DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NA UNIÃO DE FACTO EM CASO DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA *

Paula Nunes Correia

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

1. Introdução

Estabelece o artigo 1725º do Código Civil de Macau (CCM) a presunção de paternidade na união de facto[1], para o caso de o unido de facto haver consentido na utilização de métodos de procriação medicamente assistida (PMA) pela sua companheira[2].

Ora, à partida não me parece muito coerente um sistema que, fora do clássico enquadramento da presunção de paternidade, se limita a acolhê-la em particularíssimas circunstâncias da união de facto, mesmo que supostamente

---

* O texto que agora se dá a conhecer é uma versão revista e actualizada daquele que foi já apresentado na Universidade de Macau, em sessão pública de 6 de Novembro de 2002. Aqui fica, desde já, expresso o meu sincero agradecimento a alguns dos meus colegas, em particular a Manuel Trigo, Cândida Pires e Augusto Garcia que, com as suas inteligentes críticas e mais do que pertinentes dúvidas e questões, contribuíram, de forma positiva e decisiva, para uma mais aprofundada reflexão sobre alguns aspectos da problemática em análise, tendo acabado por conduzir à conclusão deste pequeno trabalho, tal como surge agora apresentado.

1 Constitui mesmo a epígrafe do artigo.

2 A presunção de paternidade é, naturalmente, relativa à criança que haja sido concebida no decurso do tratamento, e existe independentemente do tempo de duração da união de facto [artigo 1472°, n.° 1, al. c), *ex vi* do n.° 1, *in fine*, do artigo 1725°]. Já não haverá presunção de paterni-

bem fundamentada. Quanto a mim, ou mais audaciosamente se teria consagrado uma presunção de paternidade na união de facto, ou a sua expressão limitada ao singularismo do art. 1725° é, por si só, susceptível de contribuir para a desestabilização do próprio sistema da filiação, conforme procurarei demonstrar mais adiante. Não se depreenda, porém, destas minhas palavras iniciais uma qualquer tomada de posição no sentido de uma adesão à presunção de paternidade fora do casamento, ou sem uma ligação a este por mais ténue que seja, bem pelo contrário.

Pelos motivos expostos, a referida norma legal não pode deixar de me merecer um, ainda que muito breve, comentário que farei preceder de uma reflexão genérica acerca da questão prévia da presunção de paternidade na união de facto. Aproveitarei ainda a ocasião para, de seguida e de forma igualmente sumária, dar a conhecer outras concepções da união de facto ou dela próximas. De entre as últimas destacarei a coabitação legal tal como a conhece actualmente o direito belga que, por fazer também parte da grande família romano-germânica e se tratar, de entre os sistemas jurídicos estrangeiros, de um dos que de mais perto conheço, elegi para o efeito.

2. A presunção de paternidade na união de facto

As brevíssimas considerações que, sobre esta questão, tecerei de seguida têm como única finalidade, e de forma despretenciosa, chamar a atenção para alguns aspectos mais delicados do problema que, do meu ponto de vista, importará ter presentes, antes de passar a comentar directamente o artigo em causa. De modo algum pretendo, por ora, entrar nas profundezas de que cada um destes temas – presunção de paternidade, por um lado, e união de facto, por outro – é por si só, sem dúvida, merecedor.

Começaria, então, por dizer que, em matéria de tal melindre, me parece não se poder ser, simplisticamente, "contra" ou a "a favor" da presunção de paternidade na união de facto. A problemática é bem mais sensível do que, à primeira vista, possa parecer e exige ser, por sua vez, antecedida do esclarecimento de várias outras questões, nomeadamente as seguintes:

---

dade: se o consentimento houver sido prestado por menor de 18 anos, ou por pessoa notoriamente demente, mesmo que aquele tenha sido prestado durante um intervalo de lucidez, ou por interdito ou inabilitado por anomalia psíquica, assim como estará afastada a presunção se existir um casamento anterior não dissolvido, ou uma relação incestuosa entre as pessoas envolvidas [nos termos do n.° 2, do art. 1725° e dos arts. 1479°, als. b) e c) e 1480°, *ex vi* do n.° 2 daquele mesmo artigo].

- A que união de facto nos estamos a reportar? A pergunta não deixa de ter sentido se considerarmos que a união de facto não surge homogeneamente definida, nem assume idêntica relevância nos vários sistemas jurídicos.
- Que presunção de paternidade se tem em vista quando nos reportamos à união de facto: uma presunção "forte", ou uma presunção "fraca"?

2.1. Relativamente à questão primeiramente enunciada vejamos, desde logo, qual a amplitude conceitual e a relevância da união de facto no CCM.

