

# A UNIÃO DE FACTO E AS UNIÕES REGISTRADAS DE PESSOAS DO MESMO SEXO — UMA ANÁLISE DE DIREITO MATERIAL E CONFLITUAL (\*)

*Pelos* Drs. Sofia Oliveira Pais  
António Frada de Sousa

## *Sumário*

1 — Introdução. 2 — Análise comparatística da união de facto — especial referência ao regime português. 3 — Análise comparatística dos “casamentos” entre pessoas do mesmo sexo. 4 — Soluções conflituais para a determinação da lei aplicável às uniões de facto e uniões registadas entre pessoas do mesmo sexo — especial referência ao sistema português. 5 — Estudo de algumas hipóteses práticas. 6 — A intervenção da excepção da ordem pública internacional. 7 — Conclusão.

1. A crescente mobilidade de cidadãos a que assistimos no plano internacional tem conduzido ao aparecimento e desenvolvimento de relações pessoais internacionais que colocam problemas delicados no plano do direito internacional privado, tanto mais complexos quanto maior e mais diversificada tem sido a atenção prestada pelos vários ordenamentos a relações pessoais tradicionalmente situadas fora do direito. Consideramos como base de tra-

---

(\*) Os autores são assistentes na Faculdade de Direito da Universidade Católica — Porto e mestres em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Os autores agradecem a disponibilidade dispensada na leitura de anteriores versões deste trabalho e os comentários que o enriqueceram ao Professor Doutor Rui Manuel Moura Ramos e ao Professor Doutor António Marques dos Santos.

balho para este estudo algumas situações práticas, não meramente académicas, que nos ajudarão a compreender a problemática das uniões de facto e das uniões registadas entre pessoas do mesmo sexo em Direito Internacional Privado, no que respeita, essencialmente, à questão da determinação da lei aplicável a essas relações, quer do ponto de vista pessoal, quer patrimonial, bem como para a resolução do problema fulcral do seu reconhecimento fora da ordem jurídica onde se constituíram.

Suponha-se, em primeiro lugar, que **A**, cidadão português, domiciliado no Brasil, vive nesse país em união de facto e em condições análogas às dos cônjuges com **B**, cidadã brasileira. Qual a lei aplicável a esta união de facto, à qual competirá definir e regular os efeitos associados a este tipo de relação a nível pessoal e patrimonial? De modo idêntico podemos interrogar-nos sobre o problema da determinação da lei aplicável aos aspectos pessoais e patrimoniais envolvidos numa união entre pessoas do mesmo sexo registada na Dinamarca, e em conformidade com o direito deste Estado, entre o cidadão português **X**, domiciliado na Dinamarca, e o cidadão dinamarquês **Z**. Em qualquer destas duas hipóteses um tribunal português poderá ter de vir a pronunciar-se sobre essas uniões, no plano do seu reconhecimento e, naturalmente, terá de determinar qual a lei convocada para as regular. Imagine-se, por hipótese, que, por morte dos cidadãos **A** e **X**, de nacionalidade portuguesa, **B** e **Z** invocam, na partilha de bens situados em Portugal, a condição de meeiros dos bens adquiridos pelo *de cuius* na vigência da união, estatuto esse que lhes seria reconhecido, quer pelo direito brasileiro, através da Lei 9-278 de 10 de Maio de 1996, quer pela Lei dinamarquesa sobre a união registada entre pessoas do mesmo sexo (Lov nr 372 de 07/06/1989). Ou então que o cidadão dinamarquês **Z** invoca, igualmente em Portugal, num processo de partilha de bens situados no nosso país, a sua condição legal de equiparado ao cônjuge supérstite num casamento heterossexual, segundo a lei dinamarquesa, como lei do domicílio comum, à luz da qual teve lugar a união registada com o cidadão português, também domiciliado na Dinamarca. Suponha-se ainda, finalmente, que o cidadão dinamarquês, unido a outro, porventura português, segundo a lei dinamarquesa sobre a união registada entre pessoas do mesmo sexo, pretende casar-se em Portugal, com uma cidadã

portuguesa, sem ter dissolvido por divórcio o vínculo familiar que o liga ao seu companheiro de acordo com o direito dinamarquês. Reconhecerão as autoridades portuguesas essa união registrada e ainda não dissolvida como impedimento ao casamento desse súbdito dinamarquês em Portugal?

2. A resolução dos casos que acabámos de enunciar obrigam-nos a dedicar alguma atenção, num plano de direito comparado, ao tratamento que tem sido dado, em primeiro lugar, à figura das uniões de facto e, em segundo lugar, ao “casamento” entre pessoas do mesmo sexo.

Quanto às uniões de facto, é ponto assente que este fenómeno pode cobrir uma série de realidades sociais extremamente diversas, dificultando o traço dos seus contornos jurídicos. São, aliás, adoptadas as mais variadas expressões para descrever tais realidades, nomeadamente uniões livres, uniões de facto, uniões estáveis, casamento de facto, casamento de segundo grau ou convivência *more uxorio*. Em todo o caso, característica essencial da união de facto parece ser a da sua livre dissolubilidade, ao contrário do casamento formal, pois, por mais simples que seja o divórcio, este é geralmente necessário para a sua dissolução. Aliás, como facilmente se intui, quanto maiores forem as dificuldades para a obtenção do divórcio, maior será a tendência para se recorrer às uniões de facto. Por outro lado, verifica-se, como notou MARY ANN GLENDON<sup>(1)</sup>, uma certa tendência para a desregulação do casamento, acompanhada de um paralelo reconhecimento de maiores efeitos jurídicos às uniões de facto, conducente a um certo esbatiamento das diferenças tradicionalmente notadas entre as duas figuras. Tendo isto em consideração, e assumindo o risco da simplificação, podemos destacar três grandes modelos de articulação da realidade factual com o domínio jurídico.

Em primeiro lugar, importa destacar aqueles sistemas jurídicos que elevam o que à partida seria uma união de facto à condição de fonte autónoma de relações jurídicas em paridade com o

---

(1) M. GLENDON, *Patterns of Contemporary Legal Response to the Social Phenomenon of the factio Marriage*, in *Konflikt und Ordnung, Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 1978, pp. 492/493.

casamento formalizado. Efectivamente, apesar de, na generalidade dos ordenamentos, o conceito de casamento se associar ao de casamento devidamente formalizado, há sistemas em que basta o mero consenso das partes, sem qualquer solenidade, para que uma união estável entre um homem e uma mulher, verificados certos requisitos, seja assimilada a um verdadeiro casamento. Ou seja, é dado relevo jurídico à união de facto como verdadeiro casamento, abrangendo assim o conceito de casamento duas realidades distintas mas equiparadas: o casamento formal e o casamento *solo consensu*. Foi esta a solução seguida em certos sistemas anglo-saxónicos em relação ao “*common law marriage*”, na China relativamente aos casamentos não registados e na antiga União Soviética quanto aos casamentos de facto <sup>(2)</sup>.

Nos Estados- Unidos a instituição do “*common law marriage*”, que remonta à famosa decisão *Fenton v. Reed* do *Supreme Court* de Nova Iorque, de 1809 <sup>(3)</sup>, ditada pelas dificuldades, existentes na época, na celebração de um casamento devidamente formalizado, e pela diversidade cultural e religiosa entre os vários grupos de emigrantes, continua a ser reconhecida em vários Estados <sup>(4)</sup>, ainda que nem sempre o seu reconhecimento seja pautado por requisitos uniformes. Efectivamente, ao passo que certos Estados se bastam com o mero consenso das partes relativamente ao estabelecimento de uma comunhão de vida familiar <sup>(5)</sup>, outros

---

<sup>(2)</sup> Vide P. STRIEWE, *Ausländisches und Internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, Carl Heymanns. Köln, 1986, pp. 369 ss. Veja-se igualmente, G. CRUZ ALMEIDA, *Da união de facto, convivência more uxorio em Direito Internacional Privado*, P.F., Lisboa, pp. 61-62, pp. 160-161, pp. 223 ss. esp. pp. 231 ss. com a apresentação do tratamento conferido pelo sistema cabo-verdiano à união de facto que, inspirado pelo regime cubano do *matrimonio no formalizado*, conduz a uma equiparação da união de facto reconhecida a um casamento *solo consensu*.

<sup>(3)</sup> D. COESTER-WALTJEN / M. COESTER, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. IV *Persons and Family*, chief editor — MARY ANN GLENDON, Chap. 3 — *Formation of Marriage*, 1997, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 72-74.

<sup>(4)</sup> De acordo com as informações prestadas por Dagmar Coester-Waltjen e Michael Coester, no artigo supracitado, são actualmente 13 os Estados e o Distrito de Columbia que reconhecem esta figura — cfr. *ob. cit.*, p. 73.

<sup>(5)</sup> Também em Inglaterra o “*common law marriage*” foi reconhecido como um casamento meramente consensual, em íntima ligação com a adopção do princípio canónico *consensu facit nuptias* em 1085, ano em que William, o Conquistador, colocou sob a jurisdição dos tribunais eclesiásticos as questões matrimoniais, ainda que, como nota M. GLENDON, *ob. cit.*, p. 497, esta figura não seja coincidente com a homóloga norte-ameri-

exigem ainda a prova da consumação ou da coabitação ou mesmo a “reputação pública” de serem marido e mulher. De qualquer modo, e porque se trata de um autêntico casamento, terá sempre de ser dissolvido através de um divórcio <sup>(6)</sup>. Note-se ainda que, na medida em que os “*statutes on formation of marriage*”, adoptados nos vários Estados, não revogaram expressamente o “*common law marriage*”, este casamento informal mantém-se ainda em vigor, não obstante os difíceis problemas de prova que acarreta.

Em contextos culturais completamente diferentes, importa referir o *casamento não registado* da República Popular da China e o *casamento de facto* da ex-União Soviética. Delimitado no tempo, pois apenas vigorou entre 1927 e 1944 <sup>(7)</sup>, encontra-se o casamento de facto da antiga União Soviética, que era definido como a coabitação de facto de um homem e de uma mulher baseada no mútuo consenso de serem marido e mulher <sup>(8)</sup>. Todavia, a herança de uma sociedade profundamente religiosa, bem como os inconvenientes práticos suscitados pela figura, conduziram o legislador a restabelecer, em 1944, o controlo estatal do casamento. Quanto ao casamento não registado da R. P. da China, trata-se igualmente de um casamento puramente informal equiparado ao casamento formal registado <sup>(9)</sup>.

---

cana. Actualmente o recurso a esta instituição, pelos tribunais ingleses, parece estar circunscrito a casos internacionais, dado que o Lord Hardwicke's Act of 1753 conduziu, pelo menos “virtualmente”, à sua abolição. Cfr. D. COESTER-WALTJEN / M. COESTER, *ob. cit.*, pp. 72 e segs.

<sup>(6)</sup> Ao contrário do que sucede com a união de facto que, como já M. GLENDON, *ob. cit.*, p. 497, notou “can be dissolved by the simple departure of one of the partners”.

<sup>(7)</sup> Cfr. M. MLADENOVIC / M. JANJIC-KOMAR / C. JESSEL-HOLST, *The Family in Post Socialist Countries*, Chap. 10, in I.E.C.L., *Persons and Family*, Vol. IV., J.C.B. Mohr, Tübingen, pp. 15 ss. com referência desenvolvida ao RSFSR de 11 de Novembro de 1926 e ao Decreto de 8 de Julho de 1944.

<sup>(8)</sup> Note-se, no entanto, que, tal como refere P. STRIEWE, *ob. cit.*, p. 370, o casamento de facto da antiga União Soviética tinha um regime de dissolução diferente do consagrado para o casamento formal, o que, de certo modo, o aproxima já de um casamento com características diversas.

<sup>(9)</sup> Cfr. P. STRIEWE, *ob. cit.*, p. 369 ss. Importa no entanto sublinhar-se o facto de na China se incentivar e até aparentemente se impor o registo do casamento informal, ainda que esse registo apresente um carácter meramente declaratório e com efeitos retroactivos relativamente ao início do matrimónio informal. Efectivamente, como refere F. MÜNZEL, *National Reports — People's Republic of China*, in I.E.C.L., Vol I, J.C.B. Mohr, Tübingen

Salientam-se, num segundo grupo, os sistemas que adoptam o que designaríamos como casamentos de segundo grau, que apresentam menor densidade de efeitos jurídicos face aos casamentos informais ou *solo consensu*. Os casamentos de segundo grau são uma fonte autónoma de relações familiares mas, ao contrário do *common law marriage*, não são equiparados ao casamento formal, apresentando-se assim num plano inferior. Há, portanto, uma diferença de grau no tratamento jurídico dado as duas figuras, divergência essa que não existia em relação aos casamentos informais acima referidos, na medida em que estes eram equiparados ao casamento formal.

A expressão casamento de segundo grau tem sido utilizada para alcançar, *inter alia*, as uniões estáveis reguladas pela lei catalã de 1998, bem como pela lei brasileira de 1994, derogada pela lei de 1996, e ainda a união *naïen* do direito japonês, assim como o caso dos “esposos reputados” do direito israelita<sup>(10)</sup>. Interessa-nos dedicar alguma atenção sobretudo aos dois primeiros exemplos, dado o tratamento jurídico bastante pormenorizado que é prestado às uniões estáveis em legislações assaz recentes e também pela proximidade cultural que nos liga aos ordenamentos em causa.

Data de 30 de Junho de 1998<sup>(11)</sup> a legislação catalã sobre as uniões estáveis heterossexuais e homossexuais, ainda que a

---

gen, 1996, p. 82, “unregistered *de facto* marriages are recognized as valid in practice provided the relationship is regarded as a marriage by the masses and there are no impediments to marriage (...)” Não obstante a falta de registo levar a que as partes sejam severamente criticadas e incitadas a procederem ao registo, “não podem contudo casar com outra pessoa sem primeiro se terem divorciado do cônjuge de facto. Para mais desenvolvimentos cfr. F. MÜNZEL, *ob. cit.*, p. 81 ss., M. MLADENOVIC / M. JANJIC-KOMAR / C. JESSEL-HOLST, *The Family in Post Socialist Countries*, *cit.*, pp. 37 ss. Entre nós, *vide*, quanto aos casamentos não registados na China, A. MARQUES DOS SANTOS, *Reconhecimento em Portugal de um casamento celebrado na China por cerimónia privada e seus efeitos em matéria de atribuição da nacionalidade portuguesa aos filhos havidos desse casamento*, in *Estudos de Direito da Nacionalidade*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 213-254.

<sup>(10)</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple en droit international privé*, in Rec. Cour. (1991) Vol. I, p. 157. Cfr. igualmente C. VON BAR in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III, *Private International Law*, Chap. 17, *Personal Effects of Marriage*, Ed. Kurt Lipstein, J.C.Mohr/Siebeck, 1986, p. 29, n. 149, que sublinha a equiparação dos “esposos reputados” aos cônjuges, para efeitos sucessórios, ao abrigo da legislação israelita.

<sup>(11)</sup> In <http://www.biblioteca.udg.es/fd/jornades/PLRdc.htm>.

respectiva regulamentação conste de capítulos distintos. Tal autonomia formal é justificada nomeadamente pelo facto de as uniões homossexuais não poderem beneficiar do instituto do casamento, no qual, pelo contrário, se pode converter uma união heterossexual, bem como pelo facto de as questões suscitadas pela “descendência biológica” não se colocarem nas uniões homossexuais.

Igualmente justificado, segundo o legislador catalão, será o tratamento jurídico autónomo conferido às uniões estáveis, visto situarem-se necessariamente num outro plano — inferior, acrescentaríamos nós — relativamente ao casamento devidamente formalizado. De facto, essa inferioridade é visível não só na inexistência de um direito constitucional às uniões estáveis, ao contrário do que aconteceu com o casamento, o qual seria uma realidade social garantida pela constituição, mas ainda no próprio regime jurídico da lei catalã, que estabelece, sintomaticamente, como causa imediata da extinção da união estável, o matrimónio de um dos membros, ao passo que a criação de uma nova união estável, com uma nova pessoa, depende do prévio decurso do prazo de seis meses após a ruptura da anterior união. Ou seja, existindo uma união estável — que é conferida pela vivência em condições análogas às dos cônjuges por um período contínuo de pelo menos dois anos (ou inferior existindo filhos), ou ainda pela celebração de uma escritura pública na qual manifestam o desejo de sujeitar-se ao disposto na lei catalã de 1998 — é mais fácil os conviventes contraírem um casamento do que uma nova união estável.

É claro que apesar das divergências de regime existentes, algumas delas manifestações evidentes do *favor matrimonii*, há uma grande proximidade entre as duas figuras como é revelador o facto de se exigir para o reconhecimento da união estável que os companheiros não sejam menores ou não se verifique qualquer impedimento ao casamento.

Observe-se ainda que a lei catalã incidiu sobretudo em questões de direito civil, quer de índole patrimonial — como a das despesas comuns ou a da responsabilidade, que se quer solidária face a terceiros, ou ainda o direito a uma compensação económica ou a uma pensão periódica — quer de índole pessoal, como a tutela e a

adoção<sup>(12)</sup>. Além disso, é conferida aos conviventes, pelo art. 3.º, a possibilidade de regularem contratualmente e em pormenor, observados que sejam obviamente os limites das disposições imperativas, os direitos e deveres da união estável, em vez de verem simplesmente garantidos *a posteriori* e *ex lege* certos efeitos fragmentados dessa união, o que acentua ainda mais o seu carácter de casamento de segundo grau.

Na mesma linha de pensamento encontra-se a lei brasileira, que considera igualmente a união de facto como uma instituição familiar num plano inferior face ao casamento formal, como o comprovam, quer a possibilidade de os conviventes dissolverem livre e unilateralmente a união, quer o facto de a participação numa união de facto não constituir qualquer impedimento à celebração imediata por qualquer um deles de um casamento formal, o que confirma, aliás, a precaridade desta instituição. Convém recordar que só na década de 90 foi adoptada pela primeira vez no Brasil legislação com vista à protecção da família constituída pela união estável. A primeira tentativa de enquadramento legal dessa realidade social surgiu com a Lei 8.971, de 29 de Dezembro de 1994<sup>(13)</sup>, que, exigindo como requisitos da união estável que o homem e a mulher fossem solteiros, separados judicialmente ou viúvos e a convivência pelo prazo mínimo de 5 anos, salvo havendo filhos dessa mesma união, continha disposições sobre alimentos, sucessão e meação de bens dos companheiros. Esta lei foi derogada pela Lei 9.728, de 10 de Maio de 1996, que visava suprir as deficiências e as lacunas daquela primeira lei — definindo como nova entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objectivo de vida em comum — não obstante ter sido muito criticada pelo seu carácter ambíguo e por não estabelecer um período de convivência mínima<sup>(14)</sup>. Além disso, a lei de 1996 enuncia, no plano pessoal,

---

(12) Ficaram excluídas da regulamentação catalã questões de direito penal, laboral e de segurança social, por extravasarem do âmbito de competência do legislador catalão na matéria.

(13) [http://209.143.156.65/publicacoes/cad\\_d...derno\\_dout1fase/nova\\_regulamentacao.htm](http://209.143.156.65/publicacoes/cad_d...derno_dout1fase/nova_regulamentacao.htm).

