente claro e protetor para não permitir que a total liberdade e o subjetivismo campeiem, porque a total liberdade de uns é a morte para outros. Assim, a Constituição Portuguesa a definir um modelo personalista de família está a exigir ao legislador que não se abstenha de legislar acerca da família, que não seja neutro. Que proteja as fórmulas de comunhão de vida encontradas.

Deve ser este o resultado essencial do nosso trabalho, a recusa, com base na letra da Constituição, naquilo a que Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos chamavam o favorecimento do compromisso “sempre variável entre interesses em concorrência, em que vence o mais forte; aparecendo a norma legal cada vez menos como norma e sempre mais como decisão”⁹⁵. Isto quer dizer que resulta da Constituição

⁹⁵ DIOGO LEITE DE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, op.cit.p.19.

que o Estado tem o dever de proteger a família enquanto instituição inter-individual e de comunhão de vida, não lhe sendo admissível optar por entregar tudo à decisão das partes.

Em suma, defendemos uma intervenção mais intensa do Estado na legislação sobre a família de modo a protegê-la, designadamente nos casos da União de Facto, em que se vê- de acordo com a jurisprudência que analisamos- que efetivamente existem partes fortes e fracas numa relação, e que estas últimas muitas vezes após a cessação da relação são objeto de verdadeiros "ataques judiciais", que merecem uma resposta mais elaborada em termos de proteção por parte do legislador.

BIBLIOGRAFIA

AL-MATEEN, C. & AFZAL, A. (2004). - *The Muslim child, adolescent, and family*.
Child and Adolescent Psychiatric Clinics of North America. 13.183.

ANTUNES VARELA, J. - **Direito da Família**. Lisboa, Livraria Petrony, 1987.

BUFFORD, THOMAS E HAROLD OLIVER, - *Personalism Revisited. Its proponents and critics*. Rodopi. Amsterdam.2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, - **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Vol. I. 4ª Edição. Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

CAVALEIRO, T., - **A união de facto no ordenamento jurídico português**.
Dissertação de Mestrado, U. Coimbra, Coimbra,2015.

CID, Nuno de Salter, - **A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito**. Almedina, Coimbra, 2005.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, - **Curso de Direito da Família**, polic.. Coimbra, 1981.

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme, - **Curso de Direito da Família, Introdução e Direito Matrimonial**. 4ª Edição. Coimbra Editora, Coimbra, 2008

CUNHA, S. - ”**Todos juntos para sempre. Representações e expectativas sobre a família e a adopção em crianças e jovens institucionalizados**”. Comunicação

ao VI Congresso Português de Sociologia, *Mundos Sociais: Saberes e Práticas*, 2008.

DIAS, C., - **Do regime da responsabilidade (pessoal e patrimonial) por dívidas dos cônjuges (problemas, críticas e sugestões)**. Tese de Doutoramento, U. Minho, Braga, 2007.

ERERA, PAULINE I., - *Family Diversity: Continuity and Change in the Contemporary Family*. 2002. Thousand Oaks, CA: Sage Publications, Inc.

GIDDENS, A. - *Sociology*. 7th edition. Londres: Polity. 2013.

GILSON, ÉTIENNE, 1932, - *L'esprit de la philosophie médiévale*. Paris: Librairie philosophique J. Vrin. (See especially ch. 10, "Le personnalisme chrétien": 195–215.)

HÖRSTER, HEINRICH, - «**Há necessidade de legislar em matéria de união de facto?**» in AA.VV., *Direito da Família e Política Social – Actas do Congresso Internacional* organizado de 1 a 3 de outubro de 1998 pela Faculdade de Direito da Universidade Católica (Porto) (M^a Clara Sottomayor e M^a João Tomé, Coords). Publicações Universidade Católica, Porto, 2001 (65-72)

LEITE DE CAMPOS, D. e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, - **Direito da Família**. Almedina, Coimbra, 2016.

LEITE DE CAMPOS, D. E MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, - **A Comunidade Familiar**, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*. Coord. Guilherme de Oliveira, IUC, Coimbra, 2016,

LEITE DE CAMPOS, D. e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, - **Lições de Direito da Família**, 3.^a reimp., Almedina, Coimbra, 2017.

MARCEL, GABRIEL, 1963, - *The Existential Background of Human Dignity*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

MARITAIN, JACQUES, 1947, - *La personne et le bien commun*, trans. **The Person and the Common Good**, by John J. Fitzgerald, Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 1985.

MENDES, João de Castro - «**Família e casamento**», in AA.VV. Estudos sobre a Constituição, 1.º Volume. Livraria Petrony, Lisboa, 1977

MORGAN, L. (1998). - *Sociology of family*. *Journal of Comparative Family Studies*. 19. 453.

MOUNIER, EMMANUEL, - **Manifesto ao serviço do personalismo**. Livraria Morais Ed. Lisboa, 1967

NETO, RENATO DE OLIVEIRA, - **Contrato de Coabitação na União de Facto – Confronto entre o Direito Brasileiro e Português**. Almedina, Coimbra, 2006.

OLIVEIRA, Guilherme de, - «**Nota sobre a Lei n.º 23/2010 de 30 de Agosto (Alteração à lei da união de facto)**», in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família. Ano 7, n.º 14, 2010 (139 – 153).

PEREIRA COELHO, F., - **Curso de Direito da Família**. 4^a ed., vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

PITÃO, António França, **União de facto no direito português**. A propósito da Lei n.º 135/99, de 28/08. Almedina, Coimbra, 2000.

POPENOE, DAVID. (1988). - *Disturbing the Nest: Family Change and Decline in Modern Societies*. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers.

RUETHER, ROSEMARY R. (2001). - *Christianity and the Making of the Modern Family*. Boston, MA: Unitarian Universalist Association of Congregations.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, - **O direito geral de personalidade**. Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

TIMM DE SOUZA, R., - **As fontes do humanismo latino: volume 02**. Edipucrs, Porto Alegre, 2004.

XAVIER, Rita Lobo, - «**Novas sobre a união “*more uxorio*” em Portugal**», in Estudos dedicados ao Professor Mário Júlio de Almeida Costa. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2002 (1393-1406).