Do art. 1471° resulta ser esta a relação estabelecida entre duas pessoas que vivem voluntariamente em condições análogas às dos cônjuges, direi mesmo mais, uma relação heterossexual[3] entre duas pessoas que só será, em geral, juridicamente relevante se, sendo maiores e podendo casar, optarem por não o fazer, preferindo viver como se fossem casadas, "em condições análogas às dos cônjuges", coabitar como se fossem marido e mulher, mas sem o ser, e desde que a união reflicta uma certa durabilidade ou estabilidade (art. 1472°). Assim, não serão normalmente juridicamente relevantes aquelas situações em que um homem e uma mulher vivem juntos, como se fossem casados, *faute de mieux*, na expressão francófona, involuntariamente, diria eu, porque teriam preferido casar, não podendo contudo fazê-lo (nomeadamente por existir da parte de um deles, ou de ambos, um anterior casamento não dissolvido).

Em suma, pretendeu-se, por um lado, demarcar definitivamente o conceito do chamado concubinato, tendo-se sido, por outro, "extremamente comedido", no dizer do próprio Coordenador do Projecto do Código, quanto à relevância atribuída à união de facto[4].

---

3 Penso que a união de facto, ao exigir uma coabitação em tudo análoga à dos cônjuges, remete para a própria noção de casamento (art. 1462°), não nos deixando grandes margens para dúvidas sobre este ponto. Um outro argumento pode ser retirado, *a contrario sensu*, a partir do próprio termo "voluntariamente". Entendo, assim, que o legislador de Macau quis afastar do conceito a coabitação entre homossexuais. A questão não é, contudo, pacífica.

4 As condições em que, salvo disposição legal em contrário, a união de facto releva, nos termos do art. 1472°, são as seguintes: terem as pessoas envolvidas mais de 18 anos, não serem notoriamente dementes ou interditadas/inabilitadas por anomalia psíquica, não estar nenhuma delas, ou ambas, ligadas por um anterior casamento não dissolvido, não estarem ligadas por uma relação de parentesco na linha recta ou não serem irmãos e, finalmente, viverem nessa situação há pelo menos 2 anos.

Casos em que a união de facto releva em condições especiais serão, nomeadamente: o do art. 1720°, n.° 2, al. c) (inversão do ónus da prova na acção de investigação de paternidade); o do art. 1599°, n.° 2, al. b) (impugnação de actos praticados pelo cônjuge devedor anteriormente à

Não existe, porém, conforme referi mais acima, um entendimento geralmente concertado sobre o que é, ou não é união de facto.

Sendo, todavia, ponto assente que, quando se fala de união de facto se pode ter em mente realidades diversas, necessário se torna delimitar, antecipadamente, o nosso campo de análise. Partamos, por isso, do conceito e das condições gerais em que a união de facto releva no sistema jurídico de Macau, relativamente aos quais, devo confessar à partida, sinto alguma dificuldade em aceitar, sem reservas, incondicionalmente, a existência da presunção de paternidade, ou de uma (determinada) presunção de paternidade, melhor dizendo, em relação ao unido de facto.

Desde logo, e salvo melhor opinião, entendo que, não havendo o duplo dever de coabitação e de fidelidade, não há fundamento para a presunção de paternidade[5]. A prática de coabitação e de fidelidade poderá, quando muito, ter o seu papel numa acção de investigação de paternidade[6/7].

Quanto a mim, o entendimento de que uma prática frequente de coabitação e de fidelidade (o *id quod plerumque accidit*) seria, por si só, fundamento da presunção de paternidade na união de facto, não é isenta de dúvidas, de entre as quais destacaria as seguintes: como justificar o desprezo pelo facto de as pessoas visadas poderem ter querido, muito provavelmente, afastar os deveres de coabitação e de fidelidade emergentes do casamento[8]? Não seria, nesse caso, de exigir algo mais, quiçá um qualquer elemento de formalização dessa união[9]? E essa prática fundamentante da presunção deveria existir com que durabilidade? Ou seja, quão estável teria de ser a relação para esse efeito?

---

cessação do regime de bens); o do art. 1765°, n.° 3 e 4 (exercício do poder paternal); o do art. 1860° (cessação da obrigação alimentar), para além do próprio art. 1725° – hipóteses em que, para determinados efeitos, a união de facto releva em condições menos apertadas, porque o legislador dispensa a verificação de alguma, ou de algumas, por vezes até de todas as condições gerais enunciadas no art. 1472°. O exemplo retirado dos arts. 1972°, 1973°, n.° 1, al. c) e 1985° (chamamento do unido de facto à sucessão legítima) já constitui uma situação em que a união de facto releva em condições mais apertadas, porque se exige a verificação de condições adicionais relativamente às circunstâncias gerais do art. 1472°.

5 A este propósito G. de Oliveira refere uma "forte probabilidade" de o marido "ser o autor da fecundação, segundo juízos objectivos de experiência". Em meu entender, esta "forte probabilidade" não deixa de reflectir os deveres de coabitação e de fidelidade decorrentes do casamento constituindo estes, afinal, o fundamento último da presunção.

