

A UNIÃO DE FACTO NO DIREITO PORTUGUÊS

1. *A União de Facto antes da Constituição de 1976*

A «união de facto» era olhada com desfavor pela ordem jurídica portuguesa anterior à Constituição de 1976. Com efeito, na Constituição de 1933 não se fazia qualquer referência à união de facto e no art.º 1576º do Código Civil de 1966 dizia-se claramente que eram fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a adopção e a afinidade. O casamento estava claramente regulado nos art.ºs. 1587º a 1795º e dessa regulação não se vislumbra qualquer sombra de apoio ou facilidade para as uniões de facto. Aliás, era essa a filosofia de todo o regime político vigente até à revolução de 1974.

Apesar dos desfavores da lei, alguma jurisprudência teve dúvidas sobre a questão de saber se o art.º 495.º, n.º 3, do Código Civil protegia indirectamente a união de facto por atribuir o direito à indemnização por responsabilidade civil àqueles a quem o lesado prestava alimentos no cumprimento de uma *obrigação natural*. No acórdão de 26.5.71, do Supremo Tribunal de Justiça, decidiu-se que uma situação de mancebia não é fonte de direito à prestação de alimentos e que o falecimento, em acidente de viação, de homem amancebado, não causa à pessoa que com ele vive dano juridicamente relevante e indemnizável. A Relação de Lisboa também julgou um caso em que lhe era posto o mesmo problema¹.

Na doutrina, ninguém ousou pôr em causa os dados que resultavam da lei.

2. *A União de Facto na Constituição de 1976*

Após a revolução de 1974 foi eleita uma Assembleia Constituinte com o encargo de elaborar uma nova Constituição para o país.

No decorrer dos debates, travados em ambiente revolucionário, quando se discutia uma norma destinada a consagrar o direito fundamental a constituir família, a casar e à filiação, o deputado José Luis Nunes sustentou a tese de que o casamento deixara de ser «a forma única de constituição da família»².

O texto ficou assim redigido, após votação:

1 Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Maio de 1971 e da Relação de Lisboa de 20 de Fevereiro de 1974, o primeiro publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 207, p. 106, e o segundo sumariado no mesmo *Boletim*, n.º 234, p. 336.

2 *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 39, p. 1083.

«ARTIGO 36.º (FAMÍLIA, CASAMENTO E FILIAÇÃO)

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

Mas porque o texto constitucional não é claro, na medida em que alude separadamente ao direito de constituir família e ao direito de contrair casamento, como se o direito de casar seja algo diferente do direito de constituir família e não um dos modos de constituição de relações jurídicas familiares, logo surgiram as divergências sobre a determinação do sentido genuíno da norma constitucional.

E assim Heinrich Ewald Hörster pôde escrever que o art.º 36º, n.º 1, mostra-se manifestamente hostil à família (tradicional), fundada no casamento, visto ele permitir a constituição de família sem ter havido casamento³.

Outros entendem que o art. 36º, n.º 1, não exprime uma realidade diferente da família constituída pelo casamento. Foi o caso dos Profs. Castro Mendes e Jorge Miranda⁴.

Para a Procuradoria-Geral da República, o art. 36º, n.º 1, da Constituição de 1976 terá querido reconhecer aos cidadãos o direito de constituírem família, mesmo à margem do casamento, nomeadamente através da união de facto, permitindo que a esta realidade sociológica o legislador pudesse atribuir alguns efeitos jurídicos. Mas não mais do que isto. Não se passou do *ajurídico* para a equiparação das duas figuras, pelo que se não devem ter por contrárias à Constituição as leis que restrinjam quaisquer benefícios sociais apenas ao cônjuge de facto». A PGR citou em abono da sua tese as interpretações dos Profs. Gomes Canotilho, Vital Moreira e Pereira Coelho⁵.

Em sentido semelhante escreveu-se no acórdão do Supremo Tribunal de Justicia de 14-3-90⁶ que «para os pessoas ainda vinculadas pelo casamento, as situações «conjugais» de facto não poderão qualificar-se de formações familiares, pois isso seria contrário aos valores fundamentais do ordenamento, ao condenar a bigamia». Mas imediatamente antes escreveu-se que pode existir comunidade familiar não assente no casamento, susceptível de protecção jurídica sempre que revista as características de comunhão de vida e de seriedade, de continuidade, de lealdade, que lhe confere a eficácia de instrumento capaz de realizar os mesmos fins.

