

2º CICLO DE ESTUDOS

CIENCIAS JURÍDICO -

CIVILÍSTICAS

A união de facto portuguesa e a união estável brasileira: um estudo comparativo sobre o estatuto jurídico dos brasileiros residentes em Portugal e dos portugueses residentes no Brasil

Maria Luisa Lima Torres Barbosa

M

2020



Maria Luisa Lima Torres Barbosa

A união de facto portuguesa e a união estável brasileira: um estudo comparativo sobre o estatuto jurídico dos brasileiros residentes em Portugal e dos portugueses residentes no Brasil

Dissertação elaborada em razão da necessidade de serem cumpridos dos requisitos necessários à obtenção do Grau Acadêmico de Mestre em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, redigida sob a orientação científica da Professora Doutora Helena Mota.

Porto, 2020

AGRADECIMENTOS

São muitos agradecimentos a se fazer desde que iniciei esta jornada há dois anos, muito aconteceu, muito mudou. Eu dedico este trabalho, principalmente, à Maria das Dores de Lima Souza (*in memorian*), minha amada avó, que me fez prometer que iria voltar a tempo de abraçá-la outra vez. Infelizmente não pude cumprir minha promessa, mas dedico este trabalho e todo meu amor à esta senhora incrível, exemplo de vida.

Agradeço aos meus pais, Fernando José Torres Barbosa e Maria Anunciada de Lima Torres Barbosa, que sempre me deram todo apoio, são dois pilares na minha vida, as pessoas que mais amo no mundo, não tenho palavras que possam expressar minha gratidão por tanto amor e carinho, por cuidarem de mim, por me darem conselhos, por me tornarem a adulta que sou hoje, isso é tudo graças a vocês, à vocês, minha eterna gratidão.

Ao meu amado marido Caio Souza que não pensou duas vezes em se aventurar comigo num país estrangeiro, deixando tudo para trás por dois anos. Dois anos esses que passamos por muita coisa juntos, o que nos aproximou ainda mais e me faz te amar cada dia mais. Tenho a certeza que me casei com a pessoa certa, obrigada por me proporcionar coisas tão incríveis.

Aos meus sogros Maria Susette de Lira Souza e Francisco Xavier de Souza, Cié (*in memorian*), que sempre nos apoiaram e deram motivos para continuar na estrada, principalmente à Cié, meu segundo pai, sempre tão feliz e alegre, sempre me motivando a continuar estudando e obter o título de mestre, infelizmente também não estará presenciando este momento pelo qual ele sempre torceu e a ele e à sua memória dedico este trabalho.

Aos meus irmãos, Filipe Torres, Cecília Torres, Rafael Torres (*in memorian*) e principalmente a Raquel Torres, que sempre foram tão amigos, solícitos e apoiadores de tudo a que tenho me dedicado. Dedico à Maria da Glória Rodrigues, a minha mãe adotiva, que acolheu a mim e ao Caio desde que chegamos ao Porto e sempre nos tratou com tanto amor e carinho, sempre preocupada conosco e com o nosso bem-estar.

Não poderia deixar de mencionar e agradecer aos meus queridíssimos amigos, pessoas maravilhosas que a vida me presenteou, que foram peças chave para me manter centrada, alegre, motivada, trouxeram cores para o meu dia. Daniel Marques, Sara Pinto

e Sofia Pinto; aos meus companheiros de jogatanas André Martins, Miguel Pascoal e Nicolau Tudela e a minha italiana favorita, Elena Ferraro. Obrigada, queridos, sem amigos não somos nada e eu tenho a sorte de ter os melhores.

Por fim, meu muitíssimo obrigada a Doutora Helena Mota por toda paciência e dedicação, por tantos ensinamentos e por todo conhecimento que adquiri. Agradeço também a toda equipa da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pelo acolhimento e pela oportunidade de estar entre os melhores.

RESUMO: As uniões de facto portuguesa e as uniões estáveis brasileiras referem-se às relações iniciadas pela convivência habitual e por partilharem uma vida em comum sem que para tanto tivessem de passar pelas mesmas formalidades do casamento. Contudo, apesar de na essência serem o mesmo tipo de relação, os efeitos de cada uma são muito diferentes. Portanto, sendo institutos tão diferentes, é necessário determinar qual dos dois institutos será aplicável a uma relação nascida num contexto internacional privado em que dois brasileiros que vão viver em Portugal ou o contrário. São importantes para o caso mencionado levar em conta os arts. 52.º, 53.º e 54.º do Código Civil português, bem como os Regulamentos (UE) n.º 650/2012 e o Regulamento (UE) n.º 2016/1104, e a legislação brasileira sobre direito internacional privado prevista na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Palavras chave: União estável; união de facto; casamento; efeitos patrimoniais; efeitos sucessórios; direito da família; direito internacional privado; Regulamento europeu.

ABSTRACT: Portuguese's fact unions and Brazilian's stable unions are both references for relationships started by habitual living and for sharing a common life without the need of passing through the same formalities required for marriage. However, despite in essence they are both the same kind of relation, their effects are very different from each other. Therefore, as they are so different institutes, it's necessary to determine which one of them will be applicable to a relation born in a private international scenario where two Brazilians go live in Portugal or the inverse. Are important for the case mentioned the articles 52.º, 53.º e 54.º from Portuguese Civil Code, as well as the Regulation (EU) n.º 650/2012 and the Regulation (EU) n.º 2016/1104, plus the Brazilian law about private international law provided in Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Keywords: Stable union; fact union; marriage; patrimonial effects; succession effects; family law; private international law; European regulations.

ABREVIATURAS

Act.	Actualizada
al./als.	Alínea/alíneas
Amp.	Ampliada
art./arts.	Artigo/artigos
Atual.	Atualizada
CC	Código Civil
CCBr	Código Civil Brasileiro
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
CPCBr	Código de Processo Civil Brasileiro
CRP	Constituição da República Portuguesa
crf.	Conferir
DIP/DIPr	Direito Internacional Privado
Ed.	Edição
EM	Estado-Membro
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LUF	Lei da União de Facto
n.º/n.ºs	Número/números
ob. cit.	Obra citada
OPI	Ordem Pública Internacional
p./pp.	Página/páginas
proc.	Processo
Reg.	Regulamento
Rev.	Revista/revisada
ss.	Seguintes
Vol.	Volume
UE	União Europeia

1. Introdução.....	8
2. A “união de facto portuguesa” e a “união estável brasileira”. Diferenças e semelhanças.....	9
2.1. Introdução.....	9
2.2. Conceito e diferenças relativas ao casamento.....	12
2.3.Requisitos.....	15
2.4.Efeitos.....	18
2.4.1. Regime de bens.....	20
2.4.2. Contrato de Coabitação x Contrato de Convivência.....	22
2.5.Dissolução da união de facto e da união estável.....	24
2.5.1. Por rutura.....	24
2.5.2. Dissolução em razão de casamento por um dos unidos.....	28
2.5.3. Dissolução por morte e efeitos sucessórios.....	29
2.6.Conclusões.....	33
3. União de facto e direito internacional privado de fonte interna.....	36
3.1.Lei aplicável.....	36
3.2.Competência jurisdicional.....	48
4. União de facto e direito internacional privado de fonte internacional. O Regulamento (UE) n.º 2016/1104.....	53
4.1.Competência Jurisdicional.....	57
4.2.Lei aplicável.....	61
5. Efeitos sucessórios da união de facto e direito internacional privado de fonte internacional.....	67
5.1.Competência jurisdicional.....	70
5.2.Lei aplicável.....	72
6. União de facto e Direito Internacional Privado Brasileiro.....	74
6.1.Determinação da competência.....	75
6.2.Normas aplicáveis ao Direito de Família.....	82
6.3.Normas aplicáveis às sucessões.....	87
7. O direito internacional privado português e brasileiro contextualizados no Acórdão 317/11.9YRLSB.S1.....	90
8. Referências Bibliográficas.....	96

1. INTRODUÇÃO

Os conflitos de leis envolvendo relações familiares e sucessórias internacionais tem crescido consideravelmente. Brasil e Portugal tem laços muito estreitos e há muitos portugueses residentes no Brasil ou o contrário; todavia, tratando-se de relações familiares, a legislação de cada Estado tem suas particularidades, em especial quando se trata de relações jurídicas análogas ao casamento (união de facto portuguesa e união estável brasileira). Em cada um dos regimes há certas divergências que devem ser pontuadas a fim de solucionar possíveis conflitos que venham a ocorrer no âmbito internacional.

Os regimes jurídicos da “união de facto portuguesa” e da “união estável brasileira” apresentam certas diferenças nomeadamente no que diz respeito aos direitos atribuídos aos companheiros, daí ser importante determinar qual dos dois regimes seria aplicável no caso de dois brasileiros em uma união estável irem viver em Portugal, ou o inverso; ou no caso de dois unidos de facto portugueses que vivem no Brasil e um deles morre: como seria resolvida esta questão sucessória? Ou no caso de um português e uma brasileira que viveram parte de sua vida em Portugal e mais tarde vão para o Brasil.

São inúmeras as possibilidades de situações da vida que podem surgir dentro de um contexto internacional privado, de modo que é de extrema importância não só diferenciar os regimes, mas também dar-lhes uma possível solução, ou seja, determinar quer a lei aplicável, nestes casos, quer o tribunal competente. Levando em consideração que uma das leis pode ser mais benéfica que a outra ou mais ou menos vantajosa, determinar estas questões é de suma importância.

Decisão relevante para este estudo é um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo número 317/11.9YRLSB.S1.¹ Trata-se de uma revisão de sentença estrangeira em que se discute a possibilidade de um unido de facto sobrevivente de nacionalidade portuguesa, mas residente no Brasil desde o ano de 1957, ter direito a herança do *de cujus*. Como será tratado mais adiante, no Brasil, a legislação garante que o companheiro seja herdeiro e por isso a decisão no Brasil foi considerada favorável ao companheiro sobrevivente, contudo, não obteve o mesmo êxito em Portugal, uma vez que o tribunal

¹ Acórdão de 15 de janeiro de 2015, consultado em 01 de setembro de 2020.

português considerou que sentença brasileira ofendia o Princípio da Ordem Pública Internacional.

Nota-se, portanto, que há um certo impasse quanto à solução desta sucessão. A primeira coisa que se percebe é que a lei brasileira garante algo que a lei portuguesa não, qual seja, direitos sucessórios legais ao companheiro sobrevivente. O tribunal brasileiro soluciona o caso reconhecendo os direitos sucessórios ao unido sobrevivente levando em conta a lei brasileira, enquanto o tribunal português não reconhece tal sentença levando em conta que a solução brasileira ofende os princípios fundamentais do Estado Português, neste caso os da sucessão legítima dos irmãos do *de cuius*. Ou seja, a discussão deste caso é importante pois é a partir das normas de direito internacional privado que se poderá determinar a lei aplicável, bem como o tribunal competente, os requisitos para que uma sentença estrangeira possa ser revista e confirmada num determinado Estado e analisar as razões que levaram o Tribunal da Relação a não confirmar a sentença brasileira.

Portanto, para fins deste trabalho, em primeiro lugar serão pontuados os principais aspetos da união de facto portuguesa e da união estável brasileira, em seguida serão apresentadas as soluções de direito internacional privado prevista na legislação portuguesa, europeia e brasileira para o acórdão mencionado e outros exemplos. Se o caso deve ser solucionado à luz do direito brasileiro (da união estável) ou português (da união de facto) e em caso de revisão e confirmação de sentença estrangeira, quais os requisitos e possibilidades.

2. A “UNIÃO DE FACTO PORTUGUESA” E A “UNIÃO ESTÁVEL BRASILEIRA”. DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS.

2.1.Introdução

Em Portugal, a União de Facto está prevista na Lei n.º 7/2001 de 11 de maio, mas alguns dos seus efeitos são solucionados pelas regras gerais de direito civil. Isto quer dizer que as uniões de facto apesar de terem regime próprio previsto na Lei n.º 7/2001, também terão certos aspetos resolvidos pelas regras gerais de direito civil. A união de facto não gera os mesmos efeitos do casamento, pois são materialmente diferentes, uma vez que os efeitos jurídicos do casamento se devem a deveres e outras limitações na

autonomia patrimonial.² Portanto, via de regra, questões patrimoniais na união de facto serão solucionadas pelas regras gerais de direito civil.