6 Neste mesmo sentido, Van Gysel.

7 O que é, aliás, confirmado pelo próprio CCM. Veja-se, a este propósito, a inversão do ónus da prova resultante do disposto na al. c), do n.° 2, do art. 1720°.
V. ainda *infra*, nota 10.

8 Pelo menos em muitas situações de união de facto.

9 *Vide infra*.

Parece-me, assim, que na união de facto, mesmo admitindo uma prática de coabitação e de fidelidade, não deve ser desvalorizado o facto de as pessoas envolvidas poderem ter querido, precisamente, afastar os deveres emergentes do casamento pelo que, a existir nestes casos uma presunção de paternidade haveria que, de alguma forma, reforçar o seu fundamento, conforme referi.

É claro que sempre seria possível invocar ainda o interesse do filho para justificar a presunção. Seria, seguramente, mais um elemento de peso a ter em linha de conta, mas não me parece que a sua consideração devesse colocar os demais interesses em jogo entre parêntesis. Além de que existem outras maneiras de proteger o interesse do filho para além da presunção de paternidade, por um lado, como ainda há presunções e presunções, passe o pleonasmo, por outro, como passarei a tentar explicar já a seguir.

2.2. Em relação à questão formulada em segundo lugar direi então que, apesar de a presunção se basear, à partida e em última análise, nos deveres de coabitação e de fidelidade emergentes do casamento e ser, por essa mesma razão, uma presunção forte que só pode, em princípio, ser contrariada mediante uma impugnação judicial da paternidade presumida e a apresentação de provas consistentes dessa contestação, susceptíveis de convencer o juiz de que "de acordo com as circunstâncias, a paternidade do marido da mãe é manifestamente improvável" (art. 1697°, n.° 2) [10], não deixa, mesmo assim, de se conceber um alargamento do fundamento da presunção relativamente aos filhos que hajam sido concebidos antes do casamento. Nessa eventualidade não pode a presunção basear-se naqueles deveres, obviamente, mas não deixa, mesmo assim, de se estabelecer ainda uma ligação ao casamento, por mais ténue ou remota que seja, na medida em que a presunção só existe se o casamento da mãe ocorrer antes do nascimento do filho. A chamada presunção justiniana encontrará, então, a sua

---

10 Ou de que o marido "não pode ser o pai do filho", segundo os direitos francês e belga, nomeadamente. Para além da impugnação, o CCM, seguindo o exemplo português, prevê ainda a possibilidade da cessação da presunção forte quando, apesar de ainda subsistir o casamento, o filho tiver sido concebido depois de finda a coabitação, nos termos do art. 1688°, ou ainda se se verificar o especial circunstancialismo do art. 1691°, mediante uma declaração de inexistência de posse de estado, em determinados termos. É claro que, para estes efeitos, a prática da coabitação e da fidelidade releva, mas em sentido negativo, ou seja, sendo precisamente a cessação da coabitação e a elevada probabilidade de o marido não ser o pai, indiciada pela inexistência de posse de estado, que fundamentam, num caso e noutro, a cessação da presunção. Porém, tratando-se já quer do reinício, quer do renascimento da presunção (arts. 1689°, 1690° e 1691°, n° 6), do seu sentido positivo se quisermos, ela nunca deixa de surgir associada ao casamento, o que me permite, uma vez mais, afirmar que o seu fundamento último reside nos deveres de coabitação e de fidelidade emergentes da celebração do casamento.

razão de ser na protecção dos interesses do próprio filho, num *favor matrimonii*, sendo, por esse motivo, não já uma presunção forte, mas antes uma presunção fraca, que não só é susceptível de cessar mediante mera declaração nesse sentido, por parte do marido ou da mãe, no acto do registo de nascimento (art. 1687°), como é ainda passível de ser, pelos mesmos, impugnada, mas desta feita mediante a simples prova das datas do casamento (da mãe com o marido e presumido pai) e do nascimento (do filho) (art. 1698°).

2.3. Pelas razões apontadas tenho, por um lado, sérias reservas quanto à aceitação, *de plano*, de uma presunção de paternidade na união de facto. Apesar de tudo continuo, no essencial, a concordar com Jean Carbonnier quando o mesmo refere que "*le coeur du mariage, ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité*" [11] ! Para a hipótese de, mesmo assim, se encontrar consagrada a presunção parece-me, por outro lado, que nunca se deverá poder tratar de uma presunção forte, mas tão somente de uma presunção fraca, em termos que bem poderão ser, fundamentalmente, análogos aos acima referidos.