Na nossa interpretação do art.º 36º, n. 1, da Constituição, o seu sentido genuíno não permite concluir que os cidadãos possam constituir família através da união de facto. Com efeito, não definindo o art. 36º, 1, o conceito de *família* que usa, temos de entender que o legislador constituinte quis adoptar o conceito de família que existia no direito civil português vigente ao tempo. Ora, ao tempo (1975) estava em vigor —tal como ainda está hoje— o art.º 1576º do Código Civil, que define a família como o conjunto de relações jurídicas que resultam do casamento, do parentesco, da afinidade

3 «Inconstitucionalidade da Tributação Conjunta dos Cônjuges», in *Revista de Direito e Economia*, da Universidade de Coimbra, Ano III, n. 2, Julho-Dezembro de 1977, pp. 506 e 507.

4 *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, pp. 371 ss., e *Um Projecto de Revisão Constitucional*, Coimbra 1980, p. 38.

5 *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra 1978, p. 105, e pareceres da PGR de 18.3.82, processo n.º 4/82, e de 12.7.89, processo n.º 94/88, publicados, respectivamente, na *II Série do Diário da República* de 15.12.82 e no *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 388, pp. 55 a 74.

6 Publicado no *Boletim do Ministério de Justiça* n.º 395, pp. 591 a 593.

e da adopção. Que nos conste, a união de facto nunca foi considerada fonte de parentesco, de afinidade ou de adopção, e casamento não é certamente.

Logo, o que está aqui em causa é um conceito pré-constitucional de família: para o legislador constituinte, direito de constituir família identifica-se com a família moldada pela lei civil de 1966.

E então pergunta-se: com que finalidade, a seguir ao direito de constituir família, o preceito constitucional alude ao *direito «de contrair casamento em condições de plena igualdade»*?

O que se teve em vista foi frisar o *princípio da igualdade dos cônjuges* e não o direito de contrair casamento, pois este direito já estava abrangido pelo direito de constituir família. Não fazia sentido que logo a seguir ao direito de constituir família o legislador constituinte se preocupasse em assegurar o direito de contrair casamento, precisamente porque era do domínio comum que o casamento é a forma primordial de constituir família, é a fonte principal de relações jurídicas familiares. Como temos de presumir que a lei não tem palavras inúteis e o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, também temos de concluir que o direito de contrair casamento já está abrangido pelo direito de constituir família.

Mas se a família só se pode constituir de acordo com o conceito pré-constitucional, e neste conceito não cabe a união de facto, então torna-se evidente que a Constituição portuguesa não reconhece aos cidadãos o direito de constituírem família através da união de facto. Mas nem por isso a lei ordinária fica impedida de, aqui ou ali, atribuir à união de facto efeitos semelhantes aos do casamento, pois a Constituição não veda ao legislador ordinário a possibilidade de legislar sobre essa realidade sociológica que é a união de facto, tanto mais que essa realidade abrange uma mancha cada vez maior da sociedade. O que o legislador ordinário está é impedido de equiparar o casamento e a união de facto como dois modos semelhantes de constituir a mesma realidade que é a família. Não se pode equiparar o que a Constituição não quer que se equipare. Os juízos de valor da Constituição não podem ser subvertidos pela lei ordinária, ainda que esta possa atribuir efeitos à união de facto. O que está em causa não são os efeitos da união de facto mas uma questão de princípios, e o princípio é o da não equiparação dessa união com o casamento.

Deste modo, o art. 36º, n.º 1, da Constituição portuguesa, cria limites imanescentes ao poder legislativo ordinário, impedindo-o de proliferar os efeitos jurídicos da união de facto de tal modo que essa proliferação constituísse uma sabotagem camuflada do princípio constitucional da não equiparação. Sim.. de que valia a Constituição vedar a equiparação da união de facto ao casamento se a lei ordinária passasse essa equiparação a regra? Não haveria subversão do princípio ou dos valores constitucionais se em todos os diplomas legais que versam sobre o casamento ou os cônjuges a lei incluísse uma cláusula de equiparação da união de facto ou do «cônjuge de facto»? Ou se a lei criasse uma cláusula geral de equiparação?