(14) Vide KÁTIA CIOTOLA, *O concubinato e as inovações introduzidas pelas leis n.ºs 8.971/94 e 9.278/96*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1996, pp. 64 e 79 e segs. e EDUARDO CARVALHO (1996), in <http://www.travelnet.com.br/juridica/art48c96.htm>.



os direitos e deveres dos conviventes, em termos paralelos aos do casamento, designadamente no que toca aos deveres de respeito e assistência mútua, guarda, sustento e educação dos filhos. No plano patrimonial estabelece-se o direito à meação nos bens adquiridos a título oneroso durante o tempo de convivência e, no caso de dissolução da união por rescisão, prevê-se o direito a alimentos para o convivente necessitado, bem como o direito real de habitação relativamente à casa de morada de família no caso de morte de um dos conviventes.

Em terceiro lugar, deparamos com os sistemas jurídicos em que a união de facto não é considerada fonte autónoma de relações familiares, não obstante ser objecto de intervenções pontuais pelo legislador. A união de facto não é aqui inteiramente equiparada ao casamento formal, como sucede com o “*common law marriage*”, nem tão pouco é tratada como um casamento de segundo grau, como sucede na lei catalã ou brasileira, que consideram a união estável como fonte autónoma de relações familiares, ainda que esta se coloque, do ponto de vista institucional, numa posição de inferioridade face ao casamento formal<sup>(15)</sup>. Pelo contrário, trata-se de regimes jurídicos em que a intervenção do legislador é meramente incidental, visando evitar situações injustas e discriminatórias geradas pela união de facto. E se é certo que este tipo de reconhecimento jurídico das uniões de facto, com carácter pontual, é necessário e legítimo — e quanto a nós à partida preferível quando confrontado com as soluções perfilhadas pelos sistemas que elevam a união de facto ao estatuto de casamento de segunda categoria<sup>(16)</sup> —, há por vezes o risco de se derrapar para uma duvidosa

---

(15) Com efeito, como refere M. GLENDON, *ob. cit.*, p. 506, não é “a simples atribuição de efeitos legais que a configura como uma realidade semelhante ao *concubinatus* romano, um género de casamento qualitativamente inferior com efeitos jurídicos.” Acrescentaríamos ainda que, para que se pudesse falar na União de Facto como um casamento de segundo grau teríamos de lhe fornecer um enquadramento institucional ao lado do casamento, como sucede por exemplo na Catalunha, *Vide*, por todos, sobre a evolução do *concubinatus* romano A. VIEIRA CURA, A “*União de Facto*» (*Concubinatus*) no Direito Romano — da Indiferença Jurídica Clássica à Relevância Jurídica Pós Clássica e Justiniana, in *Juris et de Jure, Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP — Porto*, 1998, pp. 1293 ss.

(16) De facto, é preciso salientar, por um lado, que o instituto do casamento evoluiu e foi-se adaptando a realidade social portuguesa, designadamente em matéria de dissolução do casamento, como o demonstram as recentes alterações legislativas introduzidas

“jurisprudência de sentimento” (17). Esta, *in extremis*, pode mesmo conduzir a um favorecimento da união de facto em detrimento do casamento, ao reconhecer aos conviventes as “vantagens” associadas ao matrimónio, ignorando as respectivas “desvantagens” (18).

O reconhecimento jurídico pontual das uniões de facto é o modelo seguido, entre outros, pelo ordenamento português, bem como pelo francês (19). Em todo o caso, a intensidade e extensão

---

no domínio do divórcio. Deste modo, parece-nos em princípio, neste momento e no contexto do direito português, desnecessário conceder à união de facto o carácter de instituição familiar autónoma. Efectivamente, é preciso insistir na ideia de que a crescente flexibilização do casamento tende a deixar de dissuadir as pessoas de se casarem, visto que não há obstáculos particulares à participação no casamento ou a sua dissolução. Por outro lado, como tem sido aliás constantemente sublinhado por quem se tem debruçado sobre o assunto, é necessário salvaguardar a liberdade de decisão dos unidos de facto que, *maxime* não tendo filhos, pretendam criar e manter uma relação fora do regime do casamento. O desrespeito por esta autonomia, que quanto a nós se verificaria com a instituição da união de facto como casamento de segundo grau, poderia conduzir a soluções legais absurdas, como por exemplo exigir que os conviventes assinassem um documento em que afirmassem não querer ficar abrangidos pelo regime institucional da união de facto (para mais desenvolvimentos sobre esta questão cfr. H. GAUDEMET-TALLON, *ob. cit.*, p. 160). Finalmente, não podemos deixar de salientar que em certos países podem existir razões ponderosas que conduzam legitimamente à consagração da união de facto como casamento de segundo grau. Tal será o caso, por exemplo, do direito israelita, em que o regime de impedimentos, ao dificultar a participação no matrimónio, conduz à expansão das uniões de facto. E também em certos países da América Latina se verifica uma preferência pelas uniões de facto face ao casamento, o que encontra a sua justificação sobretudo em razões económicas e de mau funcionamento dos serviços públicos. Assim; H. GAUDEMET-TALLON, *ob. cit.*, p. 159.

(17) Cfr. declaração de voto de M. ASSUNÇÃO ESTEVES no Ac. N.º 359/91, proc. N.º 36/90, DR I Série — A n.º 237, 15.10.91, p. 5346.

(18) Parece-nos ir precisamente neste sentido de equiparação incompleta das uniões de facto ao casamento o Projecto de Lei n.º 414/VII apresentado por deputadas do Grupo Parlamentar “Os Verdes”, in [http://www.parlamento.pt/legis/inic\\_legis/19971006.07.3.0414.1.07](http://www.parlamento.pt/legis/inic_legis/19971006.07.3.0414.1.07). Não se nos afigura totalmente despropositada uma eventual intervenção legislativa, à semelhança do que sucede em França (*vide infra* nota 18), com vista à consagração de um regime de responsabilidade solidária dos unidos de facto quanto as dívidas assumidas perante terceiros com despesas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar ou, em geral, contraídas em proveito comum dos conviventes, regime este que se justificaria exactamente pela necessidade de protecção das expectativas dos terceiros credores.

(19) Com efeito, também em França a consideração das uniões de facto é feita de modo esparso, tanto para a protecção social dos conviventes, como no plano da protecção da confiança de terceiros credores, com o estabelecimento de um regime de responsabilidade solidária dos conviventes pelas dívidas assumidas com as despesas do lar. Cfr. H. GAUDEMET-TALLON, *ob. cit.*, p. 161.

das intervenções legislativas pode variar de ordenamento para ordenamento o que, como é óbvio, terá consequências quanto ao nível da protecção conferida aos conviventes.

No ordenamento português são variadíssimas as disposições legislativas que visam expressamente a tutela dos unidos de facto. A comprová-lo podemos referir, a título exemplificativo <sup>(20)</sup>, o art. 36.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, que visa evitar a discriminação dos filhos nascidos de uma união de facto; o art. 68.º do Código de Processo Penal, que permite à pessoa com quem o ofendido viver em condições análogas às dos cônjuges constituir-se assistente no processo penal; o art. 207.º do Código Penal, que estabelece que o procedimento criminal depende de acusação particular no caso do art. 203.º e do n.º 1 do art. 205.º se o agente viver com a vítima “em condições análogas às dos cônjuges”; o art. 152.º do Código Penal, que estabelece uma pena a quem inflingir “ao cônjuge ou a quem com ele conviver em condições análogas às dos cônjuges” maus tratos físicos ou psíquicos (note-se, aliás, que também o Decreto-Lei n.º 61/91 de 13/8, que visa garantir a protecção adequada às mulheres vítimas de violência, tem em conta a situação dos conviventes em economia comum, especialmente no art. 15.º); o art. 495.º, n.º 3, do Código Civil Português que confere um direito à indemnização aos que podiam exigir alimentos ao lesado; o art. 1871.º, n.º 1, al. c), do Código Civil que estabelece uma presunção de paternidade quando durante o período legal da concepção tenha existido comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges ou concubinato duradouro entre a mãe e o pretenso pai; o art. 1911.º, n.º 3, do dito Código, que permite o exercício conjunto do poder paternal, quando os progenitores conviverem maritalmente e, principalmente, o art. 2020.º do mesmo Código que concede ao convivente supérstite o direito a exigir alimentos da herança do falecido, se vivia com ele há mais de dois anos em condições análogas às

---

<sup>(20)</sup> Vide a recolha exaustiva de legislação e jurisprudência feita por FÁTIMA DUARTE, *União de Facto*, 1997, *O Ponto da Situação*, in *Documento interno da Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres*, em curso de publicação em Ditos & Escritos.

dos cônjuges <sup>(21)</sup>. Depara-se-nos ainda o art. 85.º do Decreto-Lei n.º 257/95 de 30/9, relativo ao regime do arrendamento urbano, que, à semelhança do art. 23.º do regime do arrendamento rural (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 385/88 de 25/10) e do art. 19.º do regime do arrendamento florestal (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 394/88 de 8/11) no caso de morte do primitivo arrendatário, permite a transmissão do arrendamento para a pessoa que com ele viva há mais de cinco anos em condições análogas às dos cônjuges.

Fora do domínio do Código Civil e do Código Penal é na área do direito administrativo e da segurança social, ou da protecção social dos funcionários públicos, que são mais visíveis os efeitos vantajosos, e também desvantajosos, reconhecidos aos conviventes em união de facto. Com efeito, se por um lado a legislação para a segurança social reconhece que uma eventual relação de dependência económica postula a concessão de uma certa assistência material, por outro lado, o envolvimento afectivo dos unidos de facto pode conduzir nomeadamente à falta de imparcialidade necessária ao desempenho de determinadas funções públicas, justificando-se assim o afastamento de funções habitualmente assumidas. Neste sentido dispõe o art. 52.º, n.º 1, al. b) do Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central Regional e Local, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84 de 16/1: o arguido e o participante poderão deduzir a suspeição do instrutor do processo disciplinar quando o instrutor for “alguém que com os referidos indivíduos viva em economia comum”. Da mesma forma, o art. 44.º do Código do Procedimento Administrativo — à semelhança do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 413/93 de 23/12, que visa o reforço das garantias de isenção da administração pública — considera como um impedimento do titular do órgão ou agente da administração pública para intervir designadamente em procedimento administrativo, o facto de “qualquer pessoa com quem viva em economia comum” ter intervido no procedimento como perito

---

(21) No sentido de que, quer a Constituição, quer o Código Civil Português, “fizeram um esforço considerável” para reconhecer a união de facto com filhos *vide* H. E. HÖRSTER, Comunicação apresentada no Congresso de Direito da Família realizado na UCP — Porto em Junho de 1998, intitulada “Does Portugal need to legislate on the Fact Union’s?”, publicada na *International Journal of Law Policy and the Family*, vol. 13, n.º 3, 1999, pp. 274-279, Oxford University Press.

ou mandatário. Em perfeita sintonia com o exposto encontramos ainda certos artigos do Código de Processo Civil, designadamente o art. 122.º que impede o juiz de exercer as suas funções em jurisdição contenciosa ou voluntária quando esteja numa das situações aí descritas “pessoa que com o juiz viva em economia comum” e o art. 618.º que, atendendo igualmente à relação de proximidade existente, permite que “quem conviver ou tiver convivido em união de facto em condições análogas às dos cônjuges com alguma das partes na causa” se possa legitimamente recusar a depor. Note-se que, ao lado dessas “desvantagens”, os conviventes em união de facto beneficiam igualmente de inúmeras vantagens à luz do direito da segurança social — *maxime* o direito à protecção na eventualidade da morte do beneficiário do regime geral da segurança social, fixado pelo Decreto-Lei n.º 322/90 de 18/10, o direito ao rendimento mínimo garantido, criado pela Lei n.º 19-A/96 de 29/6 e o direito que têm as pessoas de nacionalidade portuguesa, forçadas a abandonar o país da residência em virtude de ofensa ou ameaça a direitos fundamentais, praticadas em consequência da decisão de autoridades competentes, a receber apoio social, benefício esse instituído pelo Decreto-Lei n.º 133/97 de 30/5 — bem como nos termos do direito do funcionalismo público. Neste último contexto salienta-se o direito de os conviventes em união de facto poderem receber uma pensão de sobrevivência como herdeiros hábeis dos contribuintes (Decreto-Lei n.º 142/73 de 31/3, alterado designadamente pelo Decreto-Lei n.º 71/97 de 3/4), ou o subsídio por morte (criado pelo Decreto-Lei n.º 223/95 de 8/9), a possibilidade de invocarem a existência dessa união aquando do recrutamento e selecção do pessoal para a administração pública, para poderem preferir em caso de igualdade de classificação em concursos internos (nos termos do Decreto-Lei n.º 498/88 de 30/12 alterado pelo Decreto-Lei n.º 215/95 de 3/8) e ainda o facto de beneficiarem do regime de marcação de férias, faltas por falecimento do familiar, e faltas para o tratamento ambulatorio “do cônjuge ou equiparado” (Decreto-Lei n.º 497/88 de 30/12, alterado pelo Decreto-Lei n.º 178/95 de 26/7 e pelo Decreto-Lei n.º 101-A/96 de 26/7). Note-se aliás que também no âmbito do direito do trabalho a situação dos conviventes em união de facto é considerada para efeitos de marcação do período de férias quando

trabalhem na mesma empresa, assim como para poderem faltar por falecimento de um dos conviventes, segundo os artigos 8.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 874/76 de 28/12 alterado pelo Decreto-Lei n.º 397/91 de 16/10. É igualmente considerada a união de facto nos artigos 20.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 100/97 de 13/9, para atribuir, em caso de morte resultante de acidente de trabalho de um dos conviventes, uma pensão por morte, um subsídio por morte e a cobertura das despesas do funeral.

Refira-se, por fim, que a própria jurisprudência portuguesa também reconhece a necessidade de serem tuteladas as uniões de facto. De facto, o Tribunal Constitucional Português já decidiu que o direito à transmissão da posição de arrendatário (art. 84.º do Regime do Arrendamento Urbano) no caso de divórcio ou separação judicial dos cônjuges, deve aplicar-se, de acordo com o princípio constitucional da não discriminação dos filhos, às uniões de facto <sup>(22)</sup>.

Pelo que acaba de verificar-se, a tutela conferida às situações de união de facto, referidas com notável diversidade terminológica, apresenta-se entre nós de tal modo intensa — para além de remontar, em alguns casos, pelo menos ao início da década de 70 — que, sem se estar perante uma instituição familiar autónoma face ao casamento, a protecção assegurada aos conviventes <sup>(23)</sup> é porventura maior do que aquela que lhe conferem alguns ordenamentos em que se institucionalizou a união de facto como uma espécie de casamento de segunda categoria.

3. Feito, de forma linear, o ponto da situação, no que respeita aos possíveis enquadramentos jurídicos da união de facto, cumpre,

---

<sup>(22)</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 359/91. in Diário da República — I Série A, n.º 237, de 15.10. 91.p. 5332 ss.

<sup>(23)</sup> Que em alguns casos é feita depender, expressamente, de uma determinada duração da união estável. É de notar, neste plano, a ausência de um critério uniforme quanto ao período de convivência mínima exigido, como é revelador o facto de para efeito da atribuição do rendimento mínimo garantido se exigir o prazo de um ano, ao passo que o benefício de faltas para o tratamento ambulatorio do outro convivente depender de uma convivência pelo prazo mínimo de dois anos, enquanto a transmissão do arrendamento, em caso de morte do primitivo arrendatário depender de uma convivência por 5 anos. Atente-se no entanto no Projecto de Lei n.º 527/VII apresentado por deputados do Partido Socialista, in [http://www.parlamento.pt/legis/inic\\_legis/19980520.07.3.0527.1.08](http://www.parlamento.pt/legis/inic_legis/19980520.07.3.0527.1.08), no sentido da introdução de alguma uniformização quanto ao prazo mínimo de 2 anos de duração da união de facto.

agora, dar conta, em termos comparatísticos, da evolução legislativa e jurisprudencial em torno da temática dos “casamentos” entre pessoas do mesmo sexo.

Se, há algumas décadas, a hipótese de aceitação do casamento entre homossexuais podia soar ao estilo da música futurista e ser juridicamente inaceitável, o panorama é hoje manifestamente diferente no plano do direito comparado.

Entre as razões que podem ser invocadas para justificar a crescente relevância que o debate sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo tem suscitado, destacam-se algumas de modo especial. Por um lado, assistimos a uma visibilidade social crescente<sup>(24)</sup> das relações entre parceiros homossexuais, tendencialmente menos reprimidas do ponto de vista moral, já para não mencionar o aspecto penal<sup>(25)</sup>, numa sociedade cada vez mais globalizada na qual o inevitável contacto com a diversidade (de raças, de convicções, de práticas, etc.) conduz a uma necessidade — senão mesmo a um imperativo indispensável à convivência pacífica — de respeitar o que nos outros vemos de diferente. Por outro lado, verificou-se, nas sociedades ocidentais, uma alteração progressiva da noção tradicional de casamento, marcado pela finalidade praticamente exclusiva da procriação e educação da prole, para a concepção hoje dominante do casamento como relação de convivência<sup>(26)</sup>. Efectivamente, esta alteração do sentido e

---

(24) Vejam-se as considerações, quanto a nós transponíveis para o plano das uniões homossexuais, de M. GLENDON, *ob. cit.*, p. 494, relativamente às uniões de facto que em função da sua crescente visibilidade na sociedade conduziram a uma intervenção das ordens jurídicas, ainda que, como vimos, em grau variável.

(25) A sodomia já não é considerada crime em Portugal desde há longa data e apesar de vários Estados ainda a sancionarem penalmente, a tendência tem sido muito mais no sentido da descriminalização do que da criminalização.

(26) Cfr., neste sentido, D. COESTER-WALTJEN / M. COESTER, *ob. cit.*, pp. 50-51, destacando esta evolução do conceito de casamento em conexão com a discussão acerca dos “casamentos” de homossexuais. Vide igualmente as pertinentes observações de RICHARD POSNER, *Should there be homosexual marriage? And if so, who should decide?* 95 Mich. L. R. (1997), p. 1580, no sentido de que a inadaptação dos homossexuais ao casamento, encarado como relação de convivência, será maior do que face ao casamento orientado exclusivamente para a procriação, já que “the institution of companionate marriage tends to extrude homosexuals — who can blend invisibly into a system of noncompanionate marriage. where nothing more than occasional sexual relations are expected, but who may be uncomfortable in a companionate relationship with a person of the opposite sex.”

finalidade do casamento heterossexual — que se desprende da finalidade da procriação na generalidade das ordens jurídicas civis (ainda que não na ordem jurídica canónica <sup>(27)</sup>) — contribui também para a importância crescente que o debate acerca do casamento entre homossexuais vem assumindo. De facto, se a finalidade do instituto do casamento consiste apenas em conceder tutela jurídica a uma relação de convivência e afectividade entre duas pessoas que se comprometem mutuamente a observar os deveres essenciais de cooperação, coabitação, respeito e fidelidade, torna-se difícil compreender, à luz da generalidade das ordens jurídicas civis em que o casamento é encarado como pura relação de convivência afectiva, a razão pela qual a duas pessoas do mesmo sexo não poderá ser reconhecido um estatuto de equiparação aos casados, gozando a sua união oficial e registada dos mesmos efeitos pessoais e patrimoniais do casamento.