3. Breve comentário ao disposto no art. 1725° do CCM

Concentro-me, por fim, na disposição constante do art. 1725°, dispensando-me de outras considerações que não digam directamente respeito à disciplina nele estabelecida, sendo já do nosso conhecimento que, nem no Projecto que antecedeu o Código Civil, nem neste último veio a ser, afinal, consagrada como princípio a presunção de paternidade na união de facto.

Continuo a entender que, à parte o seu clássico enquadramento com o casamento, a exclusiva admissão da presunção de paternidade condicionada pela verificação de particularíssimas circunstâncias na união de facto não faz muito sentido, sendo, além do mais, susceptível de provocar um indesejável desequilíbrio no próprio sistema do estabelecimento da filiação, como tentarei demonstrar de seguida.

É, porém, verdade que, no caso especial do art. 1725°, o fundamento da presunção, para além de uma suposta prática de coabitação e de fidelidade, poderá sair duplamente reforçado: por um lado, pela existência de um elemento

11 "O coração do casamento, não é o casal, é a presunção de paternidade", no sentido de que é a presunção de paternidade, e não o casal, que constitui a própria essência do casamento, ou se quisermos, de que casamento e presunção de paternidade se acham indissoluvelmente associados. Com o advento do casamento homossexual atrever-me-ia, contudo, a completar a afirmação de J. Carbonnier, acrescentando a palavra "heterossexual" a seguir a "casamento". *Vide infra*, nota 25.

formal, a saber, o consentimento do unido de facto na utilização de métodos de PMA pela sua companheira, mesmo que, de alguma forma, descompensado, desta feita pela não exigência de uma certa estabilidade na relação, traduzida por uma durabilidade mínima da mesma [12]; por outro lado, pela necessidade de proteger o interesse do filho. Em todo o caso, as previsíveis e não desejáveis consequências resultantes da aplicabilidade do artigo em questão jamais permitirão, do meu ponto de vista, justificar a existência da presunção de paternidade no contexto em que ela é aqui admitida [13].

Senão vejamos. Tal como se encontra formulado o art. 1725° impõe-se, quanto a mim, distinguir as hipóteses em que há recurso à PMA sem dador (PMA homóloga), daquelas em que se recorre aos métodos da PMA com utilização de espermatozóides doados (PMA heteróloga) [14]. O facto de se exigir o "consentimento" do companheiro não deve, na minha óptica, afastar a consideração da primeira possibilidade, visto tratar-se de um casal que não se encontra unido pelo casamento e em relação ao qual, na ausência de um dever conjugal de coabitação, de um "débito conjugal", sempre se reclamará um consentimento para a procriação.

No primeiro caso (PMA homóloga), estaremos a beneficiar os filhos concebidos através da PMA, relativamente aos demais, sem que consiga encontrar qualquer justificação para esse tratamento discriminatório [15]: por que hão-de os filhos nascidos de uma união de facto, em cuja concepção se recorreu à PMA, ser favorecidos em relação aos filhos concebidos pelos métodos ditos "naturais"?

Todavia, e porque se trata precisamente de uma PMA homóloga, já antevejo o surgimento de uma pertinente e lógica questão: como deixar, neste caso, de se atribuir a paternidade ao companheiro que nela consentiu? [16] Pois

---

12 Efectivamente, já vimos (*supra*, nota 2) que a presunção de paternidade tem lugar independentemente da verificação da condição exigida pelo art. 1472°, n.° 1, al. c), ou seja, independentemente da durabilidade da relação.

13 Atente-se, ainda, na norma constante do art. 34°, do Decreto-Lei n.° 39/99/M, de 3 de Agosto, contendo um regime especial de aplicação das leis no tempo relativamente ao estabelecimento da filiação, nomeadamente das pessoas nascidas através da utilização de métodos de PMA.

14 Com vista, nomeadamente, a uma inseminação artificial (IA) ou a uma fecundação *in vitro* (FIV ou FIVETE).

15 Visto que os primeiros gozarão da presunção, enquanto que os segundos terão de ficar a aguardar a perfilhação pelo pai biológico, o companheiro da mãe, ou o estabelecimento judicial da paternidade (acção de investigação de paternidade).

16 É claro que tendo havido lugar à PMA homóloga, dentro ou fora do casamento, haverá sempre a certeza sobre a paternidade do filho concebido no decurso desse tratamento. Simplesmente, o recurso a este método no casamento nunca levantará qualquer questão devido ao funcionamento da presunção de paternidade.

bem, a resposta não pode deixar de ser afirmativa e de, por isso mesmo, "provar em demasia", ou seja, havendo a certeza acerca da paternidade não faz nenhum sentido apelar à presunção.