Apesar disso, com a evolução do Direito, as uniões de facto passaram não só a serem reconhecidas pelo Estado, como também adquiriram certos direitos que antes só eram garantidos aos cônjuges.³ Por se tratar de um facto, não tem a natureza de um negócio jurídico, o que não quer dizer, no entanto, que não possa produzir efeitos negociais, ou seja, celebrar um negócio jurídico que em algum momento será relevante para o Direito.⁴ No Brasil, por outro lado, a união estável está prevista no Código Civil de 2002, a partir do art. 1.723 e ss., e na Lei n.º 9.278/96; contudo, apesar de ter um regime próprio, a união estável se equipara em quase tudo ao casamento.

Em razão das alterações sociais, políticas, culturais o direito de família português tem vindo também a modificar-se e a evoluir⁵. Tal mudança tem refletido em uma “desinstitucionalização” do direito de família, de modo a dar mais proteção ao indivíduo do grupo familiar que a família propriamente dita. Há uma desvinculação com o direito canônico, igualdade entre os cônjuges previsto no art. 36.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa,⁶ etc... O mesmo ocorre no Brasil quando a união estável passou a ter proteção constitucional prevista no art. 226, § 3.º da Constituição Federal Brasileira, passando a ser reconhecida como entidade familiar para efeitos de produção de direitos e deveres previstos na legislação infraconstitucional. Isto quer dizer que a proteção constitucional concedida a união estável, garante que ela não possa sofrer restrições da legislação infraconstitucional.

² PAIS, Sofia Oliveira e SOUSA, António Frada de, “A união de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo – uma análise de direito material e conflitual”, in *Rev. da Ordem dos Advogados*, 1999. P. 693 a 752;

³ PINHEIRO, Jorge Duarte, “Perspectivas de evolução do Direito da Família em Portugal”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 347 a 366;

⁴ COELHO, Francisco Brito Pereira, “Os factos do casamento e o direito na união de facto: breves observações”, in *Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Fevereiro de 2016. p. 77 a 106.

⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de, “Do direito da família aos direitos familiares”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 553 e 554.

⁶ “A família é uma realidade multifacetada, assentando, entre outros, em fatores biológicos, morais, afetivos e sociais. O direito da família não pode constituir um sistema autónomo perante o seu meio envolvente. No direito da família, a oposição entre o legal e o ilegal não pode deixar de considerar a contraposição entre o biológico e o não biológico, entre moral e o imoral, entre o afeto e o desafeto ou entre o socialmente aceitável e o socialmente censurável.” - SOUSA, Miguel Teixeira de, *ob. cit. Do direito da família...*, p. 555 e ss.

A união de facto em Portugal não tem uma proteção constitucional propriamente dita, todavia, alguns doutrinadores entendem que a união de facto também mereça proteção constitucional e para tanto interpreta-se o n.º 1 do art. 26.º da CRP de uma forma extensiva, qual seja, a união de facto está abrangida no “direito ao desenvolvimento da personalidade”⁷, que é a proteção da personalidade e ao mesmo tempo reconhecer a liberdade geral de ação, livre para constituir relações até mesmo factuais⁸.

Impedir as uniões de facto seria como impedir a liberdade de ação e em consequência o desenvolvimento da liberdade individual, o que é inconstitucional. Todavia, por não ser um casamento, a união de facto não recebe a mesma proteção constitucional conferida ao casamento e nem pode ser objeto do “Princípio da Igualdade” previsto no art. 13.º da CRP, pois são materialmente diferentes, têm efeitos diferentes relativamente às questões patrimoniais.⁹ Logo, não se pode conceder os mesmos direitos e privilégios porque também não se podem exigir os mesmos deveres. Dar tratamento totalmente equiparado ao casamento é que seria inconstitucional, pois os compromissos criados num casamento não podem ou não querem ser criados pelos conviventes numa união de facto fazendo com que optem por um regime em detrimento do outro, restando também efeitos materiais diferentes. Trata-se, portanto de um simples acordo, já que a relação irá gerar efeitos práticos, mas seus membros não querem que seus efeitos práticos sejam tutelados ou garantidos pelo direito, caso contrário, teriam optado pelo casamento.¹⁰

Além disso, para a Doutora Cristina Dias, a previsão do art. 36.º, n.º 1 da CRP, garante que todos tem o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. Em seu entendimento, se a Constituição não define exatamente o que é família, não cabe a legislação infraconstitucional limitar o seu sentido e alcance. Sendo assim, poder-se-ia incluir a união de facto como forma de constituir família, constitucionalmente protegida pelo art. 36.º, n.º 1 da CRP.¹¹ Além disso, o art. 8.º da

⁷ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução Direito Matrimonial*, 5ª Edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 61.

⁸ *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, Separata de Boletim da Faculdade de Direito, Portugal-Brasil, ano 200, p. 149-246, p. 164. *crf.* COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Do direito da família...*, p. 61.

⁹ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 62 e 63.

¹⁰ DIAS, Cristina Araújo, “A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de família”, in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, n.º 15, 2012, p. 35 a 48.

¹¹ DIAS, Cristina Araújo, “Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar”, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume VI*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012. P. 451 a 470.

CEDH (garante o direito ao respeito pela vida familiar tanto aos pais casados como aos pais de facto).

O direito de família é algo que se apresenta em momentos de crise, para limitar a autonomia dos membros da família e ao mesmo tempo proteger outros membros, por tal razão que o Doutor Miguel Teixeira de Sousa chama de “o direito das crises familiares”¹². Em contrapartida, a Doutora Rita Lobo Xavier, que a institucionalização do direito de família, ou seja, sua regulamentação, deve ter uma função estruturante e simbólica, de modo a reforçar a imagem institucional da família, fortalecendo os vínculos familiares.¹³

2.2. Conceito e diferenças relativas ao casamento.

No Código Civil português, a definição de casamento está prevista no art. 1577.º como “um contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante plena comunhão de vida”. Isto quer dizer que o casamento necessita da existência de um contrato válido para produzir seus efeitos¹⁴ e a união de facto não, inicia-se sem a necessidade de um acordo de vontade, bastando que passem a viver em comunhão de leito, mesa e habitação, estando cumpridos os requisitos da Lei n.º 7/2001, produz os efeitos previstos no art. 3.º.¹⁵

A união de facto não está definida na Lei n.º 7/2001, mas numa tentativa de defini-la, nada mais é do que “as pessoas viverem em comunhão de leito, mesa e habitação, como se fossem casadas”¹⁶, traduzindo-se como uma relação fáctica semelhante materialmente ao casamento. Tanto o casamento quanto a união estável brasileira são regimes em que há comunhão de vida, porém no casamento há uma manifestação de vontade por meio do qual se submetem ao cumprimento de deveres contratuamente assumidos que consequentemente produzirão efeitos jurídicos. Enquanto a união de facto apesar de também se tratar de uma comunhão de vida comum, não há exigência de uma manifestação de vontade ou requisitos de forma.¹⁷ A característica

¹² SOUSA, Miguel Teixeira de, *ob. cit. Do direito da família...* P. 559.

¹³ XAVIER, Rita Lobo, “Da crise à desregulamentação da família”, In *Estudos em homenagem ao professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Editora, 2003, p. 835 a 848.

¹⁴ PITTÃO, José António de França, *Unões de Facto e Economia Comum: De acordo com a Lei 23/2010, de 30 de Agosto*, 3.º Ed. rev. e actual. (Legislação anotada), Editora Almedina, 2011, p. 19 a 21.

¹⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, com a colaboração de Rui Moura Ramos, (Manuais Universitários), Almedina, 2020, p. 339.

¹⁶ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 56.

¹⁷ “o casamento como um compromisso *jurídico* gerador de *obrigações*, a união de facto como o *puro facto* da convivência em condições análogas às dos cônjuges, *sem* o intento de estabelecer um vínculo jurídico

essencial das uniões de facto e estáveis, é a sua livre vinculação e desvinculação, enquanto que no casamento, ainda que o processo de divórcio seja algo simples, ainda é necessário um procedimento formal para o dissolver.¹⁸ Nada mais é do que uma “relação pessoal que liga um ao outro os membros da união de facto justifica a atribuição de efeitos pessoais”, apesar de não estarem ligados pelos mesmos deveres pessoais previstos para o casamento.¹⁹

Para a Doutora Rita Xavier, o que distingue a união de facto de um namoro ou de uma relação não habitual, é o facto de os unidos viverem na mesma casa, casa esta que será denominada como casa de morada comum, ou seja, não basta que passem férias juntos ou um mero final de semana, mesmo que dure por anos, tem de haver um compartilhamento da vida em comum.²⁰ Já na união estável brasileira não é requisito essencial que os companheiros vivam na mesma casa, desde que cumpridos os demais requisitos previstos no art. 1.723 do CCBBr de 2002, características essenciais que diferenciam as uniões estáveis das relações esporádicas como o namoro ou o concubinato.

Resumidamente, a união de facto não é um casamento, os institutos apenas se assemelham, daí porque algumas garantias e direitos concedidos ao casamento não são os mesmos para a união de facto uma vez que os unidos de facto não têm os mesmos deveres de pessoas casadas e não há inconstitucionalidade quanto a isso, pois apesar de haver uma certa proteção constitucional (pelo art. 36.º, n.º 1 da CRP como defende a Doutora Cristina Dias e pelo art. 26.º, n.º 1 da CRP pela interpretação do Doutor Guilherme de Oliveira) dada as uniões de facto, não se permite que o legislador atribua os mesmos efeitos do casamento, violaria o art. 13.º da CRP, não podendo dar tratamento igual a institutos materialmente diferentes. Dá-se tratamento igual ao que é igual, o que não é o caso.²¹

Não se pode recorrer ao regime voltado para o casamento com o argumento de uma lacuna jurídica no regime da união de facto, a inexistência de regulamentação

ou *sem* a possibilidade de esse vínculo se estabelecer” - COELHO, Francisco Pereira, “Os factos do casamento e o direito na união de facto: breves observações”, in *Textos de Direito de Família*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 77 a 106.

¹⁸ PAIS, Sofia Oliveira e SOUSA, António Frada de, *ob. cit.* A união de facto..., p. 693 a 752.

¹⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit.* *Manual de Direito...*, p. 345.

²⁰ XAVIER, Rita Lobo, “A união de facto e a lei civil no ensino de Francisco Manuel Pereira Coelho e na legislação atual”, in *Textos de Direito da Família*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 653 a 690.

²¹ DIAS, Cristina Araújo, *ob. cit.* *Da inclusão constitucional...*, p. 451 a 470.

específica talvez não seja caso de lacuna jurídica, talvez tenha sido a intenção do legislador, tratando-se de uma lacuna intencional.²² Contudo, em relação às uniões de facto e a falta de um regime de direito internacional privado próprio, justificava-se a remissão para as regras de DIP aplicáveis ao casamento, aplicando-se analogicamente às uniões de facto quais sejam, os artigos 52.º, 53.º e 54.º do CC.

Quanto a união estável brasileira, trata-se da união entre duas pessoas com o intuito de constituir família, sem que para tanto haja um casamento e sendo uma entidade familiar, recebe a devida proteção constitucional, prevista no art. 226, § 3.º, da CF.²³ Todavia, apesar de o casamento e a união estável serem muito próximos, têm algumas diferenças. Apesar das diferenças, não se admite a existência de uma hierarquia entre as modalidades de família, qualquer que seja.²⁴

Diferentemente do casamento, à união estável não necessita de qualquer formalidade ou ato constitutivo para que passe a produzir efeitos, nasce da consolidação do vínculo de convivência, comprometimento implicitamente mútuo e entrelaçar de vidas, ou seja, um facto jurídico que passa a ser um ato jurídico em razão dos direitos que esta relação passa a produzir, é o que Paulo Lôbo chama de ato-facto jurídico²⁵, pois basta a sua existência fáctica para que a legislação incida sobre ela, tornando seu resultado, portanto, uma relação jurídica. O casamento tem uma natureza contratual, uma vez que é formado a partir da manifestação expressa da vontade das partes, sem a qual não será válido.²⁶ O Doutor Pablo Stolze Gagliano define a união estável como sendo “uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, como o objetivo imediato de constituição de família.”²⁷

A partir deste ponto, então, surge um paradoxo, qual seja, a união estável, que é uma relação factual, está tão próxima do instituto do casamento, tem praticamente os mesmos efeitos e direitos, que ao invés de ser uma relação livre, passou agora a ser

²² DIAS, Cristina Araújo, *ob cit.* Da inclusão constitucional..., p. 464 e 465.