Foi precisamente neste contexto que, na Dinamarca, através da *Lov om registreret partnerskab nr 821 af 19/06/1989*, seguida pela Noruega, com a *Lov 30 April 1993 nr. 40 om registrert partnerskab*, e pela Suécia em 1994 (*Lag 1994: 1117*), bem como ainda mais recentemente na Holanda, pela *Wet van 5 Juli 1997* <sup>(28)</sup>, se desenvolveu um novo instituto de natureza familiar — que traduzimos por *união registada entre indivíduos do mesmo sexo* — que visa precisamente enquadrar juridicamente a relação afectiva entre pares homossexuais <sup>(29)</sup>, em moldes, como teremos oportunidade de analisar mais aprofundadamente, equiparáveis aos do casa-

---

<sup>(27)</sup> Determina o § 1 do art. 1055 do Código de Direito Canónico que por matrimónio se entende o “acto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si a comunhão íntima de toda a vida, ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole (...)”.

<sup>(28)</sup> In *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, 324 (1997), pp. 1-7.

<sup>(29)</sup> Para uma análise das razões que justificaram a intervenção legislativa nestes países, iniciada na Dinamarca, vide LINDA NIELSEN, *Family Rights and the “Registered Partnership” in Denmark*, 4 Int'l. J. L. & Fam. (1990), pp. 297 ss., destacando precisamente (p. 297) que “homosexual relationships are as much based on love and mutual responsibility as heterosexual relationships”. Assim sendo, no contexto da noção de casamento como relação de convivência afectiva entre duas pessoas, em que a finalidade da procriação é completamente desconsiderada, concepção essa de casamento-convivência também dominante na Dinamarca, parece logicamente difícil de negar a participação de pares homossexuais numa relação caracterizada pelos efeitos essenciais do casamento e tutelada pelo direito.



mento. Manteve-se assim uma diferença, há que reconhecê-lo, puramente formal-conceptual, mas certamente simbólica, entre os dois institutos, que permite assegurar ainda alguma autonomia e identidade específica ao conceito de casamento que, por força da tradição, pressupõe a diversidade de sexos dos cônjuges.

Quer a lei dinamarquesa, quer as leis sueca e norueguesa<sup>(30)</sup>, constituem textos legais muito simples e incisivos<sup>(31)</sup> que, como

---

<sup>(30)</sup> Relativamente à recentíssima lei holandesa que já mencionámos, a solução legislativa utilizada foi um pouco diferente. A lei holandesa de 5 de Julho de 1997 altera o Novo Código Civil Holandês (NBW), de modo a acolher o novo instituto do domínio familiar que é a união registada. Optou-se assim por incluir um novo título 5A, sobre a união registada (“*geregistreerd partnerschap*”), imediatamente a seguir ao título 5, relativo ao casamento (“*Huwelijk*”), do Livro I, sobre Direito da Família, do NBW. Regulam-se nesse novo título 5A, que inclui os artigos 80A a 80E, os aspectos essenciais sobre a conclusão, efeitos e extinção da união registada. As disposições seguintes do diploma de 5 de Julho de 1997 destinam-se, *grosso modo*, a alterar os preceitos legais do NBW que se referiam exclusivamente a “casamento” e “cônjuges”, de modo a passarem a mencionar “casamento ou união registada” e “cônjuges ou parceiros numa união registada”. Torna-se deste modo também evidente a equivalência funcional na Holanda do novo instituto da união registada ao casamento, não obstante a solução legislativa adoptada ter sido diferente da seguida nos países escandinavos onde, como veremos, se empreendeu praticamente apenas uma remissão genérica, com escassas excepções, da união registada para o regime do casamento.

<sup>(31)</sup> Texto integral da Lei Dinamarquesa sobre a união registada de homossexuais, in [http://147.29.40.90/\\_SHOW-B539976057/1877&a19890037230REGL&0001](http://147.29.40.90/_SHOW-B539976057/1877&a19890037230REGL&0001). Traduzido ainda para alemão *apud* ANDREAS WACKE, *Die Registrierung homosexueller Partnerschaften in Dänemark*, FamRZ (1990), p. 348. O texto da Lei norueguesa, traduzido para inglês, encontra-se publicado por MARIANNE ROTH, *The Norwegian Act on Registered Partnership for Homosexual Couples*, 35 U. Louisville J. Fam. L. (1996), pp. 471-472. Para além dos comentários à lei dinamarquesa e à lei norueguesa de A. WACKE e de M. ROTH, acabados de referir, tivemos ainda a oportunidade de consultar, sobre a lei sueca, ÅKE SALDEEN, *Sweden: Family Counselling, the Tortious Liability of Parents and Homosexual Partnership*, 33 U. Louisville J. Fam. L. (1995), pp. 513 ss., MICHAEL BOGDAN / EVA RYRSTEDT, *Marriage in Swedish Family Law and Swedish Conflict of Laws*, 29 Fam. L. Q. (1995), pp. 675 ss., esp. pp. 677-678, e MICHAEL BOGDAN, *IPR-Aspekte der schwedischen Eintragenen Partnerschaft für Homosexuelle*, IPRax (1995), pp. 54-55., estes dois últimos artigos para uma análise eminentemente de Direito Internacional Privado da nova legislação sueca sobre a *registrerat partnerskap*. Sobre a lei dinamarquesa de 1989 recorremos aos comentários de MARIANNE PEDERSEN, *Denmark: Homosexual Marriages and New Rules Regarding Separation and Divorce*, 30 J. Fam. L. (1991-92), pp. 289 ss., LINDA NIELSEN, *Family Rights and the “Registered Partnership” in Denmark* 4 Int’l. J. L. & Fam. (1990), pp. 297 ss. e MARTIN DUPUIS, *The Impact of Culture, Society, and History on the Legal Process: An Analysis of the Legal Status of Same-Sex Relationships in the United States and Denmark*, 9 Int’l. J. L. & Fam. (1995), pp. 86 ss.

rapidamente se deduz do § 1<sup>(32)</sup> da lei dinamarquesa de 1989 — seguido quase literalmente pelos preceitos introdutórios das ulteriores leis escandinavas — visam possibilitar a duas pessoas do mesmo sexo uma equiparação de tipo genérico aos cônjuges. Efectivamente o § 3 determina<sup>(33)</sup> que, com a excepção do que se estabelece no § 4 sobre a adopção, a *registreret partnerskab* produz, relativamente aos companheiros, exactamente os mesmos efeitos que o casamento (*aegteskab*) entre pessoas de sexo diferente. Aqui, no entanto, a razão de ser do impedimento da adopção<sup>(34)</sup>, bem como da guarda conjunta de uma criança pelos companheiros homossexuais registados<sup>(35)</sup>, não se encontra na própria união considerada em si mesma, mas na circunstância de uma adopção conjunta, neste caso, implicar que a criança passasse a ter como progenitores reconhecidos pela ordem jurídica duas pessoas do mesmo sexo. Entendeu-se que este facto poderia afectar os interesses do menor<sup>(36)</sup>, ao nível da sua educação e também da sua inserção social, em virtude de ser biologicamente impossível que duas pessoas do mesmo sexo sejam conjuntamente os progenitores genéticos da mesma criança<sup>(37)</sup>.

A esta excepção acrescentam-se outras, de menor alcance, como as que respeitam à inadmissibilidade da forma de celebração religiosa da união registada<sup>(38)</sup>, juntamente com a ausência de um direito dos companheiros à mediação por entidades religiosas, em caso de ruptura<sup>(39)</sup>, que se encontra igualmente vedada, bem como

---

<sup>(32)</sup> Determina este preceito que “[d]uas pessoas do mesmo sexo podem registar a sua união (*partnerskab*)”.

<sup>(33)</sup> Secundado igualmente pelas leis sueca e norueguesa.

<sup>(34)</sup> Mas já não da adopção a título individual, como nota A. WACKE, *ob. cit.*, p. 349.

<sup>(35)</sup> Cfr. A. WACKE, *ob. cit.*, p. 349, M. PEDERSEN, *ob. cit.*, p. 290 e o mesmo na Suécia, segundo A. SALDEEN, *ob. cit.*, p. 520 e na Noruega, como relata M. ROTH, *ob. cit.*, p. 470.

<sup>(36)</sup> Neste sentido A. WACKE, *ob. cit.*, p. 349.

<sup>(37)</sup> Assim, M. PEDERSEN, *ob. cit.*, p. 290, acompanhando o comentário do Ministério da Justiça Dinamarquês, ao afirmar que “these rules are based on the assumption that the registered partners can have children separately but not together.” *Idem* M. DUPUIS, *ob. cit.*, p. 104.

<sup>(38)</sup> Segundo M. DUPUIS *ob. cit.*, p. 104, “blessings by a vicar are performed on a private basis in homes and are tolerated by some bishops.”

<sup>(39)</sup> Cfr. M. PEDERSEN, *ob. cit.*, p. 290.

a não aplicação das disposições do regime do casamento que presuponham a distinção entre homem e mulher, ainda que, neste último caso, se trate de uma excepção manifestamente sem relevância prática <sup>(40)</sup>.

Resta finalmente referir, desta vez no plano estritamente conflitual, que as leis dinamarquesa, sueca e norueguesa apresentam, relativamente à lei aplicável às uniões registadas, um regime original face às conexões relevantes para a determinação da lei aplicável ao casamento nesses ordenamentos. Em primeiro lugar, é manifesto o carácter material espacialmente autolimitado do regime das uniões registadas, ao determinar-se, no § 2 (2) da lei dinamarquesa, que “a união pode apenas ser registada, no caso de ambas as partes serem domiciliadas na Dinamarca, ou uma delas ter aí o seu domicílio e possuir a nacionalidade dinamarquesa”, acompanhado pela secção 2, par. 3 da lei norueguesa <sup>(41)</sup>, bem como, em termos idênticos, pela lei sueca <sup>(42)</sup>. Efectivamente, ao exigir-se que pelo menos uma das partes, que pretenda entrar numa união registada em algum destes três países, tenha aí o seu domicílio e nacionalidade, exigência que não encontra paralelo ao nível do casamento <sup>(43)</sup>, teve-se em conta o receio de que estes três países acabassem por transformar-se no destino preferencial de pares homossexuais estrangeiros, desejosos de registarem aí as suas uniões, que acabariam, no entanto, por não poderem ser reconhecidas nos seus Estados de origem, de domicílio e nacionalidade, em virtude do facto de este tipo de relação familiar ser desconhecido na generalidade das ordens jurídicas <sup>(44)</sup>.

---

<sup>(40)</sup> Cfr. A. WACKE, *ob. cit.*, p. 349.

<sup>(41)</sup> Ao determinar que “[u]ma união pode apenas ser registada se uma ou ambas as partes forem domiciliadas na Noruega e pelo menos uma delas tiver nacionalidade norueguesa.”

<sup>(42)</sup> A lei sueca determina a exigência, para a admissibilidade do registo da união registada entre pessoas do mesmo sexo na Suécia, que, pelo menos, uma das partes tenha nacionalidade sueca e domicílio nesse país. Assim M. BOGDAN, *IPR-Aspekte, cit.*, p. 56, e A. SALDEEN, *ob. cit.*, p. 52 1.

<sup>(43)</sup> M. BOGDAN, *ob. cit.*, p. 56. Verificada a inexistência de impedimentos, segundo a lei pessoal de cada um dos nubentes estrangeiros e domiciliados no estrangeiro, seria perfeitamente possível a celebração do casamento, em qualquer um destes três países escandinavos.

<sup>(44)</sup> Cfr., neste sentido, M. BOGDAN, *IPR-Aspekte, cit.*, p. 56 e, menos desenvolvidamente, M. BOGDAN/E. RYRSTEDT, *Marriage, cit.*, p. 678. Vide igualmente, apontando idêntica justificação para esta limitação, M. ROTH, *ob. cit.*, p. 468, M. PEDERSEN, *ob. cit.*, p. 290 e A. SALDEEN *ob. cit.*, p. 521.

Merece ainda ser realçado, por outro lado, o facto de este tipo de solução conflitual específica para a união registada, nestes países nórdicos, conduzir a um afastamento forçado do impedimento da identidade de sexos à celebração por um sujeito, sem nacionalidade e sem domicílio em algum destes três Estados, de uma união registada, ao contrário do que seria exigido, igualmente no plano conflitual, para a celebração de um casamento nestes países. Será efectivamente considerada irrelevante a oposição que, tanto a *lex patriae*, como a *lex domicilii* do estrangeiro, que pretenda participar numa união registada nestes países escandinavos, mova relativamente à sua entrada nessa relação. Revela-se assim, simultaneamente com o carácter material espacialmente autolimitado, já referido, destes diplomas nórdicos sobre a união registada, um manifesto *favor ligaminis*, patente na irrelevância a que é votada a oposição da lei pessoal do estrangeiro que participe numa união registada na Dinamarca, Suécia ou Noruega com um nacional de algum destes Estados aí domiciliado <sup>(45)</sup> <sup>(46)</sup>.

Não obstante estas diferenças face ao casamento, tanto no plano material como conflitual, a equiparação aos cônjuges dos companheiros do mesmo sexo, registados segundo as leis dinamarquesa, sueca e norueguesa, implica uma equivalência quase total da união registada ao casamento. Essa equiparação vai da sua constituição (os impedimentos matrimoniais aplicam-se à união registada e a cerimónia da união registada é semelhante à de um casamento civil nesses países <sup>(47)</sup>), à sua extinção (as causas de

---

<sup>(45)</sup> Como refere a este respeito M. BOGDAN, *ob. cit.*, p. 56, "Subjacente à aplicação geral do direito sueco encontra-se a ideia de que um cidadão sueco com domicílio na Suécia deve poder participar numa união registada com um estrangeiro, domiciliado no estrangeiro, apesar de o ordenamento jurídico desse estrangeiro presumivelmente desconhecer o instituto da união registada."

<sup>(46)</sup> Chamou-nos a atenção para a possibilidade de estarmos perante normas simultaneamente autolimitadas e de aplicação imediata António Marques dos Santos. Para mais desenvolvimentos sobre esta complexa problemática da relação entre normas materiais espacialmente autolimitadas e normas de aplicação imediata, vide A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 886 ss e pp. 897 ss. Veja-se ainda R. MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição — Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra Editora, 1980.

<sup>(47)</sup> A. WACKE, *ob. cit.*, p. 348, e M. ROTH, *ob. cit.*, p. 468.

extinção da união registada são as mesmas do casamento, dissolvendo-se portanto, por um lado, por divórcio, nos mesmos moldes que o casamento <sup>(48)</sup>, e prevendo-se, por outro lado, os mesmos direitos sucessórios para os companheiros supérstites que se encontram previstos para os cônjuges sobreviventes <sup>(49)</sup>, passando finalmente pelos efeitos pessoais e patrimoniais da união registada, que são também iguais aos do casamento, podendo até, no que constitui uma equiparação ao casamento que se reveste de um especial simbolismo, ser adoptado um nome de família comum <sup>(50)</sup>.

A finalidade desta lei não é portanto proporcionar um enquadramento legal à união entre indivíduos do mesmo sexo, num puro plano de uma mera união de facto tutelada pelo direito <sup>(51)</sup>, mas sim conceder aos homossexuais a possibilidade prática de se casarem <sup>(52)</sup>, sem, no entanto, recorrerem ao instituto do casamento, que está, e se mantém, tradicionalmente vocacionado para pessoas de sexo diferente. Pelo menos este respeito formal-conceptual pela instituição tradicional do casamento foi observado, ao ter-se adoptado uma denominação diferente para a união registada <sup>(53)</sup>. Claro está que funcionalmente — e é segundo esta metodologia de direito comparado que nos orientamos, como não podia deixar de

---

<sup>(48)</sup> A. WACKE, *ob. cit.*, 349, M. ROTH, *ob. cit.*, p. 469, L. NIELSEN, pp. 302-303 e M. PEDERSEN, *ob. cit.*, p. 290-291, descrevendo este último Autor as transformações registadas no regime do divórcio na Dinamarca, também em 1989, no sentido da sua facilitação.

<sup>(49)</sup> L. NIELSEN, *ob. cit.*, pp. 303-304. M. ROTH, *ob. cit.*, p. 469,

<sup>(50)</sup> A. WACKE, *ob. cit.*, 348. M. ROTH, *ob. cit.*, p. 469, L. NIELSEN, pp. 301-302 e M. PEDERSEN, *ob. cit.*, p. 290.

<sup>(51)</sup> Ao contrário da solução, já apresentada, da nova lei catalã sobre as uniões de facto heterossexuais e homossexuais, razão pela qual nos parece desadequado tratar aqui, em sede da discussão em torno do tema do casamento de homossexuais, a lei catalã, em que a união entre homossexuais é equiparada à união de facto, numa posição de inferioridade face ao instituto do casamento e sem qualquer tipo de correspondência funcional a este.

<sup>(52)</sup> Elucidativo a este respeito é o que assinala M. PEDERSEN, *ob. cit.*, p. 291, ao afirmar que o Código Penal Dinamarquês teve de ser alterado no sentido de penalizar o sujeito que participe numa união registada estando ainda casado ou envolvido numa *registreret parterstak* com outra pessoa. falando-se aqui também em bigamia nos mesmos moldes que no casamento.

<sup>(53)</sup> Vide A. WACKE, *ob. cit.*, p. 350, notando que foi conscientemente que o legislador dinamarquês evitou a utilização da expressão casamento, para a união oficializada entre pessoas do mesmo sexo, não obstante se tratar de um instituto afim ao casamento.

ser — a *registreret partnerskab* é um casamento, só que entre pessoas do mesmo sexo.

Esta preocupação em manter-se a “coroa simbólica” do conceito de casamento<sup>(54)</sup>, como um exclusivo do matrimónio heterossexual, tende aliás, como veremos, a manifestar-se igualmente do outro lado do atlântico, De facto, depois de longos anos de discussão doutrinária em torno da exigência da diversidade de sexos no casamento, e de várias tentativas, sempre goradas, de obtenção de licenças para casamento, com recurso aos tribunais, por parte de casais homossexuais<sup>(55)</sup>, os tribunais do Estado do Havai numa sequência de decisões históricas<sup>(56)</sup>, iniciadas em 1993 com a decisão do *Supreme Court* no caso *Baehr v. Lewin*, seguida pela decisão do *Circuit Judge* de Honolulu, Kevin Chang, em *Baehr vs Miike*<sup>(57)</sup>, de 3 de Dezembro de 1996, reconheceram a possibilidade do casamento de homossexuais<sup>(58)</sup>.

<sup>(54)</sup> Toma-se aqui a expressão de R. POSNER, *ob. cit.*, p. 1587.

<sup>(55)</sup> Vide sobre os casos anteriores às decisões havaianas, BARBARA COX, *Same-Sex marriage and Choice of Law: If We Marry in Hawaii, Are We Still Married When We Return Home?* Wisc. L.R. (1994), pp. 1054 ss e a *Note* (sem indicação do Autor), *Homosexuals Right to Marry: A Constitutional Test and a Legislative Solution*, 128 U. Penn. L.R. (1980), pp. 193 ss., esp. 195 ss., com a indicação dos primeiros casos de recurso para os tribunais, por parte de homossexuais a quem foram negadas licenças para casamento.

<sup>(56)</sup> Vide a pormenorizada exposição de B. Cox, *ob. cit.*, pp. 1038 ss., acerca desta sequência de decisões havaianas — ainda que numa perspectiva abertamente comprometida com a defesa dos “same-sex marriages” —, descrição essa que nos serviu em grande medida de base para a elaboração da nossa breve exposição destas decisões judiciais.

<sup>(57)</sup> Inicialmente o caso intitulava-se *Baehr v. Lewin*, sendo John Lewin o Director de Saúde do Estado do Havai, substituído entretanto nas suas funções por Lawrence Miike. Cfr. SAMUEL MARCOSSON, *The Lesson of the Same-Sex Marriage Trial: The Importance of Pushing Opponents of Lesbian and Gay Rights to Their Second Line of Defense*, 35 Jour. Fam. L. (1996-97), p. 721, n. 1.