A generalizar-se a equiparação da união de facto ao casamento bem podíamos dizer que o art. 36º, n.º 1, da Constituição não passava de uma «casca vazia», pois todas as uniões de facto, que nem tão pouco estão reguladas por lei ordinária, fundavam uma família. E então caía-se no caos familiar: uma união de fim de

semana constituía família? Quanto tempo deveria durar a união para constituir família? E se um homem tivesse várias uniões teria várias famílias?

Certo que o art. 36º, 1, alude a «contrair casamento em condições de plena igualdade» e logo no n.º 3 diz que «os cônjuges têm iguais direitos (...) quanto à capacidade civil ou política e à manutenção e educação dos filhos». Mas o facto de existir este n.º 3 não invalida a interpretação que fazemos do n.º 1 sobre o princípio de igualdade dos cônjuges, pois não fazia sentido que o n.º 1 se referisse à igualdade dos cidadãos em geral de contrair casamento, já que essa igualdade geral está consagrada no art.º 13º da Constituição portuguesa. Logo, a igualdade a que se refere o art.º 36º, n.º 1, é a dos cônjuges quanto às *condições* de contrair casamento, isto é, quanto a pressupostos da celebração do casamento.

Por estas razões não concordamos com a Procuradoria Geral da República quando esta instância sustenta que a união de facto possa ser uma *relação familiar* para *efeitos determinados*. E do mesmo modo não concordamos com o Prof. Pereira Coelho quando emite idêntica opinião⁷. É que pelo facto de a lei ordinária atribuir certos efeitos jurídicos à união de facto não se segue que esta união tenha de constituir uma *relação familiar* para esses efeitos. Se certos efeitos pressupõem uma causa, essa não tem necessariamente de ser a família ou a relação familiar, mas a figura que lhe é estranha (união de facto). A aceitar-se a tese da PGR ou do Prof. Pereira Coelho, teríamos que existiriam duas espécies de família: uma que produzia a generalidade dos efeitos e outra que produzia apenas efeitos determinados.

E então podemos concluir que família e união de facto, aos olhos da Constituição portuguesa, são conceitos incompatíveis. A união de facto é para a Constituição um nada jurídico.

Na revisão constitucional de 1982 a Aliança Democrática propôs para o art.º 36º, n.º 1, a seguinte redacção: «todos têm o direito de constituir família, contraindo casamento». A ser aprovada esta alteração, acabavam-se as dúvidas sobre a impossibilidade da união de facto ser fonte de relações jurídicas familiares. Mas essa proposta não foi aprovada, tendo o deputado Vital Moreira declarado que não compartilhava a ideia de que as famílias são necessariamente baseadas no matrimónio⁸. Em 1984 o mesmo deputado, acompanhado do Prof. Gomes Canotilho, escreveu que «o conceito constitucional de família não abrange, portanto, apenas a «família jurídica», havendo assim uma *abertura* constitucional —se não mesmo uma obrigação— para conferir o devido relevo às uniões familiares de facto»⁹. E assim, para estes constitucionalistas o conceito constitucional de família não era um conceito pré-dado aos constituintes, conceito que lhes estava no subconsciente por força de uma história tão rica de direito de família, mas um conceito aberto, de borracha ou elástico, sempre pronto a albergar qualquer realidade que a lei ordinária lá queira

7 *Casamento e Família no Direito Português*, Temas de Direito da Família, Coimbra 1986, p. 8 e *Curso de Direito da Família*, Coimbra 1986, p. 11.

8 *Diário de Assembleia da República*. II Legislatura, 2.ª Sessão Legislativa (1981-1982), II Série, 2.º Suplemento ao n. 6, de 28.10.81, p. 70 (58); 2.º Suplemento ao n. 80, de 21.4.82, p. 1508 (30).

9 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., vol. I, p. 229.

meter. Com esta interpretação do art.º 36º, n.º 1, voltamos à era dos direitos fundamentais definidos pelo legislador ordinário, o que contraria o espírito que presidiu à feitura da Constituição de 1976.

A revisão constitucional de 1989 nada trouxe de novo sobre o direito fundamental de constituir família e contrair casamento.