²³ TARTUCE, Flávio, *Direito civil*, v. 5 : *Direito de Família*, 12. Ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2017. p. 195 a 196.

²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *Novo curso de direito civil, volume 6 : direito de família*, 9. Ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2019. P. 466 e 467.

²⁵ “Por ser ato-fato jurídico (ou ato real), a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fáctica, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fáctica converta-se em relação jurídica.” LÔBO, Paulo, *Direito civil : famílias*, 6. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2015, p. 154.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: Direito de Família*, 13.ed., São Paulo, Atlas, 2013, (Coleção direito civil; v. 6), p. 26.

²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *ob. cit.* *Novo curso de...*, P. 472.

institucionalizada e presa as regras do Estado²⁸. A essência da união estável está a ser podada e aos poucos sendo convertida num casamento só que sem as formalidades deste.

Contudo, apesar de uma intervenção massiva do Estado descaracterizar, de certa forma, a relação como factual, não deixa de ter suas vantagens, dentre elas a proteção da relação e a concessão de direitos patrimoniais e sucessórios à relação. No mais, no Brasil, por ser um país de proporções continentais, ainda há muita dificuldade em se ter acesso a certas coisas, os custos altos relacionados ao casamento, ou mesmo falta de conhecimento, faziam com que muitos casais optassem por uma “via rápida” para unir suas vidas, unindo-se de facto. A equiparação da união estável ao casamento talvez tenha sido a saída encontrada pelo legislador para suprimir as possíveis injustiças decorrentes dessas relações ditas “informais” em caso de dissolução por rutura ou morte e seus efeitos patrimoniais. Esta equiparação é um tanto quanto justificável.

2.3.Requisitos

A união de facto, diferentemente do casamento não tem tantas formalidades quanto ao seu início, desenvolvimento e fim, todavia, a Lei n.º 7/2001 torna as uniões de facto institucionalizadas, referindo-se a requisitos para validade e produção de efeitos. Para o Doutor Jorge Duarte Pinheiro, a união de facto pode ser protegida ou não protegida, sendo a protegida aquela que “goza das medidas de protecção previstas na LUF.”²⁹.

Sendo diferente do casamento, a união de facto não tem um procedimento formal que marca seu início; ela inicia quando as partes se juntam numa vida em comum, mas só produzirá os efeitos previstos pela lei n.º 7/2001 se os unidos viverem de forma análoga ao casamento por pelo menos 2 anos e preencher os requisitos negativos previstos no art. 2.º da Lei da União de Facto:

“Impedem a atribuição de direitos ou benefícios, em vida ou por morte, fundados na união de facto: a) Idade inferior a 18 anos à data do reconhecimento da união de facto; b) Demência notória, mesmo com intervalos lúcidos, e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, salvo se a demência se manifestar ou a anomalia se verificar em momento posterior ao do início da união de facto; c) Casamento não dissolvido, salvo se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens; d) Parentesco na linha reta ou no 2.º

²⁸ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias de acordo com o novo CPC*, 4.ª ed. em e-book baseada na 11.ª Ed. impressa, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 412 e 413.

²⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito de Família Contemporâneo*, 4.ª Ed. 2015, AAFDL Editora, p. 653.

grau da linha colateral ou afinidade na linha reta; e) Condenação anterior de uma das pessoas como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado contra o cônjuge do outro.”

Como a união de facto só passa a produzir efeitos após dois anos, é importante determinar sua data de início. O art. 2.º-A, que diz que na falta de outros meios legais de prova, a união de facto pode ser provada por meio de declaração emitida pela junta de freguesia competente. A prova testemunhal tem-se mostrado muito útil na comprovação da união de facto³⁰. Porém, é importante salientar que a declaração emitida pela junta de freguesia apenas atesta o tempo de duração da relação e não que de facto ela existiu³¹, no mais, não faz prova plena, bastando prova em contrário³². Isto quer dizer que, não sendo exigível uma prova documental específica, a união de facto pode ser provada por qualquer meio que seja admissível em direito, sendo a mais relevante a prova testemunhal que atesta que os companheiros vivem em comunhão de mesa, cama e habitação em exclusividade.³³

Já união estável se caracteriza pelas seguintes características: “a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”, condições previstas tanto no art. 1.723 do CCBBr de 2002, quanto no art. 1.º da Lei n.º 9.278/96. Quando se diz “público”, quer dizer que a relação é de conhecimento geral, que as pessoas reconhecem a relação como “se casados fossem” e não como uma situação meramente transitória, não podendo ser oculta ou clandestina³⁴. Nota-se, portanto, que diferente da união de facto, a união estável não exige um lapso temporal mínimo para produzir efeitos. Bastando que seja contínua e duradoura, ou seja, que se prolongue no tempo, além do elemento principal caracterizador: a intenção de constituir família.

Quanto ao objetivo de constituir família, o que diferencia uma união estável de um namoro é o *animus* familiar, aquela união tem o intuito de ser uma família e assim

³⁰ CRUZ, Rossana Martinago, *União de facto versus Casamento, questões pessoais e patrimoniais*, 1.ª Ed., 2019, Gestlegal, p. 264.

³¹ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 72 e 73.

³² PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito de Família...*, p. 658.

³³ PITTÃO, José António de França, *ob. cit. Uniões de Facto...*, p. 74 a 78.

³⁴ “Em tom didático, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho apresentam *elementos caracterizadores essenciais* e *elementos caracterizadores acidentais* para a união estável. Entre os primeiros estão a publicidade, a continuidade, a estabilidade e o objetivo de constituição de família. Como elementos acidentais, destacam o tempo, a prole e a coabitação.” TARTUCE, Flávio, *ob. cit. Direito civil...*, p. 199.

produzir seus efeitos³⁵. Sendo assim, além do afeto, é necessário o firme propósito de constituir família, pois em um namoro há afeto, mas falta o *animus* familiar. Não é necessário, como requisito essencial e caracterizador da união estável que os companheiros convivam sob o mesmo teto, no entanto, para o Doutor Carlos Roberto Gonçalves, é difícil imaginar que um casal tenha a intenção de constituir família (elemento essencial caracterizador da união estável que a diferencia de um simples namoro, por exemplo) se não tem uma vida em comum sob o mesmo teto.³⁶

Para o Doutor Pablo Stolze, a intenção de constituir família é o principal critério a ser investigado pelo intérprete da norma, pois é a essência da união estável, facto que a diferencia de um simples namoro. Isto quer dizer que, a união estável é uma relação estável de família com uma potencial repercussão no meio jurídico e o namoro, por ser instável, não tem esta potencial repercussão jurídica, exatamente por lhe faltar o *animus* familiar.³⁷

Resumidamente, a união estável precisa ter a intenção de constituir família, precisa ser notória e pública, ou seja, não pode ser sigilosa ou desconhecida; deve ser estável ou de duração prolongada, apesar de as normas não exigirem um lapso temporal mínimo, ao menos que se estenda no tempo. Deve ser também contínua, que não haja interrupções, que seja sólida; e não pode haver nenhum impedimento matrimonial, segundo o art. 1.521 do CCBBr de 2002. Não há a necessidade de viverem sob o mesmo teto, mas é um ponto favorável.³⁸

Por fim, a união estável nasce, primordialmente, de um estado de facto, proveniente de vínculo afetivo, diferentemente do casamento que se inicia de um ato jurídico certo e público³⁹. De mesmo modo é assim que nasce a união de facto, também não é necessária qualquer formalidade, contudo, alguns requisitos como o lapso temporal diferenciam os dois institutos. Coisas como publicidade, durabilidade, convivência como se casados fossem, são requisitos exigidos em ambos. Dito isto, observados os requisitos para configuração da união estável, caso queiram, cabe aos conviventes comprovar a união, é de seu interesse comprová-la, podendo ajuizar ação exclusivamente com este fim

³⁵ LÔBO, Paulo, *ob. cit. Direito civil: famílias...*, p. 153 a 157.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto – *Direito civil brasileiro*, volume 6 : direito de família, 9. Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 528 a 530.

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *ob. cit. Novo curso de...*, p. 481 e 482.

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto, *ob. cit. Direito civil brasileiro...*, P. 530 a 534.

³⁹ TARTUCE, Flávio, *ob. cit. Direito civil...*, p. 28 a 30.

ou de forma incidental quando pedidos em ações de outra natureza (alimentos, direitos sucessórios, dissolução etc), é o teor da Súmula 380 do Superior Tribunal Federal.⁴⁰

O art. 2.º da LUF contempla os requisitos negativos da união de facto, ou seja, em se tratando de uma das hipóteses previstas neste artigo, a união de facto não produzirá efeitos, além da exigência mínima de dois anos de relação. Enquanto que na união estável os requisitos a serem cumpridos estão previstos no art. 1.723 do CCBBr de 2002, como também não será reconhecida a união que seja proibida na forma do art. 1.521 do CCBBr de 2002 (conforme art. 1.723, § 1.º CCBBr), quais sejam, os impedimentos para o casamento que também impedem as uniões estáveis. Fica ressalvada a hipótese do inciso VI do art. 1.521 do CCBBr de 2002, que é exclusiva do casamento.⁴¹ Se a união estável não for reconhecida por violar o art. 1.723 e o § 1.º deste mesmo artigo, esta união não produzirá qualquer efeito.

Enquanto as causas impeditivas ao casamento são aplicáveis às uniões estáveis por força do art. 1.723, § 1.º, e torna nulo todo o ato, retroagindo a data de sua constituição e impedindo de produzir qualquer efeito, o art. 1.523 do CCBBr de 2002 que trata das causas suspensivas do casamento são meramente penalizadoras e são exclusivas do casamento, não sendo aplicáveis às uniões estáveis. Isto quer dizer que não há um impedimento propriamente dito, mas tais relações não são aconselháveis pois tem o objetivo de proteger o interesse patrimonial de terceiros, daí serem meramente suspensivas. Apesar de não ser caso de nulidade como nos impedimentos, nos casos suspensivos a penalidade é a imposição do regime legal obrigatório da separação de bens (art. 1.641, I, do CCBBr de 2002),⁴² cujo objeto de aplicação é exclusiva do casamento, só se aplicando a estes caso se trate de pessoas maiores de 70 anos; os que precisam de suprimento judicial para casar; ou se casarem com inobservância das causas suspensivas a celebração do casamento⁴³

2.4.Efeitos

⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo, *ob. cit. Direito Civil...*, p. 443 e ss.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, *ob. cit. Direito civil brasileiro...*, p. 534 a 536.

⁴² DINIZ, Maria Helena, *Novo código civil comentado (Lei n.º 10.406, de 10-1-2002)*, São Paulo, Editora Saraiva, 2012. P. 768 a 769.

⁴³ “mais uma vez, prestigiando a união estável em detrimento do casamento, o que não parece ser o objeto do legislador constitucional, ao incentivar a conversão da união estável em casamento. No nosso entender, deve-se aplicar aos companheiros maiores de 60 anos (atualmente, 70 anos) as mesmas limitações previstas para o casamento para os maiores desta idade: deve prevalecer o regime da separação legal de bens.” GONÇALVES, Carlos Roberto, *ob. cit. Direito civil brasileiro...*, p. 543.

Quanto aos efeitos da união de facto, em primeiro lugar, como não estão casados não têm os mesmos deveres impostos aos cônjuges, quais sejam: fidelidade, cooperação, coabitação e respeito, conseqüentemente não terão os mesmos efeitos. Legalmente não há exigências de solidariedade, de cooperação e responsabilidade como no casamento,⁴⁴ mas o doutrinador Jorge Duarte Pinheiro considera tais deveres como deveres morais, ou seja, apesar de serem deveres legalmente previstos para o casamento, os unidos de facto deveriam levar em conta tais deveres em sua relação por uma questão de moralidade⁴⁵. Para o Doutor António de França Pitão, o dever de coabitação é o único dever pessoal essencial dos companheiros, já que, como a lei prevê a existência de uma casa de morada, sem coabitação não há uma casa da família e conseqüentemente não há união de facto.⁴⁶

Em contrapartida, a união estável gera tantos direitos quanto deveres. Os deveres estão previstos no art. 1.724 do CCBBr de 2002 e diferem dos deveres previstos para o casamento descritos no art. 1.566 do mesmo código. Enquanto os da união estável são lealdade, respeito e assistência; no casamento são fidelidade recíproca, vida no domicílio conjugal e mútua assistência. A união estável não exige coabitação, ou seja, que os companheiros convivam sob o mesmo teto⁴⁷.