Continuamos, porém, com um problema por resolver, pois tratando-se de um casal não unido pelo casamento, não havendo presunção de paternidade, só uma perfilhação ou uma acção de investigação de paternidade poderão, do ponto de vista jurídico, estabelecer a paternidade acerca da qual existe, *a priori* e anteriormente ao próprio momento da concepção, a plena certeza. Parece, portanto, que estamos perante um dilema de difícil solução se não quisermos aceitar a presunção de paternidade. Contudo, em minha opinião, a dificuldade é meramente aparente, pois haverá outros modos de tentar ultrapassá-la, como seja, nomeadamente, o de se admitir nestes casos a existência de uma perfilhação tácita pré-natal [17] ou, quando muito, e para nos mantermos fieis à ideia da presunção, a de uma presunção (*iuris et de iure*) de perfilhação pré-natal.

Quanto ao segundo caso, sempre se poderá argumentar, em abono da disciplina contida no art. 1725°, ser essa a solução encontrada para evitar "condenar" aquele filho a ficar sem pai: efectivamente, na hipótese de PMA heteróloga, tanto a perfilhação pelo companheiro que consentiu na utilização de métodos de PMA [18] pela sua companheira, como a acção de investigação de paternidade [19] serão inviáveis, ou praticamente, pelo que restará a presunção de paternidade para solucionar o problema.

Será, porém, forçosa tal conclusão? Pois parece-me bem que não, o que, aliás, só vem reforçar o meu ponto de vista sobre o assunto. Pelo menos para a hipótese da perfilhação, o n.° 4, do art. 1710° vem, de algum modo, temperar o fundamentalismo biologista, se me é permitida a expressão, reflectido na primeira parte do mesmo artigo, acabando por afastar a possibilidade de destruir uma filiação estabelecida por perfilhação, mesmo que o perfilhante não seja o pai biológico, no caso de haver uma posse de estado entre perfilhante e perfilhado mantida por um período mínimo de 15 anos (art. 1665°, n.° 3 a 5, *ex vi* do n.° 4, do art. 1710°). Isto para já não mencionar o n.° 1, do art. 1724° no qual, especificadamente, se dispõe que "ninguém pode impugnar a filiação de uma

17 Naturalmente que esta solução exigiria, nesta eventualidade, não só o alargamento do âmbito da perfilhação aos nascituros *lato sensu*, a fim de nela poderem ter cabimento os concepturos, como ainda uma certa flexibilização quanto à exigência de forma para a perfilhação (cfr. art. 1709° e arts. 1707° e 209°, respectivamente).

18 Efectivamente, o art. 1710°, n.° 1 e 2 prevê a impugnabilidade, a todo o tempo, da perfilhação que não corresponda à verdade biológica.

19 Dado o anonimato do dador. A identidade deste é mantida confidencial conforme resulta, aliás, do art. 1727°.

criança pelo facto de a sua procriação ter sido medicamente assistida, com recurso a um dador de gâmetas". Ou seja, as chamadas "perfilhações de complacência" acabaram por ter, e felizmente, alguma expressão no CCM [20].

A respeito desta matéria, e pondo agora de lado os casos de PMA, apetecia-me ainda comentar que, se o legislador andou bem tendo dado um passo em frente o fez, porém, um pouco timidamente, pois teria valido a pena, quanto a mim, ter ido um pouco mais longe.

Neste domínio o direito comparado fornece-nos alguns (bons) exemplos e, para falar apenas do que conheço, o direito belga já constitui uma boa amostra. Assim, o art. 330º §2 do *Code Civil* refere, igualmente, que a perfilhação fica sem efeito se for provado (na acção de impugnação respectiva) que o seu autor não é o pai (biológico, entenda-se). Porém, acrescenta, a acção não procede se houver posse de estado (*nomen, fama* e *tractatus*) relativamente ao perfilhante, sem outras condições, sendo ainda de referir que o próprio perfilhante (bem como as pessoas cujo consentimento prévio é requerido, em determinadas circunstâncias, para a perfilhação) não pode, nesse caso, impugnar a perfilhação, excepto se provar ter havido um vício na vontade de perfilhar.

Comparando a solução enunciada com a agora acolhida pelo sistema jurídico de Macau, constatamos no último a existência de duas, não menosprezíveis, limitações: por um lado, a que decorre da exigência de um período mínimo de 15 anos na posse de estado para o efeito pretendido; por outro, a que resulta da admissão de um *venire contra factum proprium*, quando for o próprio perfilhante a impugnar a perfilhação (*vide* art. 1665°, n.° 3, *ex vi* do n.° 4, do art. 1710°, do qual resulta essa restrição não só por parte do perfilhante, como ainda do próprio perfilhado, nos termos das als. a) e b), do n.° 2, do art. 1710°, respectivamente).