<sup>(58)</sup> No seguimento desta sequência de decisões, intensificou-se extraordinariamente nos EUA o debate em torno da temática dos “casamentos entre pessoas do mesmo sexo”, em particular do lado dos seus defensores, que redobram de entusiasmo. Sem qualquer preocupação de exaustividade apresentamos aqui a bibliografia que pudemos analisar sobre o tema, toda posterior à primeira decisão havaiana. Assim, do lado dos defensores do “same-sex marriage”, vejamos JAMES TROSINO, *American Wedding: Same-Sex Marriage and the Miscegenation Analogy*, 73 Bost. U.L.R. (1993), pp. 93 ss., CARLOS BALL, *Moral Foundations for a Discourse on Same-Sex Marriage: Looking Beyond Political Liberalism*, 85 Georgetown L. Jour. (1997), pp. 1871 ss. esp. pp. 1936 ss. (com uma profunda análise jusfilosófica do tema). JENNIFER BROWN, *Competitive Federalism and the Legislative Incentives to Recognize Same-Sex Marriage*, 68 South. Cal. L.R. (1995), pp. 745 ss., (com uma interessante análise de argumentos económicos para o reconheci-

Tudo começou com uma acção intentada por um conjunto de casais homossexuais que pretendiam casar-se e a quem o *Department of Health* do Havai se recusou a conceder as respectivas licenças para casamento em virtude da identidade de sexos dos nubentes. Os Autores perderam na primeira instância mas, pouco impressionados pelo historial de decisões negativas de tribunais superiores nos EUA em matéria de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, decidiram recorrer para o *Hawaii Supreme Court*. Este tribunal, considerou que o regime do casamento no Havai vio-

---

mento legislativo dos casamentos homossexuais a curto prazo em alguns Estados dos EUA), WILLIAM ESKRIDGE, *The Case for Same-Sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment*, New York, Free Press, 1996, assim como, de modo globalmente concordante, em recensão a esta monografia de referência, ARTHUR LEONARD, *Going for the Brass Ring: The Case for Same-Sex Marriage*, 82 Cornell L.R. (1996-97), pp. 578 ss., DAVID CHAMBERS, *What If? The Legal Consequences of Marriage and the Legal Needs of Lesbian and Gay Male Couples*, 95 Mich. L.R. (1996-97), pp. 447 ss., S. MARCOSSON, *ob. cit.*, pp. 721 ss., M. ROTHSTEIN, *The Defense of Marriage Act and Federalism: A States' Rights Argument in Defense of Same-Sex Marriages*, 31 Fam. L.Q. (1997), pp. 571 ss., MELODY TORBATI, *The Right of Intimate Sexual Relations: Normative and Social Bases, for According it "Fundamental Right" Status*, 70 South. Cal. L.R. (1997), pp. 1805 ss. Em sentido desfavorável à aceitação pura e simples do casamento entre homossexuais, apenas com fundamento na invocação dos direitos constitucionais, sem qualquer intervenção legislativa, vide as pertinentes observações do Juiz RICHARD POSNER, *ob. cit.*, pp. 1578 ss., em recensão crítica à importante monografia, já referida, de WILLIAM ESKRIDGE, Jr. e, tendencialmente, com uma descrição isenta, W. BRIAN BURNETTE, *Hawaii's Reciprocal Beneficiaries Act: An Effective Step in Resolving the Controversy Surrounding Same Sex Marriage*, 37 Brandeis L.J. (1998-99), pp. 81 ss. Também no plano de direito internacional privado as decisões havaianas despertaram considerável interesse, a avaliar pelos estudos, alguns deles já citados, de BARBARA COX, *Same-Sex Marriage and Choice of Law: If We Marry in Hawaii, are We Still Married When We Return Home?* Wisc. L.R. (1994), pp. 1033 ss., CURT PHAM, *Let's Get Married in Hawaii: A Story of Conflicting Laws, Same-Sex Couples, and Marriage*, 30 Fam. L. Q. (1996), pp. 727 ss., DEBORAH HENSON, *Will Same-Sex Marriages be Recognized in Sister States?: Full Fait and Credit and Due Process Limitations on States' Choice of Law Regarding the Status and Incidents of Homosexual Marriages Following Hawaii's Baehr v. Lewin*, 32 U. Louis. J.Fam.L. (1994), pp. 551 ss. e, por fim, o importante estudo de LARRY KRAMER, *Same-Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception*, 106 Yale L. J. (1997), pp. 1965 ss. Mesmo fora dos EUA, em particular no Canadá, a decisão *Baehr v. Lewin* despertou interesse. Vide MARTHA BAILEY, *Hawaii's Same-Sex Marriage Initiatives: Implications for Canada*, 15 Can. J.Fam.L. (1998), pp. 153 ss. e também, a propósito de um caso canadiano de casamento de pessoas do mesmo sexo, SUSAN BOYD, *Best Friends or Spouses? Privatization and the Recognition of Lesbian Relationships in M v. H*, 13 Can. J.Fam.L. (1996), pp. 321 ss. e MARTHA MCCARTHY / JOANNA RADBORD, *Family Law for Same-Sex Couples: Chart(er)ing the Course*, 15 Can. J.Fam.L. (1998), pp. 101 ss.

lava presumivelmente a proibição constitucional havaiana de discriminação em razão do sexo <sup>(59)</sup>, a menos que o Estado do Havai conseguisse fundamentar, num retorno à instância judicial inferior, que esse regime se justificava por razões convincentes do ponto de vista dos interesses do Estado <sup>(60)</sup>. Com o ónus da argumentação assim colocado do lado do Estado, este não conseguiu apresentar razões para inverter a presunção, fixada pelo *Supreme Court*, no sentido da existência de discriminação. A argumentação seguida pelo Estado assentou, *grosso modo*, na invocação do interesse em proteger o casamento entre pessoas de sexo diferente, mas não entre pessoas do mesmo sexo, considerando-se que só o primeiro proporciona um ambiente adequado ao desenvolvimento de crianças, bem como na invocação do interesse de protecção da família tradicional e dos interesses de preservação da moralidade <sup>(61)</sup>. A argumentação do Estado do Havai, para a defesa da exclusividade do casamento heterossexual, acabou por se centrar, no decurso do processo, no interesse da protecção do casamento como

---

<sup>(59)</sup> O *Hawaii Supreme Court*, perante exemplos argumentativos muito bem medidos, do género “[s]e um homem e uma mulher pretendem ambos casar com uma mulher, apenas o homem poderá obter a licença e não a mulher” (!) (cfr. S. MARCOSSON, *ob. cit.*, p. 724), acabou por considerar que “the Hawaii marriage statute created a sex-biased classification that facially violated the equal protection clause of the Hawaii Constitution” (Cfr. W. BURNETTE, *ob. cit.*, p. 83-84). Será porventura caso para pensarmos que o mesmo tribunal teria igualmente afirmado a existência de uma presumível discriminação quando confrontado com o seguinte exemplo: se dois homens pretendem ambos casar com uma mulher e um deles é irmão dela, apenas um poderá obter a licença para casamento e não o outro... No primeiro exemplo não pode casar porque é do mesmo sexo, no segundo não pode porque é irmão. Com idêntico sofisma haverá formalmente discriminação em qualquer dos casos...

<sup>(60)</sup> Como assinalam, entre outros, J. TROSINO, *ob. cit.*, p. 93 ss. (dissecando minuciosamente o tema, tendo em vista a defesa dos casamentos entre homossexuais), D. HENSON, *ob. cit.*, pp. 571 ss. e p. 574, e S. MARCOSSON, *ob. cit.*, p. 725. no caso dos casamentos entre homossexuais, a argumentação dos defensores da existência de discriminação em razão do sexo seguiu, em certa medida, a orientação paralela adoptada para a defesa, na década de 60, dos casamentos entre pessoas de raças diferentes, quando estes eram proibidos por *antimiscegenation laws* em pelo menos 16 Estados.

<sup>(61)</sup> Cfr. S. MARCOSSON, *ob. cit.*, p. 725 e W. BURNETTE, *Note, Hawaii's Reciprocal, cit.*, p. 84, destacando este último Autor também o facto de ter sido invocada pelo Estado do Havai a conveniência de que se evitassem os conflitos de leis entre os vários Estados, que seriam logicamente potenciados com o reconhecimento isolado dos “same-sex marriages” no Havai.



instituição destinada à procriação e educação dos filhos num ambiente que envolva um homem e uma mulher <sup>(62)</sup>.

Neste contexto argumentativo, em que competia ao Estado do Havai inverter a presunção de discriminação em razão do sexo, através da apresentação de interesses ponderosos do Estado para a manutenção dessa discriminação, que foi aliás tida como ponto de partida assente pelo *Supreme Court*, o julgamento transformou-se numa complexa audiência de peritos em psicologia e educação, que se revelou inconsequente para a difícil defesa que competia ao Estado do Havai, dando-se finalmente como não provado que a educação de uma criança por um casal homossexual lhe causasse, em princípio, danos <sup>(63)</sup>. Se bem que esta batalha judicial havaiana em torno da aceitação dos casamentos entre homossexuais estivesse perdida para o lado dos defensores da exclusividade do casamento entre sujeitos de sexo diferente, a “guerra” em torno do tema não tinha terminado aqui. Efectivamente, no intuito de impedir que, por via judicial, se consolidasse a aceitação dos casamentos do mesmo sexo, o Estado do Havai tomou uma iniciativa legislativa, no sentido de conseguir introduzir, através da consulta popular em Novembro de 1998, uma emenda à Constituição do Havai tendente a autorizar o Estado a definir por via legislativa, excluindo-se então a intervenção judicial, o que é casamento, entendendo-se este como “*the unique social institution based upon the committed union of one man and one woman*” <sup>(64)</sup>. Simultaneamente, promulgou legislação (o “*Reciprocal Beneficiaries Act*”) que garante a duas pessoas não casadas, que decidam registar-se como “beneficiários recíprocos”, muitos dos direitos e bene-

---

<sup>(62)</sup> Assim S. MARCOSSON, *ob. cit.*, p. 725, analisando exaustivamente a argumentação do Estado do Havai no caso *Baehr v. Muike*, como assentando, em última instância, no interesse de “fostering procreation in a marital setting” que acabou por se limitar a considerações de protecção das crianças.

<sup>(63)</sup> Como relata S. MARCOSSON, *ob. cit.*, p. 728 ss., tornava-se virtualmente impossível provar que o facto de uma criança ser educada por duas pessoas do mesmo sexo lhe seria prejudicial, em particular se esse casal fosse constituído por duas mulheres. O Juiz Chang afirmou mesmo que “defendant has failed to establish a causal link between allowing same-sex marriage and adverse effects upon the optimal development of children.”

<sup>(64)</sup> *Apud* W. BURNETTE, *ob. cit.*, p. 86.

fícios que assistem aos casados <sup>(65)</sup>. Tende assim a terminar numa solução de certo modo compromissória a recente discussão em torno dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo no Havai.

Num confronto, que se apresenta inevitável, entre o desenvolvimento da temática dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo na Dinamarca e no Havai, há algumas considerações finais que não podem deixar de ser feitas.

Salienta-se o facto de nos EUA a discussão ter começado pela via judicial e ter terminado numa solução legislativa que, em alguma medida, se aproxima da solução escandinava, ainda que o “*Reciprocal Beneficiaries Act*” do Havai não apresente uma moldura institucional para os companheiros homossexuais equiparável à da *união registada* <sup>(66)</sup>. Esta diferença de percursos compreende-se naturalmente pela diferença entre o sistema jurídico norte-americano, de *Common Law*, ainda que com especificidades, e os sistemas escandinavos, de cariz predominantemente romano-germânico. Assim, nos EUA, a tendência natural dos parceiros do mesmo sexo foi recorrer ao instituto do casamento, o único disponível na ordem jurídica, para enquadrar institucionalmente a sua relação afectiva, ao passo que, nos países escandinavos, se disponibilizou rapidamente, por via legislativa, um instituto específico para os companheiros do mesmo sexo, conceptualmente diferente do casamento, evitando-se assim complexas contendas judiciais em torno do instituto do casamento e satisfazendo, de modo mais eficiente, as necessidades de tutela jurídica pessoal e patrimonial da relação afectiva dos companheiros homossexuais.

Salienta-se, por outro lado, que a discussão na batalha judicial travada no Havai se apresentou algo redutora — ao ter-se praticamente centrado no problema da educação de crianças no seio de um casal constituído por duas pessoas do mesmo sexo —, se a compararmos com a discussão, quanto a nós mais equilibrada e abrangente, travada no decurso dos trabalhos preparatórios de ela-

---

<sup>(65)</sup> Vide esta descrição da evolução mais recente em torno do tema dos casamentos do mesmo sexo no Havai in W. BURNETTE, *ob. cit.*, pp. 85 ss.

<sup>(66)</sup> Isto resulta do facto de a “lei dos beneficiários recíprocos” se limitar a reconhecer aos parceiros homossexuais os benefícios sociais que o Estado do Havai reconhece aos cônjuges. Cfr. W. BURNETTE, *ob. cit.*, p. 88.

boração da lei dinamarquesa <sup>(67)</sup>. Repare-se, por exemplo, que a questão da educação de crianças no seio de um casal formado por duas pessoas do mesmo sexo foi também debatida nos países escandinavos, mas a par de outros aspectos, igualmente pertinentes, como, por exemplo, a questão do estabelecimento da filiação. Isto é, foi também chamado à colação o facto de ao fixar-se como progenitores de um menor duas pessoas do mesmo sexo, o que constitui uma impossibilidade biológica, se poder estar a afectar o interesse da criança, sendo assim preferível, em caso de dúvida quanto ao prejuízo que eventualmente pudesse resultar para os menores, adoptar-se a solução que mais acautele os seus interesses. Acentua-se então que este problema se apresenta bem mais complexo do que uma simples discussão acerca das vantagens e inconvenientes que a educação de uma criança proporcionada por duas pessoas do mesmo sexo apresenta <sup>(68)</sup>.

Além disso, e agora num outro plano, se é certo que o *Supreme Court* não aceitou a existência de um direito fundamental de duas pessoas do mesmo sexo a contraírem casamento <sup>(69)</sup>, acabou implicitamente por reconhecer que esse direito fundamental existia, ao fixar a presunção de inconstitucionalidade da exigência da diversidade de sexos, com base na existência de uma discriminação que, quanto a nós, foi avaliada em termos manifestamente formalistas. De facto, esqueceu-se o óbvio, isto é, que só haveria discriminação se se tratasse diferentemente o que é igual. Ora os casais do mesmo sexo não estão exactamente no mesmo plano que os casais de sexo diferente. Enquanto estes, se bem que em alguns casos não possam ou não queiram ter filhos, podem, também noutros casos, procriar, os casais do mesmo sexo encontram-se sempre na mesma situação, não podendo, *em qualquer caso*, ter descen-

---

<sup>(67)</sup> Vide A. WACKE, *ob. cit.*, p. 349.

<sup>(68)</sup> Note-se, por outro lado, que o facto de pender sobre o Estado do Havai o ónus de provar a existência de um prejuízo evidente para o menor, ao ser criado por duas pessoas do mesmo sexo — uma prova que *a priori* se perfila como “quase diabólica” —, acabou igualmente por colocar a fasquia demasiado elevada para uma discussão mais ponderada de todos os interesses envolvidos.

<sup>(69)</sup> Tendo-o até afirmado expressamente. Cfr. B. Cox, *ob. cit.*, p. 1053 ss., esp. p. 1059, ainda que, coerentemente com a sua defesa dos casamentos de homossexuais, em sentido discordante.

dência conjunta <sup>(70)</sup>. Parece-nos ainda que o problema da discriminação não pode colocar-se sem se tomar em conta as características centrais do instituto em discussão que é o casamento e ao qual os companheiros do mesmo sexo pretendem recorrer para tutelar a sua relação pessoal, sob pena de esse conceito se tornar completamente vazio e à total disposição de quaisquer adultos que a ele pretendam recorrer. Assim como um irmão e uma irmã não podem casar, apesar de ambos pretenderem viver em economia comum <sup>(71)</sup>, também duas pessoas do mesmo sexo não podem

---

<sup>(70)</sup> Vide R. POSNER, *ob. cit.*, p. 1583, notando também esta “desvantagem natural dos casais homossexuais. Será interessante notar-se que a argumentação dos defensores do “*same-sex marriage*”, parte da referência aos casos concretos de casamentos em que os cônjuges, por esterilidade, não podem ter filhos — limitando-se então a sua relação à simples convivência afectiva —, para deste modo se recusar a existência de diferenças essenciais relativamente à situação em que estejam em causa duas pessoas do mesmo sexo que, conjuntamente, também não podem ter filhos, mas que pretendem manter uma relação afectiva recorrendo ao instituto do casamento. Vide, seguindo com mestria este tipo de técnica de argumentação, por todos. W. ESKRIDGE, *ob. cit.*, p. 96 ss. Quanto a nós, no entanto, este tipo de análise, assente na comparação individual e casuística entre os casais heterossexuais estéreis e os casais homossexuais, merece-nos, com o devido respeito, alguma crítica. Se o que está em causa é uma análise das possibilidades de alargamento do conceito de casamento aos casais homossexuais, parece-nos pouco adequado tomar como referência, enquanto ponto de partida na argumentação, o caso excepcional dos cônjuges que não podem ter filhos, em vez de considerar a regra, que é a possibilidade de haver descendência no seio dos casamentos, genericamente considerados, descendência essa que é biologicamente impossível em todos os “casamentos” entre pessoas do mesmo sexo. Optamos então por confrontar, como fazemos no texto, os casamentos entre sujeitos de sexo diferente, encarados em termos gerais, com os casamentos entre sujeitos do mesmo sexo, igualmente considerados em termos gerais e abstractos.

<sup>(71)</sup> Pondo completamente de parte qualquer finalidade de procriação e afastando consequentemente as objecções de saúde pública. Note-se que ressalvados os limites de saúde pública e seguindo coerentemente a argumentação liberal que conduz à aceitação do casamento de dois adultos do mesmo sexo, nada deporia contra a admissão do casamento de dois adultos unidos por laços familiares próximos. Esta argumentação aqui apresentada é precisamente denominada “*slippery slope argument*” ou argumento *ad terrorem* por W. ESKRIDGE, *ob. cit.*, p. 144. A dificuldade que o Autor revela para rebater esta argumentação está bem patente na forma algo fugidia como encara as hipóteses de incesto. Efectivamente, depois de defender, com extremo liberalismo, o direito de duas pessoas do mesmo sexo a casarem, acaba por afirmar, com toda a coerência, e sem mais comentários (!) que “[o]s casos difíceis são aqueles em que estão envolvidos dois parentes adultos que pretendem casar mas não procriar”. Que este será porventura um dos pontos mais vulneráveis da argumentação de W. ESKRIDGE, Autor de uma das obras de referência, mais importantes, para a defesa dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, revela-o o que afirma, em recensão à obra de WILLIAM ESKRIDGE, um outro defensor do “*same-sex marriage*”, A. LEONARD, *Going for the Brass Ring cit.*, p. 595, considerando a refutação do argumento *ad terrorem* por parte de Eskridge, quanto aos casos de incesto, “menos convincente”.

recorrer a *este instituto* para tutelarem a relação afectiva existente, O problema não está na sua orientação sexual, mas sim no instituto que, socialmente e por razões históricas e de tradição, não se encontra idealizado para enquadrar a relação entre pessoas do mesmo sexo <sup>(72)</sup>.