A levar em conta que a união de facto não tem os mesmos deveres, não têm também os mesmos direitos, não é possível, por exemplo, acrescentar os apelidos um do outro ao nome,⁴⁸ não são herdeiros legais um do outro, não tem um regime matrimonial de bens, etc. Para tanto, a Doutora Rossana Martinago Cruz é da opinião que é justificável positivar “algumas obrigações decorrentes da proximidade da vida em comum, numa entajada de recursos financeiros e não financeiros”⁴⁹. Contudo, alguns ramos do direito equiparam cônjuges e companheiros a fim de proteger e dar direitos às pessoas desta relação, a exemplo do art. 152.º do Código Penal sobre violência doméstica; o art. 495.º, n.º 3 do Código Civil relativos ao direito a indemnização; o art. 52.º, n.º 1, al. b) do Estatuto Disciplinar dos funcionários e Agentes da Administração Central Regional e Local; o art. 115.º do Código de Processo Civil (antigo art. 122.º).⁵⁰ Na união estável não

⁴⁴ DIAS, Cristina Araújo, *ob. cit.* “Da inclusão constitucional...,” p. 451 a 470.

⁴⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. cit. O Direito de Família...*, p. 661.

⁴⁶ PITTÃO, José António de França, *ob. cit. Uniões de Facto...*, p. 107 e 108.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice, *ob. cit. Manual de Direito...*, p. 423 e 424.

⁴⁸ Os membros da união de facto não estão vinculados por qualquer dos deveres pessoais que os arts. 1671.º; n.º 2 e 1672.º impõem aos cônjuges e nenhum deles pode acrescentar aos seus apelidos do outro (crf. Art. 1677.º). - COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 79.

⁴⁹ CRUZ, Rossana Martinago, *ob. cit. União de facto...*, p. 285.

⁵⁰ PAIS, Sofia Oliveira e SOUSA, António Frada de, *ob. cit. A união de facto...*, p. 693 a 752.

são chamados de cônjuges como no casamento, mas de companheiros ou conviventes. No entanto, a Lei dos Registros Públicos, permite, em seu art. 57, § 2.º, que os companheiros adotem o apelido um do outro⁵¹.

Com a união de facto é possível a aquisição da nacionalidade portuguesa. A Lei n.º 37/81, a Lei da Nacionalidade em seu art. 3.º, n.º 3, prevê a possibilidade do estrangeiro que viva em união de facto há mais de três anos com um nacional português possa adquirir a nacionalidade portuguesa⁵². Além disso, constituir uma união de facto é motivo para fazer cessar qualquer obrigação de alimentos que o membro da união de facto recebia⁵³.

Na união de facto, como não há um ato jurídico que o formalize, como no casamento, tornando-se difícil marcar seu termo inicial, principalmente para atribuir efeitos patrimoniais e sucessórios. Contudo, podem ser provadas pelos seguintes meios previstos no art. 2.º-A da Lei n.º 7/2001: atestado emitido pela junta de freguesia competente, aquisição de imóvel para moradia, aquisição de móveis para guarnecerem a moradia, o contrato de aluguel do imóvel, o testemunho de vizinhos, amigos e colegas de trabalho, correspondências em endereço comum, etc...⁵⁴ Isto faz com que os membros da união de facto não precisem recorrer ao judiciário para certificar sua relação, apenas vão ao judiciário caso pretendam fazer valer algum direito que dependam da relação dissolvida.⁵⁵

2.4.1. Regime de bens

Como na união de facto não há um regime de bens, instituto voltado para o casamento, as relações patrimoniais entre os unidos de facto, fica a cargo da legislação convencional, ou seja, entre os unidos de facto não existe um dever como no casamento, que possa regular quanto cada um despende com as despesas da casa, ficando sujeitos ao regime geral de direito civil relativos às obrigações e direitos reais.⁵⁶

A exemplo disso temos o instituto da doação, em que uma doação entre casados ou para o casamento segue as regras previstas nos arts. 1753.º e ss. do CC, já na união de

⁵¹ DIAS, Maria Berenice, *ob. cit. Manual de Direito...*, P. 419.

⁵² PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. cit. O Direito de Família...*, p. 664.

⁵³ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 91.

⁵⁴ LÔBO, Paulo, *ob. cit. Direito civil: famílias...*, p. 158 e 159.

⁵⁵ XAVIER, Rita Lobo, *ob. cit. "A união de facto..."*, p. 653 a 690.

⁵⁶ XAVIER, Rita Lobo, *ob. cit. "A união de facto..."*, p. 653 a 690.

facto, uma doação entre os conviventes segue a regra geral para as doações previstos nos arts. 940.º e ss. do CC. Outro exemplo diz respeito aos contratos e o art. 1714.º do CC proíbe certos tipos de contrato de serem celebrados entre os cônjuges, o que não se aplica aos unidos de facto, que são livres para contratar entre si⁵⁷.

Por outro lado, a união estável, assim como no casamento, também terá um regime de bens. O regime patrimonial geral é o da comunhão parcial de bens, o que quer dizer que, na falta de escolha feita pelos nubentes no pacto antenupcial, ou pelos companheiros no contrato de convivência público ou particular, conforme art. 1.725 do CCBBr de 2002, o regime de bens será definido pela lei no art. 1.640 do CCBBr de 2002, qual seja, o regime da comunhão parcial de bens previsto nos arts. 1.658 e ss do CCBBr de 2002. O regime legal obrigatório de separação de bens, para os casos previstos no art. 1.641 do CCBBr de 2002 (pessoas maiores de 70 anos, os que precisam de suprimento judicial para casar, ou se casarem com inobservância das causas suspensivas a celebração do casamento) como dito, não é aplicável à união estável, pois tal norma é de aplicação exclusiva ao casamento, não comportando interpretação extensiva ou analógica.⁵⁸

Isto quer dizer que todos os bens adquiridos na constância da união se presumem de ambos, provenientes do esforço comum e, por isso, pertencente a ambos em partes iguais. Será assim ainda que o bem seja adquirido apenas por um deles pois o bem se incorpora ao patrimônio comum e passará a existir uma compropriedade caso em que será dividido meio a meio em caso de extinção da relação⁵⁹. As únicas hipóteses de o bem não passar a ser de propriedade comum, mesmo que adquirido por apenas um deles, será na hipótese de incomunicabilidade dos bens previstos nos arts. 1.659 e 1.661 do CCBBr de 2002, a exemplo de bens recebidos por doação, mediante sub-rogação legal, ou por herança, neste caso pertencem só ao titular, ou seja, bens particulares (bens de uso pessoal, instrumentos de trabalho, livros, etc...), adquiridos antes da união e proventos do trabalho pessoal, são incomunicáveis.⁶⁰

Havendo, portanto, esta presunção de comunicabilidade e o bem pertencendo a ambos igualmente quando adquirido e incorporado ao patrimônio, o bem só pode ser

⁵⁷ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 82.

⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *ob. cit. Novo curso de...*, p. 501 e 502.

⁵⁹ “Portanto, quem vive em união estável e adquire algum bem, ainda que em nome próprio, não é o seu titular exclusivo. O fato de o patrimônio figurar como de propriedade de um não afasta a cotitularidade do outro. Trata-se de presunção *júris et de júris*, isto é, não admite prova em contrário, ressalvadas as exceções legais de incomunicabilidade.” DIAS, Maria Berenice, *ob. cit. Manual de Direito...*, p. 424.

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena, *ob. cit. Novo código civil...*, p. 885 e 886

vendido por um dos companheiros se houver a anuência do outro, ou seja, os bens tornam-se indisponíveis e não podem ser alienados por apenas um dos conviventes sem a autorização do outro por se tratar de patrimônio comum, conforme art. 1.647, I do CCBBr de 2002.⁶¹ Do mesmo modo, quando se tratar de uma dívida, ainda que em nome de apenas um dos companheiros, responde o patrimônio comum. Caso no contrato de convivência optem por outro regime patrimonial, os efeitos são os mesmos aplicáveis ao casamento também.

Por fim, O art. 1.639, § 2º do CCBBr de 2002 permite que os cônjuges alterem o regime de bens, desde que haja uma demanda judicial, acompanhada pelo Ministério Público e cuja motivação deve ser comprovada. Tais requisitos não se aplicam a união estável, bastando apenas que alterem o contrato de convivência, podendo ser feito a qualquer tempo, imotivadamente, por instrumento público ou particular, contudo, tal alteração não terá o efeito retroativo a que terá no casamento, ficando preservados os direitos de terceiros⁶².

2.4.2. Contrato de Coabitação x Contrato de Convivência

Pensando em uma forma de resguardar certos direitos patrimoniais já que os unidos de facto não se enquadram em nenhum regime de bens – coisa exclusiva do casamento-, é possível optar pelo “contrato de coabitação”. Este contrato deve versar apenas sobre questões patrimoniais, excluídos os efeitos pessoais ou de exclusividade do casamento, a exemplo disso é considerada nula a cláusula que impeça o fim da união, ou que em caso de morte um dos unidos de facto os bens de um sejam atribuídos ao outro por meio de pacto sucessório⁶³. O pacto sucessório é algo exclusivo do casamento já que é feito na convenção antenupcial documento que antecede o casamento. Na união de facto não existe convenção antenupcial ou qualquer documento que formalize a relação como no casamento⁶⁴, a união de facto é de livre vinculação e desvinculação. Suas cláusulas

⁶¹ “Parece-nos, entretanto, embora respeitando o aludido entendimento, que a outorga do companheiro é necessária, para a alienação ou oneração imobiliária. Sendo a união estável regida pela comunhão parcial de bens, há de ser observado o disposto no art. 1.647, I do Código Civil, que trata da aludida autorização.” GONÇALVES, Carlos Roberto, *ob. cit. Direito civil brasileiro...*, p. 539 a 544.

⁶² DIAS, Maria Berenice, *ob. cit. Manual de Direito...*, p. 438.

⁶³ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 84.

⁶⁴ “A faculdade conferida pelo art. 1700.º, n.º 1, al. c), só pode ser exercida antes da celebração do contrato de casamento dos nubentes renunciantes, devendo respeitar-se o lapso máximo de um ano de antecedência em relação a esse momento, sob pena de caducidade do ato (art.1716.º). O pacto renunciativo em análise caracteriza-se, pois, pela sua imperativa pré-nupcialidade.” – PEDRO, Rute Teixeira, “Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700.º, n.º 1, alínea c) do Código Civil – Análise do Regime introduzido pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2018, p. 438.

podem versar sobre regras de divisão de bens adquiridos na vigência da união, determinar a titularidade de bens adquiridos ou quanto as quantias depositadas em contas bancárias, a contribuição de cada um nas despesas domésticas.⁶⁵

Por meio do contrato de coabitação é possível que os conviventes autorregulem certos aspetos da vida em comum de ambos, sendo a forma mais adequada de resolver outros problemas que surgem durante e no fim da união de facto. Sendo, portanto, uma união que surge da livre vontade das partes, o acordo também regular-se-á pelo princípio da autonomia da vontade.⁶⁶ Nas palavras do Doutor Francisco Brito Pereira Coelho, funciona como “um esquema regulador do seu relacionamento patrimonial”, ou seja, um contrato em que se estipulam cláusulas com o intuito de proteger os bens adquiridos após o início da relação ou adquiridos em compropriedade.⁶⁷ Logo, são válidas as cláusulas, que em conformidade com as regras gerais de direito comum, poderiam ser estipuladas por qualquer pessoa, não podendo exceder os limites da autonomia privada, de modo a violar as disposições imperativas da lei.⁶⁸

O contrato de convivência que nada mais é do que uma forma de regular as questões patrimoniais das uniões estáveis, pode ser feito antes do início da relação, bem como durante, tendo efeito retroativo. Pode versar sobre negócios jurídicos diversos, desde que haja manifestação de vontade bilateral dos companheiros, mas para a Doutora Maria Berenice Dias, não está limitado a questões de natureza patrimonial apenas, podendo versar sobre algumas questões pessoais também. Contudo, é certo que este contrato não cria a união estável, ela cria-se quando estão preenchidos os requisitos que a caracterizam no art. 1.723 do CCB⁶⁹ de 2002, quais sejam: convivência pública, contínua e duradoura, com objetivo de constituir família; ou as características acidentais, que não são essenciais para caracterizar a união estável, mas casos existam, suportam a ideia de sua existência bem como de seus efeitos jurídicos⁷⁰.