Do exposto decorre pois que, se a cedência do legislador ao "sociologismo" foi, porventura, envergonhada, não deixou de reflectir, em geral, uma atitude de abertura positiva. Já no particular da previsão do art. 1725°, a minha opinião poderá sair até, eventualmente, reforçada pela generosidade com que o legislador protege todos aqueles que sejam, por um lado, fruto de uma PMA heteróloga e tenham, por outro lado, a sua filiação, por qualquer modo, estabelecida (*vide* art. 1724°, n.° 1). Suportada por esta garantia, a figura de uma perfilhação tácita, ou de uma presunção de perfilhação pré-natal para os casos em que o unido de facto tenha consentido na utilização de métodos de PMA heteróloga pela sua companheira ter-me-ia parecido, uma vez mais, uma solução mais razoável.

---

20 Veja-se ainda, a propósito da impugnabilidade da paternidade presumida, o disposto no art. 1697°, n.° 4.

De todo o modo, o desequilíbrio provocado no sistema do estabelecimento da filiação pela introdução da norma em questão teria sido, por si só e quanto a mim, suficiente para afastar qualquer tipo de justificação, supondo que a houvesse válida e atendível, subjacente à mesma.

Continuo a achar que teria sido preferível haver-se indagado de outras possibilidades para proteger os interesses do filho as quais, aliadas a outros meios, como seja o reconhecimento das ditas "perfilhações de complacência", teriam podido, igualmente, contribuir para a solução do problema e de forma menos onerosa [21].

Não queria, porém, terminar sem aqui deixar uma nota de louvor por se ter vindo a incluir no Código matéria relativa aos efeitos da PMA quanto ao estabelecimento da filiação. Excepção feita para o art. 1725°, a inclusão da secção III (procriação assistida – arts. 1723° a 1728°) no capítulo relativo ao estabelecimento da filiação é, sem hesitação, de aplaudir.

4. União de facto, concubinato e coabitação legal

Tal como prometi de início, vou agora deixar uma brevíssima nota acerca de outros conceitos de união de facto ou dele próximos.

Já aqui tracei o sentido da união de facto no sistema jurídico de Macau [22]. Acrescentaria apenas que, relativamente ao direito anterior, onde não existia uma definição legal da mesma, a união de facto era entendida como a situação das pessoas que não eram casadas mas que viviam como se o fossem, era uma "comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges", uma comunhão de leito, mesa e habitação, à semelhança do casamento, sem casamento, e tinha escassa relevância jurídica [*vide*, nomeadamente, al. c), do n.° 1, do art. 1871°, n.° 3, do art. 1911° e n.° 1, do art. 2020°, do Código Civil Português].

O conceito de união de facto demarca-se, como já vimos, da noção de concubinato. A este respeito gostaria, porém, de deixar um pequeno alerta que se prende ainda com as diferentes terminologias utilizadas. Para ilustrar o que acabo de dizer, tomarei como exemplo o que se passava no direito belga antes da entrada em vigor da nova lei sobre a coabitação legal. A doutrina falava, então, de concubinato, em geral, para se referir ao estado de vida em comum de duas pessoas que vivem juntas, como marido e mulher, sem serem casadas entre si,

21 Ao fim e ao cabo, teria (quase) bastado alterar a epígrafe do artigo...

22 *Supra* 2.1.

distinguindo-o depois do chamado concubinato adúltero, quando um dos concubinos, ou ambos, fossem casados com terceiras pessoas, ou seja, da relação estabelecida entre duas pessoas que coabitam, sem estar casadas, *faute de mieux*. A comunhão do leito e da mesa entre ambos distinguia, por sua vez, o concubinato de outras modalidades de vida em comum, assim como a coabitação prolongada o demarcava das relações entre amantes que não vivem juntos.

Falando ainda do direito belga gostaria de, tão só, dar a conhecer, em termos quanto possível breves, o sentido da evolução das relações do casal e do próprio casamento que veio dar origem à chamada coabitação legal. Os efeitos jurídicos ligados à última dependem do facto de haver duas pessoas, que partilham uma vida em comum e que não estão unidas por um casamento ou uma coabitação legal, que fazem uma declaração de coabitação expressa, por meio de um documento escrito a ser entregue e processado através da conservatória do registo civil da área da sua residência comum [23]. Os efeitos jurídicos que se ligam a esta declaração limitam-se ao reconhecimento de alguns, poucos, direitos civis, não existindo quaisquer efeitos em matéria de benefícios sociais ou fiscais. Acrescente-se, ainda, que estes efeitos civis se referem exclusivamente à situação da vida em comum, não sendo reconhecidos quando ocorra a ruptura do casal ou a morte de um dos seus membros.