Isto não significa que as uniões homossexuais desmereçam, à partida, de qualquer tutela jurídica, mas sim que essa protecção a ser conferida, deverá surgir por via legislativa — sempre acompanhando as alterações no sentimento social e moral dominante — através, designadamente da criação de uma instituição familiar autónoma <sup>(73)</sup>, conceptualmente distinta do casamento, ainda que funcionalmente equivalente a este, enquanto dirigida à produção de efeitos afins aos do casamento para a relação entre duas pessoas do mesmo sexo <sup>(74)</sup>.

4. Depois deste breve excursão comparatístico, voltamos agora a nossa atenção para as hipóteses atrás referidas, cuja relevância prática é precisamente potenciada pelas soluções materiais

---

<sup>(72)</sup> Vide, em sentido parcialmente concordante, MARY ANN GLENDON, *Marriage and the State: the Withering Away of Marriage*, 62 Virg.L.R (1976), p. 677 que, referindo-se à hipótese do casamento entre pessoas do mesmo sexo, o considera “outside the scope of marriage”.

<sup>(73)</sup> Como sucede com a união registada de homossexuais nos países escandinavos, onde a iniciativa legislativa seguiu o sentimento social dominante.

<sup>(74)</sup> Note-se que neste momento, e no plano do direito positivo no ordenamento jurídico português, os problemas suscitados pelas uniões entre homossexuais e, em termos mais amplos, pelas pessoas que vivam em economia comum, apenas poderão eventualmente encontrar, quanto a nós, alguma resposta. através do recurso à aplicação analógica das disposições legais que tutelam, em termos pontuais, como já vimos, as pessoas envolvidas nas uniões de facto heterossexuais. Sublinhe-se que, ao contrário do que sucede com os heterossexuais que vivam em união de facto, que têm à sua disposição a possibilidade de casarem, os conviventes em economia comum, sejam ou não homossexuais, como por exemplo dois irmãos que vivem juntos desde longa data, não dispõem de qualquer enquadramento jurídico-institucional ao abrigo do qual se possam colocar. Logo, poderiam eventualmente, e por maioria de razão, beneficiar da protecção conferida aos conviventes numa união de facto heterossexual. Efectivamente, enquanto uns não recorrem à instituição do casamento porque não o desejam, os outros, mesmo que o queiram, não o podem fazer, nem se lhes oferece qualquer instituto alternativo. Nestes termos, não parece totalmente descabido, caso a caso e analisando os vários interesses subjacentes às disposições legais que os prevejam, estender-lhes por analogia alguns dos benefícios conferidos pontualmente por lei aos conviventes nas uniões de facto heterossexuais.

respeitantes às uniões de facto e às uniões registadas de pessoas do mesmo sexo dos vários ordenamentos jurídicos que acabámos de analisar. O nosso propósito é o de determinar o direito aplicável à regulação das situações apresentadas, segundo o sistema de direito internacional privado português, sendo certo que a sua análise constitui um passo prévio essencial para dilucidar a questão do reconhecimento das uniões de facto e das uniões registadas entre pessoas do mesmo sexo no nosso país. Deste modo, começaremos por considerar as várias soluções conflituais que se vão perfilando para o tratamento do tema da união de facto e das uniões registadas entre pessoas do mesmo sexo, em sistemas jurídicos de direito internacional privado diferentes do português. Seguidamente, tendo em conta a especificidade e originalidade do sistema conflitual português, sobretudo em matéria de qualificação — decorrente do respeito estrito que mantemos pelo princípio da paridade de tratamento entre as várias ordens jurídicas —, apresentaremos as soluções que nos parecem aconselháveis.

São essencialmente três os enquadramentos jurídico-conflituais defendidos para a resolução dos problemas suscitados por estas novas realidades sociais: a criação de uma nova categoria conflitual, a aplicação analógica de regras de conflitos existentes e a procura analítica de soluções parciais em função da pretensão jurídica concreta. Note-se, no entanto, que esta tripartição não só não é exaustiva como apresenta contornos fluidos, em virtude do tratamento profundo que tem sido dado ao tema por alguns autores, cujas soluções, por vezes complexas, dificilmente permitem a sua integração linear numa única categoria dentre as acima referidas.

A primeira solução enunciada foi seguida pela regra de conflitos do art. 39.º da Lei Federal Jugoslava de 15 de Julho de 1982, que sujeita as relações patrimoniais das pessoas que vivem em união de facto à lei nacional comum e, na sua falta, à lei do domicílio comum (75). Trata-se de uma solução verdadeiramente excep-

---

(75) P. ŠARCEVIC, *Paare ohne Trauschein — eine Herausforderung für das internationale Privatrecht*, 84 ZvgIRWiss (1985). pp. 274 ss., com apresentação, na p. 280, do texto da referida Lei Jugoslava e H. GAUDEMET-TALLON, *ob. cit.*, p. 175.

cional no plano comparatístico <sup>(76)</sup>. É certo que a criação da regra de conflitos jugoslava sobre as uniões de facto não surge num vazio jurídico, antes pelo contrário, já que a solução conflitual se limita a acompanhar a evolução sofrida pelo direito material neste domínio. De facto, no seio das antigas Repúblicas da Jugoslávia já existia legislação específica destinada à protecção das uniões de facto. Assim, por exemplo, a República Socialista da Eslovénia adoptou, em 1976, uma lei sobre casamento e relações familiares que estendia os direitos estabelecidos para o casamento formal às uniões de facto duradouras entre um homem e uma mulher, não existindo qualquer impedimento para o casamento <sup>(77)</sup>. Em suma, foi o direito material das antigas repúblicas da Jugoslávia que impulsionou a alteração do seu direito conflitual, ainda que esta solução apresente um carácter excepcional no quadro dos vários sistemas positivos de direito internacional privado.

Sendo a regra a da inexistência de normas de conflitos específicas sobre as uniões de facto, grande parte da doutrina apela, nesses ordenamentos, para a solução da analogia. Note-se que nos estamos a referir aqui a leituras que partem da interpretação das regras de conflitos sobre o casamento à luz do conceito homólogo do direito material do foro, seguindo em termos rígidos a doutrina clássica da qualificação de acordo com a *lex materialis fori*. Com efeito, perfilhando-se esta teoria da qualificação, adoptada pela generalidade dos sistemas conflituais <sup>(78)</sup>, desde que, no Estado do

---

<sup>(76)</sup> Vide, no entanto, a recente regra de conflitos sobre a união de facto do Projecto do Novo Código Civil de Macau (Versão de 14-4-99). Determina o art. 58.º, seguindo as conexões perfilhadas no art. 50.º sobre as relações entre os cônjuges, que “1. Os pressupostos e os efeitos da união de facto são regulados pela lei da residência habitual comum dos unidos de facto. 2. Na falta de residência habitual comum, é aplicável a lei do lugar com o qual a situação se ache mais estritamente conexa.”

<sup>(77)</sup> JOHN M. ECKELAR / SANFORD N. KATZ, *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies. Areas of Legal, Social and Ethical Changes, an international and interdisciplinary study*, Butterworths, Toronto, 1980, p. 287.

<sup>(78)</sup> Assim, G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 7. Aufl. 1995, C.H. Beck. München, p. 246, pronunciando-se o Autor criticamente relativamente a esta teoria clássica de qualificação (*ob. cit.*, p. 248). Vide igualmente H. BATTIFOL / P. LAGARDE, *Droit International Privé*, I, 8<sup>e</sup> éd., 1993., LGDJ. Paris, p. 480, acentuando o predomínio da qualificação segundo o direito interno do foro, ainda que afirmem (*ob. cit.*, p. 484-487) a necessidade de alguma “extensão” ou mesmo “deformação” (*ob. cit.*, p. 485) das categorias normativas, ou conceitos do direito material do foro, em função do direito comparado, em

foro, segundo o seu direito da família, a união de facto não seja de algum modo equiparada ao casamento, terá de concluir-se pela ausência de uma regra de conflitos que determine a lei aplicável à regulamentação dessa união. Verificar-se-á então, nas ordens jurídicas que perfilhem a qualificação segundo a *lex materialis fori*, a existência de uma lacuna no sistema conflitual relativamente ao tratamento de todas as relações patrimoniais que não se reconduzam ao conceito de casamento do direito material do foro.

Duas hipóteses se perfilam então: ou se aceita a aplicação analógica das regras de conflitos do foro sobre o casamento, ou essa aplicação não é admissível — tendo em conta a diversidade existente entre estas uniões e o casamento formal — caso em que se procura o enquadramento analítico, por exemplo, nos domínios dos contratos, da gestão de negócios e das sociedades, dos vários problemas jurídicos suscitados pela situação concreta.

A primeira solução enunciada foi seguida, *inter alii*, por autores como CHRISTIAN VON BAR<sup>(79)</sup>, PETER STRIEWE<sup>(80)</sup>, GERHARD KEGEL<sup>(81)</sup>, ou JAN KROPHOLLER<sup>(82)</sup> que, em princípio, tomam como ponto de partida a aplicação analógica às uniões de facto das regras de conflitos relativas ao casamento e, portanto, das conexões relevantes no domínio familiar, em virtude de se tratar, como o direito comparado mostra, de uma realidade integrada no domínio problemático familiar, que só forçadamente se enquadraria preferencialmente noutro domínio do direito, como o das obrigações.

---

sede de direito internacional privado, dado o carácter autónomo deste em relação ao direito material. Esta ideia do alargamento das categorias internas do foro, de modo a corrigir-se a rigidez da qualificação e interpretação da regra de conflitos segundo o direito material do foro, perpassa igualmente as obras de B. AUDIT, *Droit International Privé*, 2<sup>e</sup> éd., 1997. Economica, Paris, p. 174 e de G. GOLDSTEIN/E. GROFFIER, *Droit international Privé*, I. *Théorie Générale*, Yvon Blas, Cowansville, 1998, p. 144.

(79) CHRISTIAN VON BAR, in *J. von Staudingers Kommentar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Internationales Eherecht* (Art. 13-17). 12. Aufl. J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1983, Num. 24, p. 283 e Num. 29, p. 285 e Num. 31, p. 286.

(80) P. STRIEWE, *ob. cit.*, pp. 385 ss.

(81) G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, *cit.*, p. 593, ainda que não invocando expressamente a analogia como fundamento para o recurso às conexões do casamento nos casos de união de facto.

(82) J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, *cit.*, p. 343, considerando o problema da determinação da lei aplicável à regulação da dissolução da união de facto.



Em sentido convergente, mas restrito à questão das consequências da ruptura *inter vivos* da união de facto, quanto à defesa da aplicação das conexões previstas para os efeitos pessoais do casamento, pronunciou-se igualmente HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON<sup>(83)</sup>. Em termos paralelos, o mesmo se diga quanto ao tratamento jurídico conflitual a conferir às uniões registadas dos países nórdicos preconizado por ERIK JAYME, para quem se afigura adequado o recurso à aplicação analógica das conexões relativas ao casamento<sup>(84)</sup>.

Todavia, contra a aplicação analógica das disposições do matrimónio, como solução geral, invocam-se, entre outras, razões de ordem pública — conteúdo necessário e imperativo do casamento tanto no plano pessoal como patrimonial — bem como o facto de certas Constituições darem um tratamento privilegiado ao matrimónio, face à união de facto, e ainda a falta de identidade de interesses, em virtude de as disposições relativas ao casamento

---

<sup>(83)</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *ob. cit.*, p. 174. A Autora precisa ainda que deverá ser aplicável, em primeiro lugar, a “lei escolhida pelos conviventes entre as diversas leis que tenham um título para reger o seu estatuto pessoal ou, na falta de escolha, a lei dos efeitos pessoais do casamento.” Num sentido de certa forma próximo ao defendido por esta Autora, ainda que com um recurso mais esbatido às conexões do casamento, pronuncia-se, no contexto suíço, mas em termos que não se restringem apenas ao problema da ruptura da união de facto, K. SIEHR in HONSELL/VOGT/SCHNYDER, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1996, Vorb. Zu Art. 43-65, Num. 13-14. Para este último Autor um aspecto fundamental a ter em conta, por força da diversidade de tratamentos que a união de facto suscita nos mais variados ordenamentos, é a manutenção da aplicação da lei que presidiu à sua constituição. Deverá assim aplicar-se à união de facto a ordem jurídica escolhida pelas partes, ou o ordenamento que no momento da sua constituição estivesse mais próximo da situação, devendo este ser o do primeiro domicílio comum dos conviventes.

<sup>(84)</sup> E. JAYME, *Dänisches Partnerschaftsgesetz und Internationales Privatrecht*, IPRax (1990), p. 197. Acompanhando o raciocínio seguido a propósito da união de facto, K. SIEHR, *ob. cit.*, Vorb. Zu Art. 43-65, Num. 18, defende relativamente às uniões registadas entre pessoas do mesmo sexo a aplicação da lei que tendo presidiu à sua constituição se apresente mais próxima. Na dúvida esta será a lei do domicílio comum dos conviventes aquando da celebração da união registada. Note-se ainda que a aplicação analógica, a este tipo de uniões, da norma de conflitos do art. 45.º da LDIP Suíça sobre o casamento deve ser, segundo o Autor, excluída (*ob. cit.*, Num. 17, p. 313 e Num. 4, p. 334), em virtude de lhe estar subjacente o princípio do *favor matrimonii*, em matéria de reconhecimento de casamentos celebrados no estrangeiro, interesse esse que o Direito Suíço não reconhece como transponível, enquanto *favor ligaminis*, para o plano das uniões registadas entre pessoas do mesmo sexo.

terem designadamente em conta o carácter formal e instantâneo do acto, ao qual aderem os nubentes <sup>(85)</sup>. Razões estas que nos parecem decorrer do facto de estarem comprometidas com as concepções dominantes no direito material do foro onde a união de facto não seja encarada como uma fonte autónoma de relações familiares ao lado do casamento <sup>(86)</sup>. Daí que a solução alternativa passasse por considerar a união de facto como um puro facto jurídico a inscrever analiticamente no direito comum.

A este entendimento chegam autores como DIETER HENRICH, SIXTO SANCHEZ LORENZO e PIERRE-YVES GAUTIER.

O entendimento de DIETER HENRICH apresenta um carácter marcadamente dualista, com uma aceitação da aplicação analógica parcial das regras de conflitos do casamento às uniões de facto <sup>(87)</sup>. O Autor aceita a aplicação analógica das regras de conflitos alemãs sobre o casamento, mas apenas quando a ordem jurídica aplicável reconheça à união de facto efeitos semelhantes aos do casamento. Estará assim excluída a aplicação das regras de conflitos do casamento, segundo este Autor, quando o ordenamento onde a situação se fundou, ou do qual as partes são nacionais não reconhece à união de facto efeitos semelhantes aos do casamento <sup>(88)</sup>. Nestes

<sup>(85)</sup> S. SANCHEZ LORENZO. *Las parejas no casadas ante el Derecho Internacional Privado*, R.E.D.I., vol. XLI, 1989.2. pp. 496.502 e 509.

<sup>(86)</sup> Note-se, por exemplo, que S. SANCHEZ LORENZO, *ob. cit.*, p. 495, p. 503, p. 507, p. 509, manifesta a ideia de que como o sistema jurídico espanhol se apresenta apenas tolerante e não neutral, face às uniões de facto — apoiando-se na Constituição Espanhola para defender a inexistência de uma instituição jurídica autónoma relativa às uniões de facto — está manifestamente fora de questão a intervenção das regras de conflitos sobre o casamento, bem como a possibilidade de construção de uma categoria autónoma de DIP. Afirma assim (*ob. cit.*, p. 495) que “[I]a inequivalencia entre uniones matrimoniales y extramatrimoniales impedirá igualmente, como regla general la aplicación a los efectos de la unión no matrimonial del regimen de DIP propio del matrimonio putativo. No debe olvidarse, empero, que en aquellos sistemas en que existe una subsunción de la unión extramatrimonial en el regimen propio de las relaciones matrimoniales es logica una utilización analógica de las conexiones propias del régimen de celebración de matrimonio.” E, em igual sentido, que “[t]al equiparación suele tener lugar en aquellos ordenamientos que contienen una legislación más o menos orgánica de la unión extra-matrimonial que consideran a esta como una institución autónoma” (*ob. cit.*, p. 509).

<sup>(87)</sup> Cfr., neste sentido, P. STRIEWE, *ob. cit.*, pp. 387-389.

<sup>(88)</sup> Assim, afirma D. HENRICH, *Internationales Familienrecht*, Verlag für Ständesamtswesen, Frankfurt a. M., 1989, p. 23 relativamente a eventuais pretensões de índole patrimonial entre os conviventes, que a regra de conflitos do casamento, prevista no

casos a solução proposta passa pelo recurso às regras de conflitos do domínio obrigacional para o tratamento das questões, naturalmente de índole patrimonial, suscitadas pela união de facto.

Já PIERRE YVES GAUTIER faz um percurso algo complexo. De facto, este autor, ao contrário de SANCHEZ LORENZO, começa por defender que a união de facto devia ser considerada “uma verdadeira categoria internacional” ao lado do casamento, à semelhança do que sucedia no direito conflitual jugoslavo. As semelhanças com o casamento aconselhariam a adopção das mesmas conexões: lei da nacionalidade comum e na sua falta lei do domicílio comum<sup>(89)</sup>. Todavia, as críticas e as dificuldades práticas sentidas quanto à adopção desta solução — recorde-se que o problema dos unidos de facto não encontra uma solução global no Código Civil francês, por ter sido tratado apenas de forma pontual, designadamente a nível de segurança social, habitação e pensões<sup>(90)</sup> — levaram o autor a sugerir, num plano de *jure constituto*, a aplicação da lei local às uniões de facto, isto é, a lei do país onde se produzem os efeitos jurídicos da coabitação, que geralmente será a lei do domicílio comum<sup>(91)</sup>. Esta solução foi considerada “pouco funcional” por SANCHEZ LORENZO que aconselha a adopção de soluções particulares consoante o “teor da pretensão jurídica concreta”<sup>(92)</sup>. Assim, segundo este autor, na falta de disposição expressa das partes aplica-se a *lex situs* à partilha dos bens comuns no caso de ruptura da união de facto, a *lex contractus* para os casos de enriquecimento sem causa, a lei pessoal do doador ou do *de cuius* às doações e sucessões, a lei do lugar da produção dos danos à prestação de alimentos, tal como à indemnização por danos, e a

---

art. 15.º EGBGB “é de aplicar analogicamente quando os conviventes, segundo o direito da sua nacionalidade comum, vivem numa união de facto legalmente regulamentada, mas já não quando esta sociedade se estabeleceu num Estado que não reconhece esse tipo de uniões.”

<sup>(89)</sup> P.Y. Gautier, *Les couples internationaux de concubins*, Rev. crit. Dr. internat. Privé, 80 (3) juill-sept. 1991, pp. 528-531

<sup>(90)</sup> *Ob. cit.*, pp. 526-527

<sup>(91)</sup> Note-se que o autor procede depois a uma análise mais detalhada da lei aplicável aos problemas específicos suscitados pela união de facto, designadamente nas relações *inter partes*, com os filhos e com terceiros.

<sup>(92)</sup> *Ob. cit.*, p. 508 e pp. 524 e ss.

“lei do lugar onde o gestor realiza a principal actividade” aos casos de responsabilidade dos conviventes face a terceiros.