⁶⁵ XAVIER, Rita Lobo, *ob. cit.* “A união de facto...,” p. 653 a 690.

⁶⁶ DIAS, Cristina Araújo, *ob. cit.* “Da inclusão constitucional...,” p. 451 a 470.

⁶⁷ COELHO, Francisco Brito Pereira, *ob. cit. Os factos do casamento...*, P. 77 a 106.

⁶⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Manual de Direito...*, p. 350 e 351.

⁶⁹ “Possível os conviventes preverem a forma de conduzirem suas vidas. Possíveis previsões de natureza pessoal e convivencial. Os direitos e deveres que lhes são impostos (CC 1.724) não têm eficácia vinculante. Por exemplo, é possível regularem a forma de convivência não monogâmica. Tal não afronta disposição absoluta de lei (CC 1.655). Não cabem deliberações sobre direito sucessório (CC426), ou renúncia a alimentos (CC1.707). Nada mais é proibido.” DIAS, Maria Berenice, *ob. cit. Manual de Direito...*, p. 428 e ss.

⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *Novo curso de Direito Civil*. 4. Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2003., v. I. P. 429 a 436.

Para o Doutor Flávio Tartuce e o Doutor Paulo Lôbo, este contrato de convivência não pode interferir nas normas de cunho pessoal ou de ordem pública, de modo que não pode descaracterizar a união estável e nem afastar seus efeitos⁷¹. Como dito, este apenas versa sobre alguns efeitos e sobre o regime de bens na união estável, mas não a cria, ou seja, sua eficácia está condicionada às suas características, pelas circunstâncias fácticas, pelo comportamento das partes, haja vista que se a união estável não existir por falta de qualquer requisito ou característica já mencionadas, o contrato de convivência não produz qualquer efeito, é inexistente, pois este depende da existência prévia da união.⁷²

2.5. Dissolução da união de facto e da união estável

2.5.1. Por rutura

Quanto a dissolução da união de facto, pode dar-se de três maneiras, seja por rutura pela vontade de um ou ambos os membros da relação, ou pela morte de um deles, ou pelo casamento do unido de facto com o outro ou com terceiro, conforme art. 8.º, n.º 1 da LUF. No caso da dissolução por rutura, da mesma forma que se inicia, a união de facto termina, sem a necessidade de formalidades exigidas na lei, para tanto basta a livre manifestação de vontade, sem necessidade de intervenção estatal para dissolve-la, ou quaisquer requisitos de forma⁷³. A prova da dissolução pode ser feita nos mesmos moldes quanto à prova de seu início, de modo que podem emitir declaração com indicação da data em que deixaram de viver juntos para que esta pare de produzir efeitos previstos para sua vigência e determine os efeitos quanto a rutura desta relação.⁷⁴

Como os arts. 1688.º e 1689.º do CC que versam sobre a dissolução das relações conjugais são exclusivos do casamento, não se aplicam as uniões de facto na rutura das relações. As questões patrimoniais, no que concerne a dissolução da união de facto, em regra, são solucionadas pelas regras gerais de direito civil acerca de direitos reais e obrigacionais, ou caso houvesse, pelo “contrato de coabitação”⁷⁵.

Um dos efeitos da dissolução pela rutura é que caso se pretenda fazer valer algum direito, terá de ser judicialmente declarada em conjunto com a ação em que os direitos

⁷¹ TARTUCE, Flávio, *ob. cit. Direito civil...*, p. 216 e 217.

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto, *ob. cit. Direito civil brasileiro...*, p. 545 a 548.

⁷³ CRUZ, Rossana Martinago, *ob. cit. União de facto...*, p. 533.

⁷⁴ PITTÃO, José António de França, *ob. cit. Uniões de Facto...*, p. 78 e 79.

⁷⁵ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 92.

reclamados serão exercidos⁷⁶. Caso contrário, será dissolvida da mesma maneira pela qual fora iniciada, sem quaisquer formalidades. Na jurisprudência é bastante comum invocar-se o princípio do enriquecimento sem causa⁷⁷ previsto no art. 473.º, n.º 1 do CC, em que um se considere empobrecido em relação ao outro quando o património resulte do esforço comum, ou seja, não seria justo que um dos conviventes viesse a ter seu património enriquecido às custas do empobrecimento injusto do outro⁷⁸. Isto é assim porque diferentemente do casamento e da união estável (que tens regimes matrimoniais), os bens adquiridos na constância da união de facto não são presumidamente adquiridos a partir do esforço comum, logo, sempre que alguém se sinta prejudicado em relação ao outro com relação ao património adquirido na constância da união, aplica-se o previsto no art. 473.º, n.º 1 do CC.⁷⁹ Os litígios relativos às questões patrimoniais da união de facto são resolvidos na vara cível comum, diferente da união estável, em que todas as questões relativas à união estável são resolvidas na vara de família.

A declaração judicial prevista no art. 8.º, n.º 2 da LUF, não põe fim a relação, pois para que esta termine basta a vontade das partes pondo fim a convivência, porém esta é necessária nos casos em que se pretendam fazer valer direitos que dependam da relação, como: pedido de constituição de um direito ao arrendamento, ou transmissão do direito ao arrendamento para o não arrendatário⁸⁰, ou outros direitos.

Na união estável, cessada a vida em comum, cessam também os efeitos patrimoniais e o regime de bens e, assim como na união de facto, não há necessidade da intervenção judicial para se decretar o seu fim como é necessário no casamento por meio do divórcio, caso em que a sentença tem eficácia desconstitutiva. Na união estável não há necessidade de qualquer intervenção estatal para sua dissolução, por vezes, ainda é necessária uma ação de reconhecimento de união estável, com sentença meramente

⁷⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. cit. O Direito de Família...*, p. 678.

⁷⁷ Os princípios do enriquecimento sem causa são frequentemente invocados na jurisprudência, que entende que a liquidação e partilha do património adquirido pelo esforço comum se pode fazer na sequência de ação judicial de dissolução da união de facto, por dependência desta ação, ou em ação declarativa de condenação, em que o membro da união de facto que se considere empobrecido relativamente aos bens em cuja aquisição participou peça a condenação do outro a reembolsá-lo com fundamento no enriquecimento sem causa, *provando* que há um património comum resultante da união de facto vivida entre um e outro. COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 92.

⁷⁸ DIAS, Cristina Araújo, *ob. cit. "A jurisprudência do..."*, p. 37.

⁷⁹ PITTÃO, José António de França, *ob. cit. Uniões de Facto...*, p. 156 a 162.

⁸⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Manual de Direito...*, p. 355.

declaratória, com o intento de declarar que tal relação existiu e a data de seu fim para então fazer valer os efeitos patrimoniais⁸¹.

Sendo assim, para que a relação chegue ao fim, basta a vontade das partes, sem que seja necessária uma sentença que dissolva a relação. Trata-se de uma separação de facto, pois não há qualquer ato jurídico a ser dissolvido como há no casamento, apenas cessa a convivência *more uxório*, a ação processual serve apenas como uma declaração de início e do fim da relação para determinar os efeitos patrimoniais oriundos da relação baseados no regime de bens, seja o legal ou o que foi escolhido por estes, sejam efeitos sucessórios ou mesmo os alimentos, enfim, qualquer efeito que decorra do fim da relação ou adquirido durante esta⁸².

Pode tratar-se de dissolução litigiosa, caso em que é necessário pedido judicial de dissolução que será cumulado com pedido de declaração incidental de existência da relação jurídica de união estável, caso algum deles negue a existência da relação ou mesmo para determinar seu termo final em virtude dos reflexos jurídicos pessoais ou patrimoniais originados da relação. Em caso de ser amigável, a dissolução pode ser exteriorizada por instrumento particular, em que os companheiros já definem questões como alimentos, guarda dos filhos e partilha do patrimônio comum, não havendo necessidade de homologação judicial.⁸³

Caso se trate de uma dissolução consensual, as questões patrimoniais podem ser resolvidas sem a interferência da justiça, de forma extrajudicial, mesmo na hipótese de haver bens imóveis. Há também a possibilidade de se fazer a partilha de bens por meio de contrato particular, apesar de que deste modo não produzirá efeitos perante terceiros, mas é válida e eficaz perante as partes⁸⁴.

Todavia, é possível, durante a relação, os companheiros reconhecerem consensualmente a sua existência por meio de escritura pública extrajudicialmente ou judicialmente por meio de justificação judicial ou por meio de ação declaratória, sendo

⁸¹ “A ação de reconhecimento de união estável dispõe de carga exclusivamente declaratória. Limita-se a sentença a reconhecer que a relação existiu, fixando o seu termo inicial e final. É inadequado nominar a ação de dissolução de união estável, até porque, quando as partes vão a juízo a união já está dissolvida. A sentença somente reconhece sua existência e identifica o período de convivência, em face de eventuais efeitos de ordem patrimonial.” DIAS, Maria Berenice, *ob. cit. Manual de Direito...*, p. 438.

⁸² LÔBO, Paulo, *ob. cit. Direito civil: famílias...*, p. 165 a 166.

⁸³ LÔBO, Paulo, *ob. cit. Direito civil: famílias...*, p. 165 e 166.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice, *ob. cit. Manual de Direito...*, p. 442 a 443.

tais competências pertencentes a Vara de Família para decidir sobre quaisquer assuntos relacionados a união estável⁸⁵.

Os bens serão divididos de acordo com o regime escolhido. Caso os companheiros não tenham feito um contrato de convivência que determine o regime de bens escolhido, o regime de bens será o legal, qual seja, o de comunhão parcial de bens, conforme art. 1.725 do CCBBr de 2002, sendo assim, com exceção dos bens pessoais, o quer for de património comum será igualmente dividido.

Com relação a casa de morada da família na união de facto, rompida a relação, apenas um deles poderá continuar a viver na casa. Há duas hipóteses, a casa ser de propriedade de um ou de ambos os membros da relação, ou ser um imóvel arrendado.⁸⁶ Se for uma casa própria de um dos membros da relação o outro pode pedir ao tribunal que lhe dê o arrendamento da casa, ou podem decidir em comum acordo. Caso seja de compropriedade a ambos, um pode ceder ao outro na forma de arrendamento, de comum acordo ou por decisão do tribunal, ou seja, os membros da relação em acordo ou o tribunal, por meio de decisão judicial, podem conceder o arrendamento da casa de morada da família ao companheiro que não era o proprietário exclusivo ou que era proprietário conjuntamente. É o que prevê o art. 4.º da Lei n.º 7/2001 que manda aplicar o art. 1793.º do CC com as devidas adaptações⁸⁷.

Caso a casa não seja própria, seja arrendada, o art. 4.º da LUF manda aplicar, com as devidas adaptações, o art. 1105.º do CC, em que o arrendamento se concentre em favor de um deles ou que se transmita ao não arrendatário, de livre acordo ou por decisão judicial, ou seja, a posição de arrendatário pode passar ao não arrendatário, ou caso ambos fossem titulares do arrendamento, a titularidade passa a ser exercida exclusivamente por um deles⁸⁸.

O art. 1.694 do CCBBr de 2002 equipara companheiros (união estável) e cônjuges para fins de pensão alimentícia, o que permite que um dos ex-companheiros possa pedir alimentos ao outro. Sendo assim, pode o companheiro, além da partilha dos bens que forem comuns, pedir alimentos desde que comprove suas necessidades e a possibilidade

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice, *ob. cit. Manual de Direito...*, p. 438 e 439.

⁸⁶ XAVIER, Rita Lobo, *ob. cit. "A união de facto..."*, p. 653 a 690.

⁸⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. cit. O Direito de Família...*, p. 679.

⁸⁸ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 94.

do parceiro.⁸⁹ Para tal concessão é necessário o reconhecimento e prova da existência da relação, podendo ser por meio de ação declaratória judicial, ou justificação judicial ou escritura pública ou até mesmo pelo contrato de convivência, desde que haja prova pré-constituída de que houve a relação⁹⁰.

Na união de facto os alimentos só serão concedidos ao parceiro sobrevivente em caso de dissolução por morte, não há possibilidade de ser arbitrado o pagamento de alimentos em razão da dissolução por rutura, apenas por hipótese da morte do parceiro. Já que o unido de facto não está na condição de herdeiro, não pode herdar, mas não fica desamparado, recebendo uma compensação na forma de pensão alimentícia.