Que direitos são, então, reconhecidos aos coabitantes legais? O novo art. 1477° contempla três desses direitos e obrigações e o novo art. 1479° [24] ocupa-se de um quarto tipo desses direitos, em tudo análogos aos decorrentes do regime primário aplicável aos cônjuges, consistindo, sobretudo, no seguinte:

- Os direitos e deveres decorrentes da proibição, para cada um deles e sem o consentimento do outro, de dispôr entre vivos, a título oneroso ou gratuito, dos direitos que detenha sobre o imóvel utilizado como casa de morada da família, bem como de hipotecar o mesmo imóvel. Os direitos e deveres decorrentes ainda da proibição de, sem o consentimento do outro, dispôr entre vivos, a título oneroso ou gratuito, do recheio da casa de morada da família, ou de o empenhar (cfr. art. 215°, inserido no capítulo que regulamenta acerca dos direitos e deveres recíprocos dos cônjuges);
- A obrigação de cada um dos membros do casal em contribuir para as despesas da coabitação, segundo as suas faculdades (cfr. art. 221°, inserido no mesmo capítulo);

23 O contrato de coabitação abrange os casais homossexuais.

24 Referimo-nos, naturalmente, ao *Code Civil* belga.

- O facto de as dívidas contraídas por um dos coabitantes para ocorrer às necessidades do casal e à educação dos filhos obrigarem, solidariamente, o outro coabitante, excepto se aquelas forem consideradas excessivas, tendo em conta os recursos do casal (cfr. art. 222°, ainda inserido no mesmo capítulo);
- O facto de, na eventualidade de um dos coabitantes faltar gravemente aos seus deveres, o juiz de paz poder ordenar, a pedido do outro, medidas urgentes e provisórias relativamente à pessoa e aos bens, tanto dos coabitantes, como dos filhos, procedendo-se de forma idêntica quando o entendimento entre eles estiver seriamente comprometido (cfr. art. 223°, inserido também no mesmo capítulo).

Todavia, dado o princípio da revogabilidade *ad nutum* da coabitação legal, estes direitos de pouco valem. Efectivamente, o estatuto jurídico inerente à coabitação legal não só pode cessar por comum acordo, como ainda por acto unilateral de qualquer um dos coabitantes, sem necessidade de qualquer pré-aviso, bastando para tanto uma declaração escrita de cessação enviada à conservatória do registo civil respectiva. A cessação é, de imediato, registada, sendo o outro coabitante avisado da mesma no prazo de oito dias a contar da cessação. Por aqui se vê que a protecção dispensada aos coabitantes legais é, afinal, muito precária.

De todo o modo, e por pouco consistente que seja, esta nova regulamentação do direito belga tem um considerável alcance simbólico, como justamente refere Renchon. Segundo o Autor, o direito belga entrou, de forma radical e a partir de então, na era a que chamou de "descasamento" (*démariage*).

O *démariage* representaria a ruptura com o postulado do casamento indissolúvel que funda o casamento, e por arrastamento a filiação, o parentesco e a família em geral, nas sociedades ocidentais. Diz Renchon que o legislador belga teve, ao menos, o mérito de mostrar que o casal também existe para além do casamento heterossexual e indissolúvel. A conjugalidade, continua ainda o Autor, é cada vez menos vista como um estado e cada vez mais como uma relação interpessoal. É a era do "casamento-conversação" que só pode durar o tempo que durar o diálogo, ou seja, a estima de um pelo outro. Foi isto que veio, afinal, a ser interiorizado pelo direito belga perante o qual o casal tem, a partir de agora, duas possibilidades: casamento e coabitação legal, ou recordando Van Gysel, um casamento a duas velocidades (*mariage à deux vitesses*)[25].

25 Na altura em que este artigo foi escrito estava longe de imaginar que, daí a algum tempo, viria a ser aprovada a já célebre Lei de 13 de Fevereiro de 2003, entrada em vigor a 1 de Junho do mesmo ano, consagrando o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A Bélgica foi o segundo

Um pouco por todo o lado, o conceito de casamento tem evoluído, e a prova disso mesmo é a consagração daquilo a que podemos chamar "divórcio administrativo", o divórcio por mútuo consentimento que, em determinadas circunstâncias, corre os seus termos na conservatória do registo civil. A este propósito recordo que, apesar de o D.L. n.º 163/95, de 13 de Julho, não ter sido tornado extensivo a Macau, o CCM acabou por acolher essa possibilidade no seu art. 1628°. Ao casamento não se encontra mais associada a ideia da proibição de os cônjuges poderem, eles próprios, dispor do seu destino comum enquanto casal.

Uma última nota ainda relativa à coabitação legal belga é a de que, conforme já se disse, a produção de efeitos jurídicos depende da formalização da coabitação, ou seja, depende da declaração de coabitação. Aqueles casais, coabitantes ou não, tratando-se ou não de uniões duradouras, que não tenham feito expressamente essa declaração ficam de fora. A protecção que lhes é dispensada pelo direito depende, absolutamente, do cumprimento de uma formalidade. É claro que esta questão suscita uma outra, que é a de saber se o que deve ser protegido pelo direito são as relações com uma certa durabilidade, com uma certa estabilidade, ou se é o facto de existir uma declaração formal de coabitação. Fica, por ora, o mote para possível discussão futura, dispensando-me por enquanto de outras considerações sobre tão polémica questão.