Apresenta-se-nos, por fim, a solução do direito português, contrária à seguida no direito federal jugoslavo — por não existir entre nós uma regra de conflitos relativa às uniões de facto, nem relativa às uniões registadas entre pessoas do mesmo sexo —, e igualmente divergente dos sistemas que seguem a qualificação *lege fori*, para os quais esta operação constitui naturalmente um passo fundamental na determinação da lei aplicável. De facto, no sistema português, a determinação das leis aplicáveis a uma situação absolutamente internacional depende, em primeiro lugar, de acordo com o conhecido princípio da localização, do contacto espacial que tais leis tenham com a situação a regular. Só aplicando leis que se achem em contacto no espaço com a situação plurilocalizada é que garantimos os princípios fundamentais da segurança jurídica e da protecção das expectativas das partes em Direito Internacional Privado. Por outro lado, verificamos ser suficiente a existência de uma conexão territorial entre um certo ordenamento jurídico e a situação privada internacional a regular para se afirmar, ainda que num plano potencial, a competência desse ordenamento jurídico<sup>(93)</sup>.

Atribuída a competência, pelo princípio da localização, ainda que num plano potencial, a certas leis, a sua efectiva aplicação pelos tribunais portugueses dependerá sempre do reconhecimento dessa competência pelas respectivas regras de conflitos.

Recorde-se que cada regra de conflitos indica, através de um elemento de conexão, qual o ordenamento jurídico competente, funcionando como pressuposto de aplicabilidade de certa lei. Além disso, do ordenamento jurídico designado como competente, pelo elemento de conexão, nunca se aplica a totalidade das normas materiais que o constituem. Efectivamente, depois de o elemento de conexão designar como competente certa lei, é preciso fazer intervir, num segundo momento, um outro elemento da mesma regra de conflitos, o conceito quadro, que terá por função recortar no ordenamento designado como competente as *questões jurídicas*

---

<sup>(93)</sup> Vide, por todos, J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Livraria Almedina, Coimbra, 1985, pp. 10 e ss.

suscitadas pela situação plurilocalizada, que devem ser reguladas pelo dito ordenamento jurídico<sup>(94)</sup>. Com efeito é através do conceito da regra de conflitos, doutrinalmente denominado “conceito-quadro”, que se delimita o âmbito da competência reconhecida à ordem jurídica designada pelo elemento de conexão da regra de conflitos.

Tomemos como exemplo o conceito-quadro “relações conjugais” utilizado no art. 52.º do Código Civil, dada a inexistência no nosso direito conflitual, quer do conceito-quadro uniões de facto, quer do conceito união registada. Este conceito “relações conjugais” circunscreve, deste modo, a problemática jurídica ou o conjunto de questões para dar resposta às quais a ordem jurídica designada pelo elemento de conexão é competente. Considerando ser esta a função do conceito-quadro é fundamental proceder à interpretação do conceito “relações conjugais”.

Note-se desde já que, como consequência da necessidade de observar o princípio da igualdade ou paridade de tratamento em direito internacional privado — indiscutivelmente um dos princípios que mais determinou as opções tomadas pelo legislador português nesse domínio<sup>(95)</sup> —, tal interpretação não poderá ser feita recorrendo ao direito material português da família, isto é, não poderá ser encarado à luz do conceito homólogo da ordem jurídica material portuguesa.

Seguimos portanto aqui a opinião defendida pela doutrina portuguesa dominante<sup>(96)</sup> e acolhida pelos tribunais portuque-

---

<sup>(94)</sup> Sobre o mecanismo da *dépeçage*, vide as referências feitas por A. MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, AAFDL, Lisboa, 1987, pp. 42 e 63.

<sup>(95)</sup> Vide, por todos, A. FERRER CORREIA, *O Direito Internacional Privado Português e o Princípio da Igualdade*, in *Temas de direito comercial e direito internacional privado*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, pp. 413 e segs. Este princípio da paridade de tratamento manifesta-se desde logo no facto de no Código Civil Português de 1966 se ter optado, quase exclusivamente, por regras de conflitos bilaterais. Essas regras determinam como competente a ordem jurídica que apresente o contacto reconhecido como relevante pelo elemento de conexão da regra de conflitos. Essa ordem jurídica designada como competente pelo elemento de conexão da regra de conflitos poderá assim ser, quer a do foro, quer outra qualquer, em igualdade de circunstâncias.

<sup>(96)</sup> Assim, entre muitos, cfr. A. FERRER CORREIA, *Direito Internacional Privado Alguns Problemas*, Coimbra, 1991, p. 156, J. BAPTISTA MACHADO, *ob. cit.*, p. 112, R. MOURA RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Almedina, 1991, pp. 631 ss. e A. MARQUES DOS SANTOS, *ob. cit.*, pp. 195-198.

ses<sup>(97)</sup>, que recusa a interpretação do conceito-quadro da regra de conflitos segundo a *lex materialis fori*, em virtude de uma interpretação deste tipo violar o referido princípio da igualdade de tratamento da ordem jurídica do foro relativamente às ordens jurídicas estrangeiras.

Afirmar-se que a interpretação do conceito “relações conjugais” de direito conflitual tem de ser feita de modo autónomo em relação ao direito material do foro implica, naturalmente, que este conceito não tem o mesmo significado que no direito da família português<sup>(98)</sup>, compreendendo-se essa diferença, desde logo, em virtude da diversa função desempenhada pelas regras de conflitos e pelas regras de direito material. Estas visam a justiça substancial, ao passo que aquelas realizam a justiça conflitual, ao determinarem qual o ordenamento aplicável à situação, com base em interesses conflituais específicos, desde logo de proximidade, que não se confundem, de modo algum, com as preocupações substanciais que pontificam nas normas materiais convocadas pelas regras de conflitos<sup>(99)</sup>.

Que o conceito-quadro “relações conjugais” não deve ser interpretado restritivamente, de forma a abarcar apenas o matrimónio devidamente formalizado nos termos do direito material português, parece-nos ser ainda claramente corroborado pela epígrafe da subsecção V, do Livro I, Título I, do Código Civil Português, que significativamente utiliza a expressão “lei reguladora das relações

---

(97) Refira-se, a título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Maio de 1992, publicado no BMJ, 417, p. 759, no qual, a propósito de um testamento ológrafo feito em França por um nacional português, o Tribunal afirmou que “se a ordem jurídica portuguesa reconhece eficácia e relevância em Portugal a testamento feito por cidadão português em país estrangeiro, com observância da lei estrangeira (...), temos necessariamente que o enquadramento legal do testamento em referência deve ser dado por essa lei estrangeira (...) e não pela lei portuguesa”.

(98) Elucidativa a este respeito é a designação de qualificação “contra o direito material” adoptada por S. GRUNDMANN, *Qualifikation gegen die Sachnorm. Deutsch-portugiesische Beiträge zur Autonomie des internationalen Privatrechts*, C. H. Beck, München, 1985.

(99) Cfr. G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, cit., p. 254, destacando a importância desta diferenciação entre “internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit und Interessen” e os interesses de justiça material, presentes nas normas de direito material, para a compreensão da qualificação e interpretação autónoma de direito internacional privado dos conceitos utilizados pelas regras de conflitos.

de família”. Parece claro que as relações que são consideradas familiares no nosso país não têm necessariamente de coincidir com as que são reconhecidas como tais noutros ordenamentos jurídicos <sup>(100)</sup>.

É claro que, de imediato, se coloca a questão de saber como interpretar afinal esse conceito de “relações conjugais”. Se ele não significa, no art. 52.º, o mesmo que no direito material da família português, qual será então o seu significado em sede de direito conflitual?

Urge, desde já, notar a impossibilidade de se recolher uma noção unívoca. Mais do que em qualquer outra época, o conceito de relações conjugais apresenta hoje um carácter manifestamente plurisignificativo. A este conceito se reconduzem os mais diversos tipos de relações pessoais, que variam consoante o ordenamento jurídico considerado. Ao lado do casamento da tradição judaico-cristã, certamente dominante, por vezes até com carácter exclusivo, em muitos ordenamentos, outros tipos de uniões são, no entanto, aceites noutros Estados como casamentos, ou, pelo menos, são em grande medida equiparadas nos seus efeitos ao casamento. Recordem-se entre os vários exemplos já referidos, em particular o “common law marriage” e o casamento não registado da República Popular da China, assim como os casamentos de facto no direito da antiga União Soviética, igualmente resultantes de uma simples coabitação factual assente no mútuo entendimento de se ser marido e mulher <sup>(101)</sup> e equiparados ao casamento dito formal ou oficial, até às uniões registadas entre sujeitos do mesmo sexo, admitidas na Escandinávia e funcionalmente equiparados aos casamentos entre sujeitos de sexo diferente <sup>(102)</sup>, passando ainda por certas uniões que se caracterizariam como “quase-casamentos”, ou casamentos “de segundo grau”, como sucede, por exemplo, na Catalunha. Todos estes casos, em que há um afastamento em relação à noção tradicional de casamento formal, revelam a

---

<sup>(100)</sup> Vejam-se a este propósito as interessantes considerações de P. STRIEWE, *ob. cit.*, pp. 383-384, relativamente à necessidade de não transpor para o plano conflitual o princípio do *numerus clausus* das relações familiares no direito material alemão.

<sup>(101)</sup> D. COESTER-WALTIEN/M. COESTER, *ob. cit.*, p. 74.

<sup>(102)</sup> Salvo, praticamente, como já referimos, a adopção de crianças que se encontra vedada aos casais homossexuais.

diversidade de entendimentos possíveis desse conceito, impedindo a afirmação de uma noção de relações conjugais com um conteúdo susceptível de aceitação universal <sup>(103)</sup>.

O tratamento dos casos de convivência estável de duas pessoas, que apresentem contactos com ordens jurídicas diversas, não poderá ficar alheio a esta realidade multiforme. Deste modo, o acolhimento destas relações internacionais terá de pautar-se pelo mais escrupuloso respeito pelas instituições, tradições e enquadramentos jurídicos preferidos nas diversas ordens jurídicas para estes casos, independentemente, portanto, das instituições, tradições e categorias jurídicas dominantes no Estado do foro. O que acaba de afirmar-se significa, por outras palavras e mais incisivamente, que no tratamento jurídico das situações internacionais se deve observar o mais rigoroso respeito pelo princípio da paridade de tratamento entre as várias ordens jurídicas existentes.

Equivale isto a dizer-se que o conceito “relações conjugais” se destina a circunscrever o quadro problemático, ou as matérias, cuja regulamentação cabe à ordem jurídica designada competente pelo elemento de conexão. Assim sendo, para desempenhar cabalmente a função de instrumento de delimitação da competência da ordem jurídica designada, o conceito quadro carece de um sentido universal. Ele tem de apresentar-se prestável para fixar o âmbito de aplicação de qualquer ordem jurídica a que possa vir a reconhecer-se competência pelo elemento de conexão da regra de conflitos. Ora esse carácter “transnacional” nunca lhe poderá ser emprestado por qualquer ordem jurídica material

---

<sup>(103)</sup> Como nota P. STRIEWE, *ob. cit.*, pp. 382-383, no termo do seu impressionante estudo de direito comparado, “não há sequer um critério concordante internacional de distinção entre união de facto e casamento” (p. 383). Nem o critério da forma (pense-se nos casamentos informais), nem o dos impedimentos (pense-se nos ordenamentos que estabelecem as mesmas exigências para a participação num casamento e numa união de facto institucionalizada), nem sequer os critérios da dissolubilidade e dos efeitos, em virtude da existência de ordenamentos em que as uniões de facto estáveis são pura e simplesmente equiparadas, no plano dos seus efeitos, a casamentos de facto — como por exemplo sucede na República Popular da China (*ob. cit.*, p. 369) — permitem estabelecer uma fronteira indiscutível e universalmente aceite entre a união de facto e o casamento. Ora esta circunstância não pode, também para nós, deixar de se reflectir no tratamento conflitual a conceder às uniões de facto.



interna, por força das diferenças já notadas entre as várias ordens jurídicas (104).

É no entanto possível conferir uma dimensão universal ao conceito-quadro “relações conjugais”, se o encararmos como um conceito-questão, isto é, como um conceito que designa uma problemática jurídica. De facto, o que é comum a qualquer ordem jurídica são os problemas jurídicos e não as respostas dadas para esses problemas. Estas podem variar, e variam efectivamente, de ordem jurídica para ordem jurídica, ao passo que aqueles são comuns a todos os ordenamentos.

Entendemos, portanto, com grande parte da doutrina (105), que o conceito-quadro é um conceito-questão, aberto às diversas respostas, mesmo que divergentes, dadas pelos vários ordenamentos jurídicos para a problemática que individualiza. No conceito-quadro devem ser incluídos todos os institutos jurídicos que, ainda que sob designações diferentes, visam as mesmas finalidades jurídico-sociais ou interesses semelhantes, e aos quais, segundo a *ratio* da regra de conflitos, se deva aplicar idêntica conexão. O conceito-quadro é, portanto, um conceito aberto no qual se podem inserir não só os institutos jurídicos da *lex fori* mas ainda os institutos análogos da lei estrangeira. Significa isto que, como elucidativamente

---

(104) Repare-se que mesmo os autores que defendem a interpretação do conceito-quadro da regra de conflitos segundo o direito material do foro, consideram necessário introduzir atenuantes nessa interpretação do conceito-quadro, em virtude de este se integrar na estrutura de regras de conflitos que possuem uma finalidade diferente das regras de direito material. Assim se compreendem afirmações como as proferidas por B. AUDIT, *ob. cit.*, pp. 174-175 “le mariage est selon le droit français une union solennelle, unique (au moins à un moment donné) et qui ne peut être dissoute par la seule volonté des partenaires, encore moins celle de l’un d’eux; cela n’exclut pas d’accueillir dans la catégorie «mariage» du droit international privé des unions purement précaires, ou polygamiques ou susceptibles d’être dissoutes par répudiation”. Ou então de J. KROPHOLLER, *ob. cit.*, p. 109, com uma clara aceitação da leitura aberta do conceito-quadro da regra de conflitos, ao afirmar que “[c]omo casamento no sentido do art. 13.º e ss. da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão, não pode valer apenas o casamento [assim considerado] para o direito alemão, mas igualmente a união legal celebrada no estrangeiro, perante uma entidade religiosa, ou obedecendo a uma forma especial, ou porventura sem observância de qualquer forma, mesmo quando mais facilmente do que no direito alemão pudesse ser dissolvida, ou nem sequer seja monogâmica. “E ainda, no contexto específico da união de facto, P. STRIEWE, *ob. cit.*, pp. 368 ss. e 381 ss., no mesmo sentido, defendendo a dilatação do conceito conflitual de casamento.

(105) *Vide*, por todos, J. BAPTISTA MACHADO, *ob. cit.*, p. 119, nota 1.

afirma J. BAPTISTA MACHADO <sup>(106)</sup>, “o discorrer por analogia é conatural à própria aplicação do conceito quadro, e (...) nenhum instituto jurídico estrangeiro é rigorosamente igual ao correspondente instituto da *lex fori*, mas apenas análogo”. Daqui decorre logicamente a impossibilidade de acompanharmos a posição defendida pelos autores que sustentam a aplicação analógica das regras de conflitos do casamento para a determinação da lei aplicável às uniões de facto e uniões registadas <sup>(107)</sup>. Quanto a nós, tal aplicação deverá ser directa.

Teremos, assim, de encarar o conceito de “relações conjugais”, como um conceito-questão individualizador de uma problemática, para dar resposta à qual vai ser exclusivamente competente a ordem jurídica designada pelo elemento de conexão da regra de conflitos. Claro que a competência exclusiva assim reconhecida a essa ordem jurídica, é-o apenas para a avaliação das relações conjugais dos conviventes, tanto pessoais como patrimoniais, e não para outros domínios problemáticos, para dar resposta aos quais outras ordens jurídicas serão exclusivamente chamadas a pronunciar-se, por acção de outras regras de conflitos.

Em síntese, de acordo com a solução interpretativa perfilhada — ou seja, entendendo-se o conceito-quadro como um conceito-questão aberto e de vocação universal —, o conceito de “relações conjugais” terá necessariamente de abarcar realidades jurídicas que sejam distintas e mesmo desconhecidas do direito matrimonial português, desde que funcionalmente visem regular a problemática individualizada nesse conceito quadro, encarado como conceito-questão. Entre estas realidades encontram-se, quanto a nós, as uniões de facto e as uniões registadas entre pessoas do mesmo sexo <sup>(108)</sup>.

---

<sup>(106)</sup> J. BAPTISTA MACHADO, *ob. cit.*, p. 152.

<sup>(107)</sup> *Vide*, em sentido contrário, entre nós, G. CRUZ ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 311.

<sup>(108)</sup> P. STRIEWE, *ob. cit.*, pp. 385-386, é um dos Autores que mais se aproximou de uma defesa do alargamento das regras de conflitos sobre o casamento, de modo a abrangem directamente as *uniões de facto*. Acabou no entanto por considerar que a linha limite das possibilidades de dilatação do conceito conflitual de casamento permitiria apenas abranger realidades como o casamento de *common law* ou outras uniões que, segundo a *lex causae*, fossem consideradas como casamentos, ainda que informais (*ob. cit.*, p. 386). Ora, segundo a nossa perspectiva da qualificação, o facto de a lei pessoal comum dos conviventes não elevar a convivência *more uxorio* e puramente informal à condição de casamento,

Repare-se ainda que isto não significa a adopção de uma qualquer posição de favor relativamente ao regime material seguido em certos ordenamentos jurídicos, quando confrontado com as soluções materiais divergentes consagradas entre nós. Apenas nos limitamos a determinar, de forma neutra relativamente às concepções dominantes no direito da família português, qual o ordenamento jurídico aplicável para se pronunciar sobre a problemática das relações familiares-conjugais, ordem jurídica essa que tanto pode acompanhar as concepções dominantes no nosso direito material da família, como delas divergir. Acrescente-se aliás que mesmo que esse ordenamento jurídico estrangeiro, considerado competente pelas regras de conflitos do foro, tutele relações inadmissíveis do ponto de vista das concepções ético-jurídicas essenciais para o Estado português, sempre se poderá fazer intervir o mecanismo da ordem pública internacional para afastar qualquer disposição material estrangeira considerada inaceitável pelo ordenamento do foro.

5. Exposto em termos teóricos o regime conflitual seguido no direito português, importa agora passar à resolução das hipóteses enunciadas na introdução deste estudo.

No primeiro caso, relativo a uma união de facto entre um português e uma brasileira, e na ausência de nacionalidade comum, é a lei do domicílio comum, a lei brasileira, que os artigos 52.º e 53.º do Código Civil Português reconhecem como competente para se pronunciar sobre a matéria das *relações conjugais*, tanto no plano pessoal, como no domínio patrimonial (convenções antenupciais e regime de bens) <sup>(109)</sup>.

---

mas apenas lhe conferir uma tutela num plano familiar distinto e inferior ao do casamento, não prejudica a manutenção da aplicação directa das regras de conflitos relativas ao casamento. A ordem jurídica que constitua o estatuto pessoal comum das partes continua sempre a ser a lei competente para se pronunciar sobre a relação entre os conviventes, seja para afirmar que entre eles há efectivamente um casamento de facto e puramente consensual, seja para afirmar que há apenas uma relação familiar, mais ou menos equiparada ao casamento e produtora de determinados efeitos de índole familiar, seja para conceder uma tutela meramente pontual à vivência em condições análogas às dos cônjuges, seja finalmente para afirmar que não se produziu qualquer efeito de índole familiar entre os conviventes.