2.5.2. Dissolução em razão de casamento por um dos unidos

A dissolução da união de facto em razão do casamento pode dar-se de duas maneiras. A primeira delas ocorre quando os membros da união de facto contraírem casamento válido um com o outro e neste caso deixa de interessar a estes invocar os efeitos da união de facto, como também, em razão do casamento, cessam os efeitos decorrentes desta, não podendo ser invocados. Caso o matrimônio se dê com outra pessoa, os efeitos da união de facto deixam de ser invocáveis por quaisquer dos membros, já que há uma prevalência manifestada pela lei com relação ao matrimônio.⁹¹

A união estável pode ser dissolvida caso haja sua conversão em casamento, como prevê o art. 1.726 do CCBBr de 2002 e constitucionalmente garantido pelo art. 226, § 3.º da CF. A conversão não poderá ser feita se houver algum impedimento para o casamento ou caso um dos companheiros tiver falecido, pois para celebração do casamento é essencial a manifestação de vontade de ambos. Além disso, obedecendo a garantia constitucional do art. 226, § 3.º que diz que a união estável deve ser facilmente convertida em casamento, fica dispensando qualquer procedimento judicial, coisa que dificultaria a conversão, logo seria inconstitucional. Ainda assim devem passar pelo processo de habilitação a que passam todos os nubentes, conforme previsto nos arts. 1.525 e ss do CCBBr de 2002.⁹²

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, *ob. cit. Direito civil brasileiro...*, p. 538 a 539.

⁹⁰ DIAS, Maria Berenice, *ob. cit. Manual de Direito...*, p. 443 e 444.

⁹¹ PITTÃO, José António de França, *ob. cit. Uniões de Facto...*, p. 281.

⁹² DINIZ, Maria Helena, *ob. cit. Novo código civil...*, p. 886

A união estável que seja não eventual e que não possa ser convertida em casamento por conter um dos impedimentos previsto no art. 1.521 do CCBBr de 2002, trata-se de um concubinato (art. 1.727 do CCBBr de 2002), apesar de o concubinato ser considerado uma entidade familiar, pela interpretação do Doutor Paulo Lôbo dos arts. 1.708 e 1.803 do CCBBr de 2002⁹³, não gera os mesmos direitos da união estável.

2.5.3. Dissolução por morte e efeitos sucessórios

Caso a dissolução seja em razão da morte de um dos membros da união de facto, há uma gama de direitos conferidos ao membro sobrevivente, sem que seja considerado um herdeiro, legítimo ou legitimário. Pelo Código Civil, o art. 2132.^o diz que são herdeiros legítimos o cônjuge, os parentes e o Estado, já o art. 2157.^o⁹⁴, prevê que são herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, ou seja, em concordância com o Código Civil, o unido de facto não está nem na condição de herdeiro legítimo e nem de herdeiro legitimário.

Enquanto o herdeiro legitimário é aquele a quem tem uma quota que lhe é assegurada por lei na herança, qual seja, é indisponível e não pode ser objeto de herança testamentária, sendo garantido e tutelado pela lei a garantia do cumprimento de virem a herdar, no mínimo uma quota da herança; o herdeiro legítimo não tem os mesmos direitos e expectativas jurídicas, uma vez que só irão herdar o que não for disposto em testamento, não havendo qualquer garantia de que serão herdeiros, dependendo da vontade do titular dos bens⁹⁵.

Apesar de o unido de facto não estar numa das qualidades de herdeiro legalmente previstas, não exclui a possibilidade de ser herdeiro através da sucessão testamentária, bem como em ser titular de certos direitos decorrentes da morte do companheiro, a exemplo de direitos sociais, alimentares, relativos a casa de morada da família...

⁹³ “Todavia, o mesmo código reconhece ao concubinato natureza de relação familiar, quando estabelece no art. 1.708 que o concubinato do credor – do mesmo modo que o casamento, ou a união estável – faz cessar o dever de prestar alimentos. No mesmo sentido de reconhecimento da natureza familiar, o art. 1.803 estabelece que é lícita a deixa ao filho do concubino, quando também o for do testador.” – LÔBO, Paulo, *ob. cit. Direito civil: famílias...*, p. 170 e 171.

⁹⁴ AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família e das Sucessões*, 5.^a Ed. (Manuais Universitários), 2018, Almedina, p. 366 e 374.

⁹⁵ CAMPOS, Diogo Leite de, e CAMPOS, Mónica Martinez de, *Lições de Direito das Sucessões, Manuais universitários*, Edições Almedina S.A., Reimpressão 2018, p. 53 a 56.

Quanto aos efeitos sucessórios da união estável, enquanto o cônjuge é herdeiro necessário e fica em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, o companheiro é apenas herdeiro legítimo e caso esteja concorrendo com os descendentes e ascendentes, o companheiro só terá direito aos bens adquiridos onerosamente na vigência da relação. Caso esteja concorrendo com os colaterais até o quarto grau, só terá direito a um terço da herança⁹⁶. Isto quer dizer que, não sendo um herdeiro necessário, não tem direito a uma quota mínima assegurada como tem o cônjuge, que por sua vez é herdeiro necessário. No mais, apenas na falta de outros parentes sucessíveis é que terá direito a totalidade da herança (art. 1.790, IV do CCB de 2002). No entanto, em 2016 o STF (Supremo Tribunal Federal) decidiu que deve haver equiparação sucessória entre o casamento e a união estável, considerando o art. 1.790 do CCB de 2002 inconstitucional, pois não é legítimo desequiparar os cônjuges e os companheiros, para fins sucessórios. Hierarquizar as entidades familiares, seja ela formada pelo casamento ou formada pela união estável, é considerado inconstitucional.⁹⁷

Para todos os efeitos, é considerado inconstitucional a diferença relativamente aos regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, de modo que deverá ser aplicado o regime previsto no art. 1.829 do CCB de 2002 tanto ao casamento quanto a união estável. Logo, tudo que seja aplicável ao cônjuge acerca das sucessões, será aplicado também, no que couber, as uniões estáveis,⁹⁸ quais sejam, a ordem de vocação hereditária, as cotas, questões relativas ao regime de bens e a parte transmissível por herança aos herdeiros...

O art. 2020.º do CC, depois da redação de 2010, prevê que o membro sobrevivente da união de facto, pode exigir alimentos da herança do falecido a serem pedidos em até dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão sob pena de caducarem⁹⁹. O critério para definir o valor dos alimentos é o considerado como “mínimo decente”¹⁰⁰.

Além da prestação de alimentos, a Lei da União de Facto concede ao membro sobrevivente, em seu art. 5.º, o direito real de habitação da casa de morada da família pelo prazo mínimo de cinco anos, ou seja, caso a relação tenha durado mais do que cinco anos,

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice, DIAS, Maria Berenice, *ob. cit. Manual de Direito...*, p. 427 e 428.

⁹⁷ TARTUCE, Flávio, *ob. cit. Direito civil...*, p. 196.

⁹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *Novo curso de direito civil, volume 7 : direito das sucessões*, 6. Ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2019. p. 102 a 104.

⁹⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. cit. O Direito de Família...*, p. 669.

¹⁰⁰ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, - *Curso de Direito da Família – Volume I – Introdução Direito Matrimonial*, 5ª Edição, p. 97.

o direito real de habitação é estendido pelo período que durou a relação. Além do tempo mínimo garantido por lei, o tribunal, caso entenda como necessário, pode excecionalmente, prorrogar o prazo do direito de habitação¹⁰¹. Este direito está garantido tanto em caso de a moradia ser de propriedade exclusiva do falecido ou como se fosse caso de compropriedade. A diferença é que, caso trate-se de compropriedade, o direito é de uso exclusivo (art. 5.º, n.º 3 da LUF)¹⁰².

O direito de habitação sobre o imóvel e de uso sobre o respetivo recheio previstos no art. 5.º, n.º 1 da Lei n.º 7/2001, tem carácter alimentar e, portanto, tem um carácter personalíssimo, ou seja, não poderá ser alienado ou onerado, são absolutamente intransmissíveis conforme art. 1488.º do CC e é inafastável. Além disso, o unido de facto sobrevivente poderá continuar a habitar no imóvel, utilizar o recheio e aproveitar os frutos que por ventura sejam gerados.¹⁰³

Os requisitos para a concessão do direito real de habitação nos termos do art. 5.º, n.º 1, são: existência de uma união de facto válida e eficaz, pelo período mínimo de 2 anos; que a dissolução da união de facto tenha sido por morte de um de seus membros; é necessário que o falecido fosse titular exclusivo do imóvel e do respetivo recheio, ou ao menos tivesse compropriedade com o unido sobrevivente; não poderá o unido sobrevivente ter “casa própria” na área do concelho da casa de morada da família ou nos concelhos limítrofes quando se tratar do Porto ou de Lisboa.¹⁰⁴ Perderá este direito caso não habite o imóvel por mais de um ano, ressalvadas as hipóteses em que o unido sobrevivente não habitou o imóvel por causas alheias à sua vontade.

Terminado o período do direito de habitação, o n.º 7 do art. 5.º da LUF prevê a possibilidade de o membro sobrevivente ter o direito de arrendar o imóvel nos termos gerais de mercado, podendo o tribunal intervir nos termos contratuais quando houver desacordo entre as partes quanto ao que sejam “as condições do mercado” ou para definir os termos contratuais. Caso o imóvel vá a ser vendido, o membro sobrevivente exerce direito de

¹⁰¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. cit. O Direito de Família...*, p. 670.

¹⁰² COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 99.

¹⁰³ PEDRO, Rute Teixeira, “Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido”, In *Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 307 a 346.

¹⁰⁴ PEDRO, Rute Teixeira, *ob. cit. Breves reflexões...*, p. 307 a 346.

preferência pelo período em que permanecer no imóvel, seja pelo direito de habitação ou como arrendatário (art. 5.º, n.º 9 da LUF)¹⁰⁵.

Caso o imóvel fosse arrendado, com a morte do unido de facto arrendatário, transmite-se o direito de arrendar para o membro sobrevivente que convivia com o falecido, desde que tenham vivido como unidos de facto no imóvel há pelo menos um ano, redação dada pelo art. 1106.º, n.º 1, al. b) do CC. Porém, para que a união de facto possa produzir efeitos, é necessário no mínimo dois anos de duração, segundo art. 1.º, n.º 2, da LUF. Por tal razão, entendem os doutrinadores Guilherme de Oliveira e Francisco Pereira Coelho que é exigência primária que a relação tenha ao menos dois anos e que desses dois anos mínimos para que a relação produza efeitos, ao menos um ano tenha sido vivido no imóvel¹⁰⁶.

Este direito não pode ser afastado, nem pelo *de cuius*, nem pode dispor em testamento de forma incompatível com o instituto. Sendo assim, a Doutora Rute Teixeira Pedro chama o unido sobrevivente de *sucessível* forçoso. O companheiro sobrevivente, como já dito, não se enquadra em nenhuma categoria de herdeiro legal (legítimo ou legitimário), mas independente disso, terá garantidamente o direito previsto no art. 5.º da LUF, garantia esta que se impõe à vontade do unido proprietário do imóvel e portanto, inafastável.¹⁰⁷

Quanto ao direito real de habitação na união estável, apesar de o art. 1.831 do CCBBr de 2002 só outorgar ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação sobre o imóvel destinado a ser residência da família, a jurisprudência através da Lei 9.278/96, concede ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação nas mesmas condições que oferece ao cônjuge.¹⁰⁸

Caso a morte do unido de facto tenha decorrido em razão de uma lesão, pela redação do art. 495.º, n.º 3 do Código Civil, são devidos danos patrimoniais ao unido de facto sobrevivente caso o falecido prestasse alimentos àquele, pois trata-se de uma obrigação natural. Quanto aos danos não-patrimoniais, a lei 23/2010 incluiu o unido de facto no art. 496.º, n.º 3, vindo a poder ser um dos titulares da indemnização¹⁰⁹.

¹⁰⁵ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 100.

¹⁰⁶ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 100 e ss.

¹⁰⁷ PEDRO, Rute Teixeira, *ob. cit. "Breves reflexões..."*, p. 307 a 346.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice, *ob. cit. Manual de Direito...*, p. 427 e 428.