3. *A União de Facto na lei civil*

Nos termos do art.º 1576º do Código Civil de 1966:

«São fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção»

Sempre se entendeu que esta enumeração das fontes das relações jurídicas familiares era taxativa e exaustiva, não abrangendo a união livre, a união de facto, o concubinato ou o amantismo.

A revisão do Código Civil de 1966 operada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, criou o seguinte preceito novo:

«Artigo 2020º (União de facto)

1. Aquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges tem direito a exigir alimentos da herança do falecido, se os não puder obter, nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009º.
2. O direito a que se refere o número precedente caduca se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão.
3. É aplicável ao caso previsto neste artigo, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo anterior»

Esta alteração legislativa está justificada no n.º 46 do preâmbulo, do seguinte modo:

«Não se foi além de un esboço de protecção, julgado ética e socialmente justificado, ao companheiro que resta de uma união de facto que tenha revelado um mínimo de durabilidade, estabilidade e aparência legal. Foi-se intencionalmente pouco arrojado. Havia que não estimular as uniões de facto».

Como se vê, o legislador, perante o relaxamento generalizado dos costumes iniciado com a última guerra, entendeu dar guarida e tutela aos interesses da união de facto que, pela sua gravidade, merecem a tutela do direito.

O art.º 2196º do Código Civil fulmina de nulidade a disposição testamentária a favor de pessoa com quem o testador casado cometeu adultério.

Interpretando estes dois preceitos da lei civil, o Prof. Antunes Varela¹⁰ entende que os mesmos não bastam para precipitar a união de facto no círculo próprio da relação familiar, pois não se passou a vincular os protagonistas da união de facto reciprocamente aos deveres próprios da relação familiar ou da relação conjugal. Nenhum dos deveres pessoais dos cônjuges, nenhum dos direitos e deveres patrimoniais próprios das pessoas casadas ficou a assitir-lhes, pelo que se repudia a consagração pontual de determinados efeitos jurídicos da união de facto como afloramento de um princípio geral imanente na ordem jurídica portuguesa, reconhecido por uma norma hierarquicamente superior, de equiparação da união de facto ao casamento.

Depois de 1977 outros diplomas vieram atribuir efeitos jurídicos á união de facto. Vejamos alguns.

Em matéria de arrendamento urbano, estabelece o art.º 85º, n.º 1, al. e), do *Regime do Arrendamento Urbano*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro, que o arrendamento para habitação não caduca por morte do primitivo arrendatário ou daquele a quem tiver sido cedida a sua posição contratual, se lhe sobreviver pessoa que com ele viva há mais de cinco anos em condições análogas às dos cônjuges, quando o arrendatário não seja casado ou esteja separado judicialmente de pessoas e bens. Mas existindo outros sucessíveis no contrato de arrendamento, o «cônjuge de facto» é graduado em último lugar (n.º 2).

Em matéria de arrendamento florestal, estabelece o art. 19 do Decreto-Lei n.º 394/88, de 8 de Novembro, para a locação de prédios rústicos para fins de exploração silvícola, que o arrendamento não caduca por morte do arrendatário, «transmitindo-se ao cônjuge sobrevivente não separado de pessoas e bens ou de facto, àquele que no momento da sua morte vivia com ele há mais de cinco anos em condições análogas às dos cônjuges e a parentes ou afins da linha recta que com ele vivissem em comunhão de mesa e habitação ou em economia comum há pelo menos dois anos». Mas na ordem da transmissão o «cônjuge de facto» volta a aparecer em último lugar.

Quanto ao arrendamento rural, dispõe o art.º 23º do Decreto-Lei n. 385/88, de 25 de Outubro, que o arrendamento se transmite, entre outros, àquele que no momento da morte do arrendatário vivia com ele há mais de cinco anos em condições análogas às dos cônjuges. No entanto, o consorte desta união de facto volta a figurar em último lugar na ordem dos sucessíveis.

4. *A União de Facto na lei penal*

O novo Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, estabelece que se pode constituir assistente o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação. Mas se esse titular morrer sem ter renunciado à queixa, pode-se constituir assistente, entre outros, «a pessoa que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges» (art.º 68º, n.º 1,

10 *Direito da Família*, Lisboa 1982, pp. 21 e seguintes.

al. c). De qualquer modo, o consorte de facto volta a figurar em último lugar na escala daqueles que se podem constituir assistentes.