5. Conclusão

Em jeito de conclusão, permitir-me-ia destacar os dois aspectos seguintes:

país, a seguir à Holanda, a reconhecer a instituição jurídica do casamento homossexual enquanto tal. Passou a admitir-se a existência de dois tipos de casamentos: o casamento *tout court* e o casamento homossexual. No plano jurídico surgem diferenças entre eles, na medida em que no casamento homossexual não se produzem nenhuns efeitos em matéria de filiação, estando ele "expressamente 'amputado' de toda a parte do estatuto jurídico do casamento relativo aos filhos que possam ser concebidos ou adoptados pelos cônjuges de sexo diferente". "(...) A dimensão da procriação e/ou da filiação que sempre esteve ligada (...) ao casamento propriamente dito", a este permanece ligada. "A presunção de paternidade do marido da mãe de um filho está de pleno direito afastada num casamento homossexual" (Jean-Louis Renchon, *L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge*, *in* Revue Trimestrielle de Droit Familial, Larcier, 3/2003, página 459). O casal homossexual que partilha uma vida em comum passou, assim, a ter duas opções no que diz respeito à formalização, em termos jurídicos, da sua relação: coabitação legal (Lei de 23 de Novembro de 1998) e casamento.

Primeiro

Sendo o Direito da Família um direito institucional, permeável às mudanças ditadas pela evolução sócio-económica, ideológica, da própria religião e até da medicina, conforme aprendi nos bancos dos Gerais, em Coimbra, não admira que tenha sido o Livro IV do novo Código Civil, entrado em vigor a 1 de Novembro de 1999, a sofrer as alterações mais profundas relativamente ao *statu quo ante*.

Essa adaptação foi, no geral e em meu entendimento, acertada, tendo já tido a oportunidade de louvar a introdução da regulamentação sobre alguns dos efeitos da PMA.

Segundo

É o próprio Coordenador do Projecto que, na breve nota justificativa do Código, refere a dado passo, a propósito da união de facto, ter-se pretendido fugir da sua equiparação ao casamento, em virtude de as diferenças entre ambos continuarem a ser muitas e decisivas.

E passo a citar:

É que em nosso entender, para além do mais, a união de facto é uma relação em que a opção tomada pelos seus membros por uma não formalização da relação através de contrato deve ser genericamente entendida como uma pretensão a uma não institucionalização ou juridificação excessivas da união de facto, ou se quisermos deve ser tomada como uma escolha por um estatuto específico em que as notas de liberdade e de não vinculação jurídica sejam por isso reforçadas quando comparadas com o relevo das mesmas no casamento. O que, a ser aceite, torna a união de facto uma relação avessa à tentação de que sejam efectuadas analogias constantes com o casamento, que justificassem uma cópia excessiva na tradução dos respectivos estatutos jurídicos.(...) Daí que nos parecesse exigível conformar um enquadramento jurídico mínimo a essa instituição social (...).

Ora, não poderia estar mais de acordo com tais afirmações. Mas, se assim é, como justificar logicamente a consagração da presunção de paternidade na união de facto, no caso particular do art. 1725°? Não se tratará de uma "institucionalização ou juridificação excessivas da união de facto"? Corresponderá tal solução ao "enquadramento jurídico mínimo" desta instituição social? Temo bem que não... De qualquer modo esta é, a final e tão só, a minha opinião.

Bibliografia Essencial

- João de CASTRO MENDES, *Direito da Família*, ed. revista por M. TEIXEIRA de SOUSA, AAFDL, 1990/91;
- José da COSTA PIMENTA, *Filiação*, Livraria da Universidade, Coimbra, 1993;
- Henri DE PAGE, *Traité Elémentaire de Droit Civil Belge*, tomo II, *Les Personnes*, vol. II, 4ª ed. de J-P MASSON, Bruylant, 1990;
- GUILHERME de OLIVEIRA, *Estabelecimento da Filiação*, Almedina, 1995;
- Tomás OLIVEIRA e SILVA, *Filiação – Constituição e Extinção do Respectivo Vínculo*, Almedina, 1989;
- Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, *Introdução ao Direito Matrimonial*, 2ª ed., Coimbra Editora, 2001;
- Jean-Louis RENCHON, *Mariage, Cohabitation Légale et Union Libre*, *apud* Liber Amicorum Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, *Droit Comparé des Personnes et de la Famille*, Bruylant, Bruxelles, 1999;
- Jean-Louis RENCHON, *L'Avènement du Mariage Homosexuel dans le Code Civil Belge*, *in* Revue Trimestrielle de Droit Familial, Larcier, 3/2003;
- Alain-Charles VAN GYSEL, *Droit des Personnes*, ed. du Bureau Etudiant de L'Université Libre de Bruxelles, 1996/97.