¹⁰⁹ CRUZ, Rossana Martinago, *ob. cit. União de facto...*, p. 590.

Apesar disso, caso a lesão não cause a morte de um dos parceiros, mas o torne inválido, dificulte a relação e modifique a vida conjugal, se casados fossem haveria a possibilidade de serem concedidos danos não patrimoniais reflexos ao cônjuge de quem fora vítima da lesão, todavia o mesmo não se aplica aos unidos de facto. É assim pelo facto de que as uniões de facto não estão sujeitas aos mesmos deveres do casamento e, portanto, a lesão causada a um dos parceiros não impediria o cumprimento de quaisquer deveres. Sendo assim, os danos não patrimoniais reflexos devidos ao cônjuge da vítima que ficou com graves sequelas é devido pelo fator principal de impedir os deveres mútuos que os cônjuges têm um com o outro¹¹⁰.

Para mais, é garantido por lei ao unido sobrevivente direito ao subsídio por morte e à pensão de sobrevivência, nos casos em que o falecido era agente da Administração Pública ou da Administração Regional ou Local. Há também o direito às prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, bem como às pensões de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País. Quanto ao art. 251.º, n.º 2 do Código do Trabalho, permite ao trabalhador faltar justificadamente cinco dias consecutivos por falecimento da pessoa com quem vivia em união de facto¹¹¹.

2.6. Conclusões

Vê-se até aqui as diferenças entre os dois regimes, e a importância de definir qual deles será o aplicável a determinadas situações, uma vez que cada um irá produzir efeitos diferentes do outro. Em ambos os institutos, o seu início e seu fim não exigem quaisquer formalidades, só se recorre ao judiciário para decidir sobre efeitos patrimoniais ou outros direitos, de modo que o tribunal reconhece a união e lhe atribuir efeitos, mas não a dissolve, pois já está dissolvida, apenas serão decididos os efeitos patrimoniais e outros direitos cabíveis.

Temos que louvar certas medidas, mas também reprovar outras, além de reconhecer que cada regime foi feito para estar adequado ao seu povo e território. A união estável no Brasil tem os mesmos direitos de um casamento, no entanto, os conviventes não têm de passar pelas mesmas formalidades. Ora, se não é preciso passar pelo processo

¹¹⁰ PEDRO, Rute Teixeira, “Os danos não patrimoniais (ditos) indiretos: uma reflexão *ratione personae* sobre a sua ressarcibilidade”, in *Encontrado em Responsabilidade Civil: cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil, sob a coordenação de Mafalda Miranda Barbosa e Francisco Muniz*, Edição: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017 p. 239 a 269.

¹¹¹ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 105 e ss.

de habilitação e não é preciso pagar pelos serviços cartorários, por que haveria de as pessoas se casarem quando podem estar unidas de facto e terem os mesmos direitos de pessoas casadas? A questão é que o crescente número de casais em união estável resultou na “aceitação social do instituto.”¹¹²

Maria Berenice Dias traz um ponto importante, qual seja, a institucionalização de um instituto que nasce de um facto. O ponto principal das uniões factuais é exatamente não precisar de formalidades. Institucionalizá-la e equipará-la ao casamento, é dar ao Estado um maior controle estatal sobre a vida pessoal de pessoas que optaram por uma via factual exatamente para fugir de questões patrimoniais que estão associadas ao casamento e por querer deliberar mais livremente quanto a vida privada sem que para tanto o Estado tenha de se pronunciar sobre todos os aspetos e regulá-lo em tudo. Algo que era para ser construído no íntimo e na privacidade do casal, tem quase tantas regras quanto existem para o casamento.

Por outro lado, deve-se observar que no Brasil há inúmeras razões para um casal se unir factualmente, já que, para muitos o casamento pode ser algo inacessível, seja por questões culturais, monetárias, desconhecimento quanto aos efeitos do instituto e seus requisitos, por haver impedimentos quanto a sua realização, enfim, são inúmeros fatores que justifiquem a opção por uma relação de facto e não pelo casamento. As pessoas podem unir-se numa vida comum, terem filhos, construir uma vida a dois e entenderem que desta forma estão casados sem que nunca tenham passado por qualquer ato ou processo habilitante. Mas também é verdade que há pessoas que simplesmente se unem numa relação factual por não quererem intervenção estatal, e mesmo assim gozam de todos os direitos de pessoas casadas.

Pensando assim, o legislador para resguardar certos interesses patrimoniais e evitar que um dos membros da união estável fique desfavorecido em relação ao outro por serem conviventes em razão dos motivos citados acima (impedidos de casar, questões culturais, monetárias...), creio eu, optou por equiparar o casamento às uniões de facto para que em caso de dissolução por morte ou rutura, o unido sobrevivente não ficasse desamparado em relação ao patrimônio só por não ter se casado.

Já em Portugal, é perceptível a razão pela qual a união de facto não está equiparada ao casamento. Em primeiro lugar, como já dito várias vezes, não gera os mesmos direitos

¹¹² GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *ob. cit.* Novo curso de v.6..., p. 474.

pois não impõe os mesmos deveres. Em segundo lugar, o casamento em Portugal é permitido para todos os tipos de relação, excecionados alguns poucos casos, de modo que não haveria razões para se unir factualmente quando se pode casar, isto quer dizer que, quem opta pela união de facto o faz sabendo que não terá os mesmos direitos de uma pessoa casada porque não terá os mesmos deveres e nem passará pelas mesmas formalidades, e por isso abre mão de ter um regime de bens, de ser um herdeiro... Apesar de alguns direitos do casamento lhes serem garantidos, a união de facto ainda é muito limitada quando comparada ao casamento. Essas várias formas de casamento previstas no Direito português (católico, laico, homossexual...), são uma forma de a lei “investir no Direito Matrimonial”, uma vez que o casamento ainda é o instituto preferível entre os portugueses, segundo dados de 2015 levantando pelo Doutor Jorge Duarte Pinheiro.¹¹³

Quem opta pela união de facto pode ter inúmeras motivações, quais sejam, podem querer ter uma convivência pré-matrimonial, de modo que querem se casar mas há um impedimento temporário a este; ou quando não querem mesmo se casar e se manter afastados da intervenção estatal; ou pela zona em que vivem em que é indiferente estar ou não casado; pelo desconhecimento; ou mesmo porque ao casarem podem perder certas vantagens que recebia.¹¹⁴ Optar pela união de facto é querer que os efeitos gerados por esta relação não serão tutelados pelo direito, caso fosse este o objetivo, deveriam optar pelo casamento sofrendo intervenção estatal e tutela jurídica.¹¹⁵

É possível fazer um questionamento acerca das sucessões, uma vez que no Brasil o companheiro é herdeiro e em Portugal não. Ocorre que, em Portugal a justificativa é a de que, caso a pessoa queira que o seu companheiro herde, deve deixar em testamento o que acha que deve herdar o unido sobrevivente, claro, observando a legítima em caso de herdeiros legitimários. No entanto, testamento no Brasil não é nada comum, tem-se a crença do agouro, dispor sobre a última vontade é atrair a morte. Logo, se o companheiro sobrevivente não estivesse na condição legal de herdeiro, provavelmente não teria nada, já que fazer testamentos não é algo comum.

Visto a diferença entre os regimes, cabe agora determinar, através das regras de direito internacional privado, qual dos dois regimes seria aplicável num contexto de uma

¹¹³. PINHEIRO, Jorge Duarte, “Perspectivas de evolução do Direito da Família em Portugal”, in *Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 347 a 366.

¹¹⁴ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 58 a 60.

¹¹⁵ COELHO, Francisco Brito Pereira, *ob. cit. “Os factos do casamento...”*, p. 77 a 106.

relação constitucional. Caso seja o direito brasileiro o aplicável, sabe-se que os membros da união estável terão direito a um regime de bens, serão considerados herdeiros, tem deveres que lhes são impostos. Já em caso de ser a lei portuguesa a aplicável, não haverá um regime de bens, as questões patrimoniais deste casal serão resolvidas pelas regras gerais de direito civil, ou podem ser resolvidas através de um contrato de coabitação caso tivesse sido firmado; não serão herdeiros um do outro, mas terão direito a uma pensão de alimentos e outros direitos ligados a casa de morada da família.

3. UNIÃO DE FACTO E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DE FONTE INTERNA

3.1. Lei aplicável

Depois de falar sobre o instituto da união de facto e da união estável, percebe-se que em muitos pontos são muito diferentes, por tal, é importante definir qual será a lei aplicável e o tribunal competente para conhecer e julgar um litígio proveniente de uma união fáctica quando houver mais de um elemento de conexão.

É importante mencionar que existem três aspectos no direito internacional privado que são primordiais para conduzi-lo a um ponto de convergência e harmonia. São eles a jurisdição, ou seja, que tribunal tem a competência para ouvir e conduzir o caso; a lei aplicável, qual seja, que lei será utilizada pelo tribunal competente; por fim, o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras. Quanto a estas aspectos, a União Europeia tem feito grandes esforços e medidas como forma de atingir esta tal convergência e harmonia do direito internacional privado¹¹⁶.

Para o Doutor Rui Moura Ramos, existem três fontes principais do Direito de Família Internacional. O primeiro deles é uma *constitucionalização*¹¹⁷ do direito de família internacional, que seria, resumidamente, seria uma forma de sensibilizar o direito internacional quando aos princípios constitucionais, ou seja, certos princípios e valores constitucionais devem ser transparecidos no direito internacional privado, conferindo um certo *status* constitucional. Contudo, há de se fazer uma diferenciação entre o direito internacional privado e o público em dois principais aspetos: o primeiro é voltado para

¹¹⁶ CALSTER, Geert van, *European Private International Law*, second Editions, Published by Hart Publishing, 2016, Portland, Oregon, p. 1 e 2.

¹¹⁷ RAMOS, Rui Manuel Moura, “O Direito Internacional Privado da Família nos inícios do século XXI: uma perspectiva europeia”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coordenado por Guilherme de Oliveira, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 381 e ss.

partes privadas e não Estados e que deve funcionar primeiro em ambientes domésticos, ou seja, cortes domésticas e não, a princípio, já em cortes internacionais¹¹⁸.

A segunda fonte seria um processo de *internacionalização*¹¹⁹, seria um meio de trazer mais visibilidade e importância ao direito internacional saindo da esfera de um Estado nacional, de modo que surjam normas de DIP que se sobrepõem às regras de conflito internas, como a Convenção da Haia.

Por fim, a última fonte seria o processo de *europeização*¹²⁰ pela qual passa o direito internacional. A europeização, por sua vez, funciona como uma tentativa de unificar a legislação europeia vinculando os Estados membros a um corpo normativo que regula tais questões familiares dentro do contexto internacional, abrindo mão, portanto, das normas internas referentes ao direito internacional e passando a utilizar normas internacionais europeias para dirimir conflitos de família com o intuito de uniformizar a jurisprudência e dar compatibilidade as normas aplicadas pelos Estados membros quanto a conflitos de lei e jurisdição. A título de exemplo podemos citar o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis), ou Regulamento (UE) n.º 1259/2010 (Roma III), ou o Regulamento (UE) 1104/2016 que será abordado mais adiante.

Dito isto, nota-se que há uma grande europeização do Direito da Família, em que há cada vez mais Regulamentos europeus voltados ao Direito da Família, com a intenção principal de unificar as regras de conflito e facilitar sua resolução. Sendo assim, é possível enxergar já um número razoável de Regulamentos europeus relativos ao Direito da Família, dentre eles: o Regulamento (UE) n.º 1259/2010 relativos à lei aplicável ao divórcio e separação; os efeitos patrimoniais das parcerias registadas no Regulamento (UE) n.º 2016/1104; o Regulamento (UE) n.º 650/2012 relativo à sucessão por morte.¹²¹

Até o ano de 2019 as uniões de facto não tinham regras de conflitos específica, de modo que os arts. 52.º, 53.º e 54.º do Código Civil, que são previstos para o casamento, eram utilizados de forma analógica para solucionar as lacunas provenientes de conflitos internacionais envolvendo às uniões de facto.¹²² Todavia, o Regulamento (UE) n.º

¹¹⁸ CALSTER, Geert van, *ob. cit. European Private...*, p. 1 e 2.

¹¹⁹ RAMOS, Rui Manuel Moura, *ob. cit.* “O Direito Internacional...,” p. 385 e ss.

¹²⁰ RAMOS, Rui Manuel Moura, *ob. cit.* “O Direito Internacional...,” p. 395 e ss.