O art.º 303º do Código Penal, que trata do furto familiar para excluir ou diminuir a responsabilidade dos arguidos em certas circunstâncias, não alude à união de facto como fonte de relações familiares, sendo os unidos de facto tratados como estranhos para efeitos criminais.

5. *A União de Facto no direito administrativo*

O Decreto-Lei n.º 497/88, de 30 de Dezembro, que estabeleceu o regime de férias, faltas e licenças dos funcionários e agentes da Administração Pública, também não esqueceu a união de facto. Com efeito, é concedida preferência na marcação de férias em períodos coincidentes «às pessoas que vivam há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges (art.º 5.º, n.º 8). En caso de falecimento de «pessoa que viva em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos com o funcionário ou agente», o sobrevivente pode faltar até cinco dias consecutivos ao serviço (art.º 25º, n.º 1, al. a). Para efeito de assistência em regime de tratamento ambulatorio, equiparou-se a união de facto ao casamento mediante a expressão «à assistência ao cônjuge ou *equiparado*» (art.º 52º, n.º 1).

Em contrapartida, a união de facto não colheu os favores da lei em muitos outros diplomas administrativos em que a questão podia ser posta. Foi o que aconteceu com a Lei n.º 4/84, de 5 de abril, sobre a protecção da maternidade e da paternidade, com o Decreto-Lei n.º 45/84, de 3 de Fevereiro, sobre o subsídio de deslocação e incentivos para a fixação na periferia do pessoal da função pública, com o Decreto-Lei n.º 14/85, de 6 de Julho, sobre acompanhamento de mulher grávida durante o trabalho de parto e o Decreto-Lei n.º 154/88, de 29 de Abril, sobre protecção na maternidade e paternidade em matéria de segurança social.

6. *A União de Facto no direito tributário*

A reforma fiscal de 1988, operada pelo Decreto-Lei n.º 442-A/88, de 30 de Novembro, que aprovou o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS), preocupou-se com a questão da tributação da família, pois não quis desfavorecê-la por efeito da progressividade das taxas e da tributação conjunta de ambos os cônjuges. Daí que o n.º 18 do preâmbulo ao CIRS se tenha escrito que se optou pelo sistema de *splitting* (quociente conjugal) por considerações de justiça fiscal, de respeito pela posição de igualdade dos cônjuges e de aproximação no tratamento dos agregados familiares assentes no casamento, pois mas *uniões de facto a tributação será naturalmente separada*. Por isso, no articulado do Código não se prevê a situação da união de facto, pelo que, face às disposições do Código, os contribuintes nesta situação serão tributados como não casados. Neste sentido *vide* Despacho de 21.2.89, na informação n.º 414/89, da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, publicado no Código de IRS, 2.ª ed., de 1990, p. 134, da DGCI.

* * *

CONCLUSÕES

1. Durante o tempo de vigência da Constituição de 1933 a união de facto não encontrou guarida no direito português;
2. Do art. 36º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, extrai-se o princípio da não equiparação entre a união de facto e o casamento, o que veda à lei ordinária fazer essa equiparação.
3. O conceito de família utilizado pela Constituição é um conceito pré-constitucional, nos termos do qual são fontes de relações jurídicas familiares unicamente o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção;
4. Muito embora o art.º 1576º do Código Civil estabeleça que somente o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção são fontes de relações jurídicas familiares, o direito civil reconhece alguns efeitos à união de facto em matéria de alimentos e arrendamento;
5. A lei penal apenas reconhece efeitos à união de facto quanto à possibilidade de o unido de facto se poder constituir assistente em caso de morte do consorte;
6. No direito da função pública atende-se à união de facto para efeitos de férias, faltas e licenças;
7. A reforma fiscal de 1988 tributa em separado os membros de uma união de facto, com o propósito manifesto de favorecer a família assente no casamento mediante a consagração do *splitting*;
8. Em Portugal a união de facto vive num atomismo legislativo e jurisprudencial e não debaixo de uma regulamentação totalizadora, orgânica e típica.

JOSÉ JOAQUIM ALMEIDA LOPES
Universidade Pontificia de Salamanca