<sup>(109)</sup> Estas duas regras de conflitos estão intimamente ligadas dado o alcance geral, e mesmo genérico, do art. 52.º, que abrange quer as relações entre os cônjuges de natureza

Só que essa competência tem de ser circunscrita, não sendo reconhecida à ordem jurídica brasileira uma vocação geral para regular todos os múltiplos aspectos jurídicos relativos aos conviventes. Com efeito, apenas se confere competência à ordem jurídica brasileira para se pronunciar, nos termos dos arts. 52.º e 53.º, sobre a matéria das relações conjugais entre os unidos de facto, *maxime* sobre os efeitos pessoais e patrimoniais dessas relações. Dito ainda de outro modo, ao ordenamento brasileiro compete então, de acordo com as regras de conflitos portuguesas, pronunciar-se sobre a relação entre A e B do ponto de vista pessoal e patrimonial, avaliando a existência (ou inexistência), de relações consideradas conjugais entre A e B, segundo o direito brasileiro, bem como exprimir-se sobre os efeitos decorrentes dessa relação.

O que está fora de questão é negar-se a aplicação da lei brasileira para se pronunciar sobre este problema da existência ou não de relações conjugais entre A e B, e dos seus efeitos, com base no facto de, segundo o direito da família português, não se poder aceitar a existência de uma relação conjugal entre ambos, por não haver qualquer casamento. Haveria uma intromissão *inadmissível* das concepções de casamento e de relações conjugais dominantes no direito da família português, num domínio que compete exclusivamente ao direito brasileiro.

Tendo sido adjudicada, ao ordenamento brasileiro, pelas regras de conflitos dos arts. 52.º e do art. 53.º, a tarefa de se pro-

---

pessoal — como os deveres de coabitação, fidelidade e assistência, *maxime* o direito a alimentos — quer as relações de natureza patrimonial, desde que envolvam questões comuns a todos os casamentos. De fora ficam apenas as matérias enunciadas no art. 53.º — “substância e efeitos das convenções antenupciais e regime de bens legal ou convencional” — que têm um carácter manifestamente ambivalente. De facto, a par do cariz institucional, que se revela na escolha, pelo legislador, da conexão pessoal — aproximando esta solução da estabelecida no art. 52.º para os efeitos pessoais do casamento, visão que faz todo o sentido dado que existe uma ligação intrínseca e inequívoca entre as relações patrimoniais e as relações pessoais entre os cônjuges — é patente a natureza convencional do regime de bens que, por curar as expectativas das partes com a celebração do casamento, preconiza a utilização pelo art. 53.º de uma conexão *fixa*. Efectivamente, de acordo com esta norma de conflitos, a lei competente para determinar qual o regime de bens é a da “residência habitual comum à data do casamento” (art. 53.º). Já o art. 52.º utiliza uma conexão *móvel*, ou seja, nos termos desta regra de conflitos deve aplicar-se a lei do domicílio *actual*. Sobre esta questão *vide*, por todos, J. BAPTISTA MACHADO, *ob. cit.*, pp. 404 e segs., e 407 e segs.

nunciar sobre as relações entre A e B, no sentido de saber se há ou não uma relação relevante do ponto de vista familiar (e em que termos) entre ambos, a ordem jurídica portuguesa não intervém neste domínio, de acordo com o princípio da paridade de tratamento, limitando-se a reconhecer a resposta que para esta problemática seja dada pelo direito brasileiro, qualquer que ela seja, ressalvados obviamente os limites da ordem pública internacional portuguesa.

Ora, atendendo ao conteúdo e função da Lei brasileira n.º 9.278, de 10 de Maio, de 1996, que reconhece “como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objectivo de constituição de família”, e que regula os seus efeitos em termos afins ao casamento, parece-nos evidente que as normas contidas nesse diploma conduzem ao reconhecimento de uma relação de tipo conjugal-familiar emergente de uma união de facto. Embora não se chegue ao ponto de se poder falar de um casamento de facto reconhecido pela ordem jurídica brasileira em perfeita igualdade em relação ao matrimónio oficial, reconhece-se e tutela-se uma relação indiscutivelmente considerada conjugal-familiar, no plano de um casamento de segundo grau, segundo o direito brasileiro, que assim se integra no conceito quadro “relações conjugais” do art. 52.º do Código Civil Português.

Em perfeita consonância com o que acaba de afirmar-se, determina o art. 15.º do Código Civil Português sobre a qualificação em Direito Internacional Privado — preceito com carácter original no plano do direito comparado <sup>(110)</sup> — que “a competência atribuída a uma lei abrange somente as normas que, pelo seu conteúdo e pela função que têm nessa lei, integram o regime do instituto visado na regra de conflitos”, ou seja, mais especificamente no conceito-quadro dessa regra.

Em suma, o que se estabelece no diploma brasileiro relativamente aos efeitos das uniões de facto estáveis aplica-se, portanto, à relação que existiu entre A e B, quer no plano dos efeitos pessoais, quer no plano dos efeitos patrimoniais, uma vez que, relativamente a estes últimos, nos termos do art. 53.º do Código

---

(110) Cfr. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, cit., p. 100, n.º 6.

Civil Português, é igualmente reconhecida competência à ordem jurídica brasileira, como lei do domicílio comum de A e B, para regular o regime de bens, que, por força do art. 5.º da referida Lei 9.278, de 10.5.1996, é o da comunhão dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável, salvo estipulação escrita em contrário.

Sendo este o regime de bens fixado pela lei brasileira — reputada competente segundo as regras de conflitos portuguesas para regular a relação familiar entre A e B —, na ausência de qualquer disposição escrita entre ambos em sentido contrário, seria reconhecido em Portugal (na eventualidade de o caso ser apreciado por um tribunal português), o direito da convivente brasileira à meação dos bens considerados comuns pela referida Lei n.º 9.278 de 1996 <sup>(111)</sup>.

No segundo grupo de hipóteses, referente às uniões registadas entre indivíduos do mesmo sexo, em virtude de se tratar de um instituto jurídico desconhecido na ordem jurídica portuguesa, essas hipóteses dirão naturalmente respeito a situações a reconhecer, constituídas em ordens jurídicas que, à semelhança da dinamarquesa, conheçam o instituto da união registada.

Começaremos por analisar a situação em que um português C, domiciliado em Portugal, tenha contraído uma união registada com um cidadão dinamarquês Z, residente na Dinamarca, fixando os conviventes, depois da celebração da união na Dinamarca, a sua residência habitual comum em Portugal. Perante esta situação já constituída cumprirá indagar, antes de mais, acerca da capacidade das partes para participarem nessa união registada, de acordo com as respectivas leis pessoais. Efectivamente, segundo o art. 49.º do Cód. Civil, a capacidade para contrair casamento — e, de acordo

---

<sup>(111)</sup> No mesmo sentido afirma aliás, A. FERRER CORREIA, *DIP Matrimonial*, in *Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado*, Livraria Almedina, 1989, p. 331, nota 1, que “o possível reconhecimento da chamada união matrimonial de facto depende da lei pessoal e independentemente da posição adoptada pelo sistema jurídico do Estado local em relação à referida união de facto (...). Ora, a lei mais apropriada para dispor acerca disso — da conveniência ou inconveniência do reconhecimento e, em caso afirmativo, do respectivo significado e extensão — não é senão aquela mesmo que consideramos competente para reger as relações jurídico-familiares. A família *de facto* é, sociologicamente, fenómeno próximo da família com existência legal”.

com o entendimento por nós perfilhado e já exposto, para participar em institutos funcionalmente idênticos, como é o caso das uniões registadas escandinavas — será regulada, em relação a cada nubente, pela respectiva lei pessoal <sup>(112)</sup> que, nos termos do art. 31.º, n.º 1, é a lei da nacionalidade do indivíduo. Assim, à luz do direito português, tendo em conta que estamos perante um instituto desconhecido entre nós mas que, funcionalmente, constitui um casamento entre pessoas do mesmo sexo, C não teria capacidade para participar nessa união registada. Efectivamente, C não apresenta qualquer conexão pessoal (domicílio ou nacionalidade) com o ordenamento dinamarquês e, por outro lado, afigurando-se logicamente necessário avaliar a capacidade de C para participar nessa união registada entre pessoas do mesmo sexo, teríamos de concluir pela sua falta de capacidade para ser parte nessa relação, em virtude de, nos termos do art. 1577.º, não ser admitido o casamento de pessoas do mesmo sexo, sob pena de inexistência do acto, de acordo com o art. 1628.º, al. e), do Código Civil Português. Recorde-se que, apesar de a união registada escandinava ser conceptual e formalmente distinta do casamento, apresenta uma evidente natureza familiar e corresponde funcionalmente a um casamento, com a particularidade de ser entre pessoas do mesmo sexo, razão pela qual entendemos que um cidadão português e domiciliado em Portugal não tem capacidade para participar validamente numa união registada na Dinamarca com um cidadão dinamarquês. Assim sendo, na hipótese de que nos ocupamos, o reconhecimento dessa união registada em Portugal estaria comprometido. Isto, apesar de, nos termos já referidos e comuns, aliás, às várias leis escandinavas, C poder participar validamente com Z na união registada, bastando apenas que este último tivesse nacionalidade e domicílio na Dinamarca, sendo totalmente ignorados, segundo o direito desses países escandinavos, os impedimentos à participação numa união registada de pessoas do mesmo sexo afim

---

<sup>(112)</sup> Segue-se neste art. 49.º uma aplicação distributiva das duas leis pessoais das partes. Vide J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de DIP*, p. 393-394, assinalando, ainda que estando em causa a avaliação de impedimentos bilaterais, como será o caso da identidade de sexos no casamento para a lei portuguesa, “no que respeita ao efeito obstativo [à celebração do casamento], a aplicação distributiva de tais disposições não difere da sua aplicação cumulativa.” (*ob. cit.*, p. 394).

ao casamento, ditados pela lei pessoal do nubente” estrangeiro, o qual, além de não ter nacionalidade dinamarquesa, nem era domiciliado na Dinamarca.

A uma solução diferente seremos naturalmente conduzidos na hipótese de o cidadão X, não obstante ter nacionalidade portuguesa, estar domiciliado na Dinamarca, pretendendo celebrar aí uma união registada com Z, cidadão dinamarquês e igualmente domiciliado nesse país. Nesta situação, apesar de a lei portuguesa constituir, segundo o art. 31.º, n.º 1, a lei pessoal chamada a pronunciar-se sobre a capacidade de X para participar em relações jurídico-familiares, não podemos esquecer que outra conexão igualmente importante no domínio do estatuto pessoal aponta para a ordem jurídica dinamarquesa, onde X tem o seu domicílio. Deste modo, em virtude de essa ordem jurídica lhe reconhecer a capacidade para participar numa união registada com um cidadão dinamarquês Z, X passa a ter, por força do art. 31.º, 2, aplicando-se alternativamente a conexão domicílio aí prevista <sup>(113)</sup>, o direito de participar validamente nessa relação com Z, celebrada na Dinamarca. A lei portuguesa, da nacionalidade de X, não lhe reconhece essa capacidade, mas reconhece-a a lei dinamarquesa que, desta vez, como lei do domicílio de X, apresenta no domínio do estatuto pessoal uma conexão suficientemente forte com X para legitimar as suas expectativas quanto à sua capacidade para participar validamente na união registada com Z. Essa união registada — bem como, obviamente, a união registada entre dois dinamarqueses domiciliados na Dinamarca — não poderá deixar de ser reconhecida em Portugal, a menos que a exceção da ordem pública internacional portuguesa, sobre a qual nos pronunciaremos mais adiante, deponha em sentido contrário.

---

<sup>(113)</sup> J. BAPTISTA MACHADO, *ob. cit.*, p. 176, A. FERRER CORREIA, *Direito Internacional Privado. Alguns problemas*, Coimbra, 1991, p. 254 e R. M. MOURA RAMOS, *Validade do Casamento — Português casado com Espanhola divorciada na Venezuela*, Parecer publicado in C. J. (1989), Vol. V, pp. 19 ss. Para uma visão mais ampla da doutrina dos direitos adquiridos, vide R. M. MOURA RAMOS, *Dos direitos adquiridos em Direito Internacional Privado*, in *Das Relações Privadas Internacionais. Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, 1995, pp. 11 ss. Vide ainda A. MARQUES DOS SANTOS, *Lei aplicável a uma sucessão por morte aberta em Hong Kong*, 39 R. F. D. U. L. (1998), pp. 122 ss., apresentando um caso de aplicação do art. 31.º, 2.



Algo de semelhante teremos de afirmar quando, não obstante o impedimento ditado pela lei portuguesa, enquanto lei da nacionalidade e do domicílio de X, à sua participação na união registada com Z, na Dinamarca, essa união venha a ser efectivamente constituída nesse país — e já vimos que isso será possível à luz do direito dinamarquês —, fixando os conviventes posteriormente o seu domicílio comum na Dinamarca. Também aqui haverá necessidade de reconhecer essa união em Portugal, a partir do momento em que o cidadão português passe a estar domiciliado com o seu convivente na Dinamarca. A lei do seu novo domicílio reconhece-lhe o estatuto de parte numa união registada, válida segundo o direito dinamarquês e, assim sendo, passa a gozar dos direitos inerentes à participação nessa união registada, segundo a ordem jurídica do seu novo domicílio, que apresenta um contacto suficientemente forte com a situação, no plano pessoal, para legitimar expectativas dignas de tutela.

Nesta ordem de ideias, entendemos ainda que, mesmo que estes conviventes venham a mudar posteriormente o seu domicílio para Portugal, este facto não deve impedir, à partida, ressalvada a excepção de ordem pública internacional, o reconhecimento desse estatuto “conjugal” no nosso país, com os seus respectivos efeitos pessoais e patrimoniais. Tendo os conviventes adquirido esse estatuto familiar *sui generis*, à luz do ordenamento onde estavam domiciliados, ele não deixará de ser reconhecido pelo simples facto de terem fixado a sua residência habitual num ordenamento, como o português, que desconhece o instituto da união registada.

Neste plano do reconhecimento desse novo estatuto familiar, com os correspondentes efeitos jurídicos — apesar de a conexão do domicílio comum actual, tal como resulta do art. 52.º, apontar para a ordem jurídica portuguesa onde o instituto da união registada entre pessoas do mesmo sexo é desconhecido —, impõe-se a manutenção da tomada em consideração da lei do domicílio comum inicial dos conviventes, à luz da qual se constituiu validamente a união registada, seguindo a doutrina dos direitos adquiridos perfilhada em Portugal, em matéria de estatuto pessoal, ao abrigo do art. 31.º, n.º 2. O não reconhecimento da união registada e dos seus efeitos essenciais de natureza familiar neste tipo de situações, ressalvados obviamente os limites da ordem pública

internacional, atentaria contra o que consideramos expectativas legítimas das partes quanto à titularidade de um estatuto familiar adquirido e reconhecido por uma ordem jurídica que era a da sua residência habitual comum, a qual presidiu, ademais, à sua constituição.

É claro que, mesmo depois de reconhecida, nestes termos, a união registada entre pessoas do mesmo sexo, apesar da mudança de domicílio comum dos conviventes de diferente nacionalidade para um ordenamento que desconhece esse instituto familiar, podem levantar-se problemas complexos, quanto à regulação concreta dos seus efeitos, e à sua dissolução por divórcio. Pense-se, por exemplo, na hipótese de um dos conviventes nessa união pretender celebrar um novo casamento, desta vez com uma cidadã portuguesa. Seguindo-se a conexão do domicílio comum *actual*, perflhada pelo art. 52.º, caberá a este ordenamento regular os seus efeitos e fixar o regime da dissolução por divórcio da união registada. Esta regulação exigirá uma delicada actividade integradora por parte dos juízes, nos casos em que a nova lei do domicílio habitual comum dos conviventes seja a portuguesa, ou outra que igualmente desconheça o instituto das uniões registadas entre pessoas do mesmo sexo, hipótese em que, em princípio, não poderá deixar de recorrer-se, *com as devidas adaptações*, às regras do direito material do casamento, em virtude de, como explicitámos, estas uniões registadas corresponderem funcionalmente a casamentos entre pessoas de sexo diferente.

Sublinhe-se ainda, para concluir, que o que temos vindo a afirmar, valerá igualmente no plano do reconhecimento das uniões de facto entre conviventes de sexo diferente, quando tenham nacionalidade diversa e, apesar de terem vindo a fixar o seu domicílio em Portugal, tenham visto a sua união de facto ser reconhecida e tutelada enquanto fonte autónoma de relações familiares, como uma espécie de casamento “de segundo grau”, numa ordem jurídica onde tenham tido anteriormente a sua residência habitual comum. Se, nessa ordem jurídica, viram a sua relação de convivência estável ser elevada à categoria institucional de um quase-casamento, ainda que num plano inferior ao do casamento formal, não tem sentido verem esse estatuto familiar autónomo, já adquirido, de participantes num casamento de “segundo grau”, desco-

nhecido na nova lei do domicílio comum, ser-lhes *a priori* negado, apenas pela circunstância de terem fixado ulteriormente o seu domicílio numa ordem jurídica como a portuguesa, onde a tutela da união de facto é apenas pontual <sup>(114)</sup>.

Assim, se D, cidadão português, participa numa união de facto, na Catalunha, com E, cidadã espanhola — por escritura pública em que os conviventes manifestam a vontade de se acolherem ao que se encontra estabelecido sobre o regime da união estável heterossexual na lei catalã de 30 de Junho de 1998 — estando ambos aí domiciliados, vindo posteriormente os conviventes a fixar a sua residência habitual comum em Portugal, deve aceitar-se a manutenção das suas obrigações mútuas, quer pessoais, quer patrimoniais, expressamente acordadas entre ambos ou constantes da lei catalã sobre a união estável. Teríamos aqui, designadamente, as obrigações de alimentos estabelecidas, mesmo sem ter havido ruptura da união, bem como o regime de participação nas despesas comuns e de responsabilidade por dívidas, assim como, no caso de ruptura da união, o regime de compensação económica e de pensão periódica igualmente fixado pela Lei de 30 de Junho de 1998. À ordem jurídica portuguesa, como lei do domicílio actual dos conviventes, competirá regular os efeitos da *união estável heterossexual* constituída validamente na Catalunha, através das disposições de direito português que pontualmente a tutelam, no estrito respeito pelos direitos adquiridos de acordo com a lei que foi do seu domicílio comum, tendo, no entanto, de tomar-se em conta que a aplicação da lei portuguesa não poderá conduzir a uma duplicação da protecção concedida à união de facto, protecção dupla essa que nenhuma das duas leis envolvidas pretendia que fosse concedida.

6. Como acabámos de verificar pela análise das várias hipóteses práticas apresentadas, em particular das relativas às uniões

---

<sup>(114)</sup> Em sentido de certo modo coincidente, no contexto da Lei de DIP suíça de 1987, vide K. SIEHR, *ob. cit.*, Vorb. Zu Art. 43-65, Num. 14, defendendo a necessidade de manutenção da aplicação da lei do domicílio comum dos conviventes, atendendo à sua vontade, à luz da qual a união de facto foi constituída e que lhe assegura os efeitos, “porque nem todos os ordenamentos jurídicos conferem às uniões em condições análogas ao casamento efeitos familiares equiparados e por isso perante uma mudança de estatutos facilmente se poderia entrar num vazio normativo imprevisível para as partes.”

registadas entre pessoas do mesmo sexo constituídas validamente nos países nórdicos que conhecem este instituto, mas também, ainda que de forma à partida menos acentuada, das hipóteses que envolvam uniões de facto constituídas no estrangeiro, o seu reconhecimento no nosso país depara inevitavelmente com o crivo da excepção de ordem pública internacional, prevista no art. 22.º do Código Civil Português. Determina tal preceito a inaplicabilidade das normas materiais do ordenamento jurídico, designado como competente pelas regras de conflitos do foro, “quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português”.

Estamos perante um conceito indeterminado carecido de determinação pelo tribunal. Vários critérios foram propostos para esbater a indefinição dos seus contornos, como o da natureza dos interesses ofendidos (a excepção só seria invocável em relação a interesses superiores do Estado), o do grau de divergência (a excepção só funciona existindo uma divergência essencial entre a lei estrangeira e a do foro), e o da imperatividade (serão de ordem pública as normas imperativas do foro). A feição parcial e incompleta dos critérios referidos levou à defesa de uma posição sintética e com carácter meramente orientador<sup>(115)</sup>, ou seja, tais critérios só valem como princípios orientadores da actuação do juiz que têm de ser adaptados e completados em relação a cada situação concreta, pois que só uma violação intolerável dos valores éticos, morais e político-económicos do Estado do foro é que justifica a inaplicabilidade da disposição material da lei estrangeira. É preciso não esquecer que a lei estrangeira — que o tribunal do foro pretende afastar — foi considerada, do ponto de vista conflitual, a mais adequada para reger o caso concreto, e a razão de tal afastamento reside *apenas* na existência de concepções divergentes sobre certas questões consideradas importantes, divergência essa que pode aliás desaparecer com o decurso do tempo.

Importa ainda sublinhar que as dificuldades na concretização dos valores e interesses que, em cada época e em cada Estado, informam esse conceito não justificam quaisquer derivações para

---

(115) Sobre esta questão cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *ob. cit.*, pp. 260-262.

juízos de índole individual e subjectiva. Efectivamente, como já foi afirmado pelo célebre juiz norte-americano BENJAMIN CARDOZO, os tribunais não são livres de recusar a aplicação de um direito estrangeiro baseando-se em concepções pessoais, puramente subjectivas de justiça, isto é, a invocação da excepção da ordem pública internacional só se justifica quando a aplicação da disposição estrangeira viole “some fundamental principle of justice, some prevalent conception of good morals, some deep-rooted tradition of the common weal” (116). O problema é que na prática, por vezes, os tribunais, quer europeus quer norte-americanos, têm tendência não só para estender esta concepção restrita (117), vulgarizando a sua utilização que à partida estaria restringida a poucas situações, como acabam por favorecer a aplicação da lei do foro, em vez de se limitar a afastar a disposição estrangeira específica que viola a ordem pública internacional do Estado do foro, mas mantendo a competência desse ordenamento estrangeiro, no qual se deveria procurar outra disposição que não atentasse contra os valores fundamentais do foro.

Essencial é ainda ter presente que a aplicação desta excepção depende como é óbvio da extensão, da natureza e da importância dos contactos da situação privada internacional com o ordenamento jurídico do foro, bem como da própria duração desses contactos. De facto, como já se afirmou, uma lei estrangeira, cuja aplicação conduza a um resultado considerado “repugnante” no Estado do foro, pode ainda assim ser reputada competente neste Estado quando as repercussões dessa lei “forem remotas e não forem prejudiciais” (118). Efectivamente, a necessidade sentida na invocação da ordem pública internacional varia na proporção directa da proximidade da conexão da situação a regular com o ordenamento do foro. Quanto maior, ou menor, for essa ligação, maior, ou menor,

---

(116) BENJAMIN CARDOZO *apud* L. KRAMER, *Same-Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception*, 106 Yale L. J. (1997), p. 1972.

(117) E curiosamente, no contexto norte-americano, segundo L. KRAMER, *ob. cit.*, p. 1973, a excepção tem visto a sua utilização ser confinada não só aos casos de casamentos, tendo sido cada vez mais invocada, em circunstâncias duvidosas, segundo o Autor, no domínio contratual, designadamente de contratos de seguro e acordos de não concorrência.

(118) ARTUR NUSSBAUM *apud* L. KRAMER, *ob. cit.*, p. 1974.

será a probabilidade de a excepção ser aplicada. É este raciocínio que justifica, por exemplo, que o Estado do foro, apesar de não aceitar a poligamia, reconheça uma criança nascida num casamento poligâmico celebrado noutro Estado, que o considera plenamente válido.

Em suma, a excepção da ordem pública internacional só deve operar, em princípio, quando a situação privada internacional apresenta vínculos suficientemente fortes com o Estado do foro, de modo a que este se possa considerar afectado. Com efeito, só nessas hipóteses é que se poderá fazer sentir o impacto da solução material estrangeira, de forma a suscitar qualquer reacção no Estado do foro. Se o contacto for nulo ou praticamente inexistente, e os efeitos que se farão sentir no foro forem poucos, será mais fácil o ordenamento do foro reconhecer a situação.

Em relação às uniões de facto heterossexuais, é certo que, em vários ordenamentos jurídicos, se aceita essa realidade como entidade familiar autónoma e se lhe reconhece efeitos próximos dos do casamento, em termos que não encontram paralelo no direito português. Mas esta circunstância não será de todo suficiente, na nossa opinião, para se impedir a aplicação dessa lei estrangeira, reputada competente pelas regras de conflitos portuguesas, com fundamento numa eventual contrariedade à ordem pública internacional. Apesar de esse direito estrangeiro levar mais longe do que o português a equiparação da união de facto ao casamento, não decorrerá da sua aplicação sobre esta matéria uma violação de princípios fundamentais da ordem jurídica portuguesa, já que a união de facto, como referimos oportunamente, também é merecedora de tutela em Portugal <sup>(119)</sup>. Ao revelar-se sensível à união de facto, o direito português não permite, de forma alguma, que se considere a aplicação de uma lei estrangeira que eleve a união de facto a uma instituição familiar autónoma, uma espécie de casamento de segundo grau, como violadora de um suposto princípio fundamental da ordem jurídica portuguesa, de total inadmissibilidade da tutela da união de facto em termos equiparados ao casamento.

---

<sup>(119)</sup> Efectivamente, em Portugal, tal como na maioria dos ordenamentos jurídicos, o adágio "les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux", atribuído a Napoleão, encontra-se manifestamente ultrapassado.

Note-se finalmente que no plano do direito comparado, e como já referimos, por força da tutela da união de facto que se tem vindo a generalizar nos mais variados ordenamentos jurídicos <sup>(120)</sup>, em medida variável, é certo, mas reveladora de uma tendência para a desjuridificação das relações pessoais, com uma alteração da intervenção do Estado para uma base neutral <sup>(121)</sup> face ao casamento oficial, tende a afastar-se a intervenção da excepção da ordem pública <sup>(122)</sup> para defender valores que são afinal mais morais do que propriamente valores jurídicos fundamentais, ou traves mestras estruturantes da ordem jurídica do foro.

Já no que toca às uniões registadas entre sujeitos do mesmo sexo, vimos que um grupo de hipóteses não poderá ser reconhecido à partida em Portugal — sem necessidade de qualquer invocação da excepção de ordem pública internacional — por força das determinações das nossas regras de conflitos em matéria de casamento, bem como das próprias soluções apresentadas pelo nosso sistema conflitual em matéria de direitos adquiridos. Estamos a pensar na hipótese, já analisada, em que um cidadão português, domiciliado em Portugal, contrai validamente uma união registada, por exemplo, na Dinamarca, com um cidadão dinamarquês, aí domiciliado, fixando depois ambos a sua residência em Portugal, sem terem mantido a sua residência habitual comum na Dinamarca ou num outro Estado que lhes reconheça o novo estatuto decorrente dessa união registada. O mesmo se poderia dizer em relação a uma hipotética celebração de um casamento de dois portugueses do mesmo sexo e sem domicílio no Havai, que regressam a Portugal sem terem fixado a sua residência habitual comum nesse Estado, depois da celebração do casamento. Neste tipo de hipóteses, como vimos, pelas razões expostas, o sistema conflitual português opor-se-á ao seu reconhecimento, com fundamentos que metodologicamente se situam antes da entrada em cena da ordem pública internacional.

---

<sup>(120)</sup> Vide o importante estudo de MARY ANN GLENDON, *Patterns, cit.*, p. 490 ss., esp. p. 504.

<sup>(121)</sup> M. GLENDON, *ob. cit.*, p. 510.

<sup>(122)</sup> Vide C. VON BAR, in *Staudingers Kommentar, cit.*, Num. 30, ainda que não recuse totalmente a sua intervenção nos casos de uniões de facto de estrangeiros em solo alemão e aí domiciliados, que pretendam afirmar-se como autênticos casamentos.

Ora, algo de diferente ocorre nas outras hipóteses de uniões registadas, igualmente apresentadas, em que, essencialmente por força do regime do reconhecimento de direitos adquiridos previsto no art. 31.º, n.º 2, fomos levados a aceitar, em tese geral, o reconhecimento em Portugal de uniões registadas, admitidas pela lei do domicílio comum das partes, mesmo que uma delas, no momento da sua entrada na união registada, fosse portuguesa e tivesse o seu domicílio em Portugal, em atenção às legítimas expectativas dos conviventes constituídas ao abrigo da ordem jurídica onde mantiveram a sua residência habitual comum. Esse reconhecimento depara, no entanto, com o limite da excepção da ordem pública internacional, cuja intervenção neste domínio vamos agora analisar.

De entre os critérios que apresentámos para a avaliação da intervenção da excepção da ordem pública internacional destaca-se — com particular relevância para o quadro problemático do reconhecimento das uniões registadas entre pessoas do mesmo sexo — o da proximidade com a ordem jurídica portuguesa da situação a reconhecer, ou seja, da importância e natureza dos contactos que a união registada apresenta com Portugal. Este tópico de referência justificará que, para certos efeitos, como por exemplo a exigência de uma prestação de alimentos, e a título de questão prévia, o Estado do foro, apesar de não aceitar a poligamia, acabe por reconhecer um casamento poligâmico, celebrado num Estado que admite este tipo de casamentos <sup>(123)</sup> desde que estejam envolvidos cidadãos cujo estatuto pessoal admita a poligamia <sup>(124)</sup>. Ora, quanto a nós, estas considerações de proximidade com a ordem

---

<sup>(123)</sup> Assim, na Alemanha, como refere A. SPICKHOFF, *Der ordre public im internationalen Privatrecht, Entwicklung — Struktur — Konkretisierung*, Alfred Metzner Verlag, Neuwied, 1989, p. 233-234, “os casamentos polígamos que tenham sido celebrados no estrangeiro são em princípio reconhecidos”.

<sup>(124)</sup> No contexto da ordem jurídica suíça veja-se, neste sentido, as observações de K. SIEHR, *ob. cit.*, Art. 45.º, Num. 11, a respeito da intervenção da ordem pública nos casos de bigamia, reafirmando que, “a partir do momento em que o estatuto pessoal dos cônjuges (nacionalidade ou domicílio) permita o casamento múltiplo não haverá motivo para não reconhecer esse casamento e seus efeitos no foro”. Já se um cidadão suíço participou num casamento bigamo no estrangeiro, a situação será mais duvidosa, importando averiguar a existência ou não de uma intenção de se furtar à proibição da bigamia na ordem jurídica suíça.



jurídica portuguesa não poderão deixar de ser tomadas em conta quando esteja em causa o reconhecimento de uniões registadas constituídas em países nórdicos em algumas das hipóteses apresentadas.

Não se nos afigura assim, em princípio, justificada a recusa do reconhecimento, em Portugal, com fundamento na excepção de ordem pública, de uma união registada que envolva dois dinamarqueses do mesmo sexo, ou mesmo um português e um dinamarquês, *desde que* tenham o seu domicílio comum na Dinamarca onde constituíram a união, atendendo-se precisamente ao carácter ténue dos contactos que estas relações pessoais apresentam com o nosso país, *maxime* se as partes tiverem mantido a sua residência habitual comum na Dinamarca durante um período de tempo assinalável <sup>(125)</sup>.

Importa ainda sublinhar que o reconhecimento em Portugal destas uniões registadas, não pode prescindir de uma análise em concreto da compatibilidade dos efeitos que, caso a caso, sejam invocados pelas partes no nosso país. Efectivamente, ao pronunciarmo-nos no sentido de que deverá ser em princípio reconhecida entre nós uma união registada quando se tratar de uma situação a reconhecer que apresenta contactos relativamente ténues com a ordem jurídica portuguesa, quando comparados com aqueles que apresenta com a Dinamarca, tal não implica que tenhamos de conceder tutela, em Portugal, a todos os efeitos decorrentes dessa união registada, quaisquer que eles sejam. O reconhecimento dos efeitos patrimoniais e sucessórios da união registada, bem como a sua própria existência como impedimento ao casamento de um dos participantes dessa união, ainda não dissolvida, não será de molde a conflitar com a excepção de ordem pública internacional portuguesa. No entanto, o mesmo não poderá dizer-se — mesmo que se trate de uma união registada entre dois dinamarqueses — se os

---

<sup>(125)</sup> Como nota, quanto a nós certamente, L. KRAMER, *ob. cit.*, p. 1970, a duração do contacto que as partes mantiveram com a ordem jurídica do seu domicílio comum, onde o casamento entre sujeitos do mesmo sexo se constituiu, deverá ser um dos elementos a considerar na concretização da excepção de ordem pública. Assim “there is an obvious difference between a couple that recently married outside a state (...) and a couple moved into the state after living together for twenty years in a place that recognized their union.”

interessados pretenderem invocar em Portugal outros efeitos decorrentes da legislação dinamarquesa que eventualmente sejam considerados intoleráveis <sup>(126)</sup> no nosso país <sup>(127)</sup>.

Já noutros casos de uniões registadas, também acima apresentados, nos quais, de acordo com a doutrina dos direitos adquiridos, consagrada no art. 31.º, 2, seríamos conduzidos, em tese geral, ao seu reconhecimento — sem a intervenção da válvula de segurança da ordem pública — a análise da proximidade da situação a reconhecer com a ordem jurídica portuguesa, leva-nos a um resultado bem diferente, do ponto de vista da intervenção da excepção da ordem pública. Pensamos concretamente nas hipóteses em que um português e um dinamarquês, apesar de, no momento da constituição da união registada, estarem ambos domiciliados na Dinamarca, fixam a sua residência habitual comum em Portugal, após a celebração dessa união, sem nunca terem tido domicílio comum na Dinamarca, situação em que se torna ainda mais discutível a profundidade das expectativas supostamente adquiridas pelas partes à luz da ordem jurídica dinamarquesa, que se limitou a presidir à constituição da união registada. Neste caso, a avaliação dos contactos, aqui naturalmente mais acentuados com a ordem jurídica portuguesa — e correspondentemente menos intensos do que nas hipóteses anteriormente apresentadas com a ordem jurídica dinamarquesa — conduz-nos a uma recusa do reconhecimento da união registada em Portugal.

---

<sup>(126)</sup> Suponhamos por exemplo que um determinado Estado onde a união registada entre pessoas do mesmo sexo é reconhecida autoriza os conviventes a beneficiarem de inseminação artificial e eventualmente até subsidiada pelo Estado. Este efeito teria de ser, quanto a nós, afastado, pela intervenção da excepção da ordem pública internacional se porventura viesse a ser invocado em Portugal por dois nacionais desse Estado participantes numa união registada.

<sup>(127)</sup> Reconhecemos as dificuldades suscitadas por esta análise casuística na concretização da intervenção da excepção da ordem pública, nestes termos, não sendo este o momento oportuno para desenvolver esta análise, dada a falta de decisões jurisprudenciais nesta matéria que nos auxiliem. Isto ainda que, em todo o caso, num contexto diferente, possamos referir o acórdão do STJ de 2/2/93, *in* CJSTJ, Tomo I, Ano I, no qual se afirmou que “a sentença estrangeira só é incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português quando da sua aplicação surja uma lesão enorme, insuportável ao mais profundo sentimento ético-jurídico do sistema português, como sistema de normas essenciais.”

A esta ponderação da intensidade dos contactos com a ordem jurídica portuguesa e com o ordenamento dinamarquês, em termos naturalmente mais favoráveis à intervenção da excepção da ordem pública internacional portuguesa, acresce a profundidade do antagonismo que o reconhecimento dessa união implicaria na nossa ordem jurídica, *actualmente*, face às concepções aqui dominantes sobre o casamento. Efectivamente, mantém-se ainda hoje entre nós fortemente enraizado o conceito católico de casamento <sup>(128)</sup> — que como já vimos apresenta finalidades específicas — e que, conjuntamente com o casamento civil, é uma das modalidades de casamento admitidas na nossa ordem jurídica em condições de plena paridade <sup>(129)</sup>, o que dificultará o reconhecimento em Portugal de uma união registada entre um português e um dinamarquês, constituída na Dinamarca, sem terem sequer fixado aí o seu domicílio comum.

7. Em conclusão e tal como tivemos oportunidade de referir ao longo deste trabalho, o tratamento das uniões de facto e das uniões registadas entre pessoas do mesmo sexo, tem de ser feito, do ponto de vista conflitual, mantendo o estrito respeito pela diversidade de entendimentos existentes relativamente a este tipo de relações nos vários ordenamentos jurídicos, diversidade essa bem patente na análise comparatística efectuada. Assim, do ponto de vista conflitual, a determinação da lei aplicável, em estrita observância do princípio da paridade de tratamento, irá conduzir-nos à aplicação directa das regras de conflitos relativas ao casamento para a determinação da lei aplicável a tais realidades familiares-conjugais divergentes, ou mesmo desconhecidas no nosso ordenamento. Prescindimos assim da aplicação analógica das regras de

---

<sup>(128)</sup> Elucidativa é a comparação do número de casamentos católicos celebrados em 1996-97, 42 322 e 44 457, no nosso país, em comparação com o número de casamentos civis celebrados em igual período, 21 350 em 1996 e 21 313 em 1997. In <http://www.ine.pt/prodserv/area04/casam.html>.

<sup>(129)</sup> Aliás, como assinala A. MARQUES DOS SANTOS, *Constituição e DIP — o estranho caso do art. 51.º, n.º 3 do Código Civil*, in *Perspectivas Constitucionais — Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra Editora, 1998, pp. 378 ss. chega mesmo a verificar-se, no plano do direito conflitual, com o art. 51.º, n.º 3 do Código Civil, uma situação de privilégio do casamento católico face ao casamento civil.

conflitos sobre o casamento para o tratamento conflitual destas situações, solução que foi defendida por alguns autores — aliás em perfeita sintonia com o sistema de qualificação de que partem — em virtude do entendimento que perfilhamos acerca do conceito-quadro como conceito-questão. Repare-se ainda que o que deixamos dito não implica a adopção de uma posição de favor relativamente ao regime material seguido em certos ordenamentos jurídicos, quando confrontado com as soluções materiais divergentes consagradas entre nós. Apenas nos limitamos a determinar, de forma neutra relativamente às concepções dominantes no direito da família português, qual o ordenamento jurídico aplicável para se pronunciar sobre a problemática das relações familiares-conjugais, ordem jurídica essa que tanto pode acompanhar as concepções dominantes no nosso direito material da família, como delas divergir. Neste último caso, será no plano da ordem pública internacional portuguesa que a questão da aplicação do direito material estrangeiro, que tutele relações familiares eventualmente consideradas *in concreto* inadmissíveis segundo as concepções ético-jurídicas essenciais do Estado Português, se poderá colocar.