¹²¹ MOTA, Helena, “O presente e o futuro das relações familiares e sucessórias internacionais no Direito da União Europeia. Um ponto da situação”, in *RED – Revista Electrónica de Direito*, 2015, p. 4 e 5.

¹²² “Mas não é de excluir a aplicação analógica, quando as semelhanças com o casamento o justifiquem. Assim, designadamente, os arts. 52.º e 53.º do CC, que determinam o Direito aplicável às relações entre os cônjuges e à substância e efeitos das convenções antenupciais e do regime de bens, poderão, *nesta hipótese*,

2016/1104 do Conselho, de 24 de junho de 2016 que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas, passou a produzir efeitos desde 29 de janeiro de 2019.

Isto quer dizer que as parcerias ou as ações processuais iniciadas antes de 29 de janeiro de 2019, ou parcerias que não são registadas, não são submetidas a apreciação do Regulamento, por isso, remete-se para as regras de DIP internas prevista nos arts. 52.º, 53.º e 54.º do Código Civil, que tem aplicação analógica para a união de facto, em razão da ter certa similaridade com o instituto do casamento.¹²³ Para as relações iniciadas antes de 29/01/2019, o Regulamento abre a possibilidade de escolher a lei aplicável, dentro dos parâmetros do Regulamento, e ainda de que a decisão judicial seja reconhecida e executada pelos órgãos jurisdicionais dos Estados Membros, caso tenha sido proferida a partir desta data¹²⁴.

Apesar do Regulamento n.º 2016/1104, não podemos esquecer os arts. 52.º, 53.º e 54.º do CC, uma vez que, o regulamento citado só passou a produzir efeitos em 2019, antes desse lapso temporal, o direito português era quem cuidava da matéria ampliando a extensão dos artigos para enquadrar as uniões de facto. Além da questão relativa ao lapso temporal, o Regulamento aplica-se apenas as uniões registadas, logo, as que não são registadas como as uniões portuguesas, estão fora do âmbito de aplicação do Regulamento, devendo-se aplicar o Código Civil no que couber¹²⁵. Logo, antes de tratar sobre o Regulamento n.º 2016/1104, é importante falar sobre os arts. 52.º, 53.º e 54.º do CC.

Sendo assim, o art. 52.º do CC diz: 1) Salvo o disposto no artigo seguinte, as relações entre os cônjuges são reguladas pela lei nacional comum. 2) Não tendo os cônjuges a mesma nacionalidade, é aplicável a lei da sua residência habitual comum e, na falta desta, a lei do país com o qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas.

ser aplicados analogicamente à união matrimonial de facto.” – PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado, Volume II, Direito de Conflitos, Parte Especial*, Coleção manuais universitários, 2015, 4ª Edição Refundida, p. 644.

¹²³ PAIS, Sofia Oliveira e SOUSA, António Frada de, *ob. cit.* “A união de facto...,” p. 693 a 752.

¹²⁴ MOTA, Helena, *Casamento e património nas relações privadas internacionais*, Edições Almedina, S.A., Coleção monografias, 2020. p. 50 e 51.

¹²⁵ MOTA, Helena, “Os efeitos patrimoniais do casamento e das uniões de facto registadas no Direito Internacional Privado da União Europeia. Breve análise dos Regulamentos (UE) 2016/1103 e 2016/1104, de 24 de Junho”, in *RED, Revista Eletrónica de Direito*, 2017, p. 8 e 9.

O n.º 1 manda aplicar a lei da nacionalidade que seja comum a ambos e em sua falta, de forma subsidiária, aplica-se o n.º 2 do qual podemos extrair que o elemento de conexão está mais intimamente ligado aos laços que a vida familiar apresente com a legislação daquele Estado, ou seja, a “lei que tenha uma ligação mais significativa com a situação concreta.”¹²⁶

Quanto a opção do legislador pela “lei nacional comum”, sugere a ideia de uma estreita ligação da pessoa com a lei do qual é nacional, todavia, o Doutor Rui Manuel Moura Ramos diz que este modo *clássico*, ou seja, uma unidade do estatuto pessoal está sendo de certa forma abandonado por não ser a única e principal forma de demonstrar uma estreita ligação que o justifique, ou seja, não é necessariamente uma ligação estreita com a pessoa e sua vida familiar.¹²⁷ Uma das razões se deve a crescente plurinacionalidade proveniente de uma crescente vida internacional, o que por si já coloca dificuldades em se determinar a lei especial. Sendo assim, o legislador vem abandonando a unidade do estatuto pessoal para sustentar uma fragmentação deste estatuto.

Nos casos em que os cônjuges tenham uma dupla nacionalidade que são comuns a ambos e uma delas é a nacionalidade portuguesa, aplicar-se-ão os arts. 27.º e 28.º da Lei da Nacionalidade, qual seja, a lei aplicável será a portuguesa¹²⁸.

O conceito do n.º 2 que diz “a lei do país com a qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexa”, demonstra uma flexibilização num sistema de conexões rígidas, numa tentativa do legislador de encontrar uma conexão que seja comum aos dois cônjuges, ficando a cargo do juiz interpretar o caso e escolher a lei que ache que melhor se adegue. Em casos extravagantes, é possível e justificável que este critério tenha prioridade (ainda que os cônjuges tenham a mesma nacionalidade ou a residência habitual comum), desde que fique demonstrado que a vida familiar apresenta laços estreitamente mais conexos com determinada ordem jurídica.¹²⁹

¹²⁶ PINHEIRO, Luís de Lima, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 653.

¹²⁷ “Por outro lado, também a conexão nacionalidade deixou de ser vista como uma conexão que traduzia necessariamente uma ligação estável da pessoa (que dela constitui o suporte) ao sistema jurídico que a contava no elenco dos seus nacionais, e isto pelo efeito conjugado do incremento da circulação internacional das pessoas como das alterações nos últimos tempos introduzidos ao direito da nacionalidade; ao não ser expressão dessa ligação estreita que constitui o cerne do princípio da proximidade, a nacionalidade perdeu assim as virtudes localizadoras que tinham justificado o favor de que havia inicialmente gozado como elemento de conexão em sede de relações familiares.” - RAMOS, Rui Manuel Moura, *ob. cit. O Direito Internacional...*, p. 412 e ss.

¹²⁸ MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 66.

¹²⁹ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 841 e 842.

Isto quer dizer que, de forma subsidiária, caso as duas primeiras formas de conexão (lei da nacionalidade comum e a lei da residência habitual comum) não se possam concretizar por qualquer impossibilidade, fica a critério do órgão jurisdicional a escolha da lei aplicável, desde que guarde uma relação com o casal¹³⁰.

Dito isto, na hipótese de haver dois brasileiros, unidos de facto, a residir em Portugal, pela regra do art. 52.º do CC, tendo ambos a mesma nacionalidade, aplica-se a regra do n.º 1, a lei nacional comum, que seria, neste caso a lei brasileira. Contudo, caso um dos membros desta união fosse português, seria aplicado o n.º 2, já que não haveria mais o elemento da nacionalidade comum. Neste caso, então, seria aplicável a lei portuguesa, já que a residência habitual está fixada em território português. Excecionalmente, caso o juiz entenda haver conexão mais estreita com a ordem jurídica brasileira, então seria esta a lei aplicável.

Já o art. 53.º do CC diz: 1) A substância e efeitos das convenções antenupciais e do regime de bens, legal ou convencional, são definidos pela lei nacional dos nubentes ao tempo da celebração do casamento. 2) Não tendo os nubentes a mesma nacionalidade é aplicável a lei de sua residência habitual comum à data do casamento e, se esta faltar também, a lei da primeira residência conjugal. 3) Se for estrangeira a lei aplicável e um dos nubentes tiver a sua residência habitual em território português, pode ser convencionado um dos regimes admitidos neste código.

A aplicação do n.º 1 tem preferência relativamente ao n.º 2, que tem aplicação subsidiária na falta do elemento de conexão previsto no n.º 1, qual seja, a lei nacional dos nubentes à época da celebração do casamento. Logo, caso não tivessem a mesma nacionalidade ao tempo da celebração do casamento, aplica-se a regra prevista no n.º 2 de forma residual.

Com relação ao art. 53.º, há um ponto importante, ele está voltado ao regime de bens a às convenções antenupciais e seus efeitos. A união de facto prevista no regime jurídico português não contempla qualquer regime de bens, contudo, o regime brasileiro da união estável sim, logo é importante determinar a lei aplicável em se tratando de questões relacionadas ao regime de bens.

¹³⁰ MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 68 a 70.

Como a substância e os efeitos do regime de bens serão definidos pela lei nacional comum, caso se trate de dois brasileiros, o regime de bens será regulado pela lei brasileira, qual seja, os arts. 1.639 e ss. do CC de 2002, conforme art. 53.º, n.º 1 do Código Civil português. Contudo, caso os unidos de facto não tivessem a mesma nacionalidade, será a lei da residência habitual comum à data da celebração da união, conforme o art. 53.º, n.º 2. Contudo, há aqui um problema já que as uniões, tanto de facto quanto a estável, não tem um ato jurídico que marca seu início ou que a formalize, ela simplesmente inicia-se de uma situação de facto e estando os requisitos cumpridos, passará a produzir efeitos.

Para solucionar este caso, entendo que, em se tratando destas relações factuais, já que não existe uma celebração em si que marca seu início para determinar a residência habitual comum, deve ser entendida como a lei da residência habitual comum à época em que fora iniciada uma relação válida nos termos da lei respetiva (no caso da união estável brasileira, quando estiverem preenchidos os requisitos do art. 1.723 do CC de 2002. Com relação a união de facto, após dois anos e não sendo caso das exceções previstas no art. 2.º da Lei n.º 7/2001), ou seja, seria a lei da residência habitual à época em que a união de facto passou a produzir efeitos, o que marca seu início, considerando como uma “celebração de facto”.

Neste caso, se à época da “celebração de facto”, ou seja, quando a união iniciou validamente e passou a produzir efeitos jurídicos, se os unidos viviam no Brasil, então será a lei brasileira a aplicável, caso em que o regime de bens aplicável às uniões estáveis será regulado pela lei brasileira, assim como a partir de que momento esta união passa a produzir efeitos. Todavia, se a união de facto fora “celebrada” em Portugal (momento em que passou a produzir efeitos segundo a Lei n.º 7/2001), local da residência habitual, não haveria regime de bens aplicável a esta parceria, caso em que o art. 53.º ficaria sem efeito. Esta é a solução plausível encontrada haja vista que os arts. 52.º, 53.º e 54.º são aplicáveis ao casamento, sendo analogicamente aplicáveis às uniões de facto no que couber e com as devidas adaptações. Neste caso, a adaptação teve de ser com relação ao momento da celebração do casamento, onde deve-se ler, momento em que a união iniciou validamente (passou a produzir efeitos).

Quanto as parcerias registadas não há esse problema para determinar seu marco inicial, já que como é requisito essencial para este tipo de relação o registo perante autoridade pública do Estado, seu marco inicial (ou “celebração”) será marcado pela data do registo. Diferentemente são as uniões de facto e as uniões estáveis que não há um ato

formal que marque seu início como no casamento ou na parceria registada, de modo que se pode interpretar como “celebração” o momento em que a união é reconhecida como válida e eficaz e passa a produzir seus efeitos. É importante definir este termo inicial para fins de determinação da lei aplicável conforme as regras de DIP, que a princípio são aplicáveis ao casamento, mas extensivamente e com as devidas adaptações, aplicam-se as uniões factuais em razão da lacuna jurídica no direito internacional privado para solucionar conflitos internacionais envolvendo estas relações. Para as uniões registadas, no que concerne aos efeitos patrimoniais, aplica-se o Regulamento (UE) n.º 2016/1104.

Com relação ao n.º 3, quando a lei aplicável for uma lei estrangeira em razão da aplicação do n.º 1 ou 2, e um dos nubentes tiver residência habitual em Portugal, é permitido as partes convencionar um dos regimes previstos no direito material português, ou seja, fica restrito à lei portuguesa e aos regimes previstos nos arts. 1721.º a 1736.º do CC, além de que um dos nubentes deve ter a residência habitual em Portugal e a lei estrangeira ter sido a eleita como aplicável ao caso¹³¹. No caso do n.º 3 do art. 53.º ficaria sem efeito com relação às uniões de facto, já que o direito português não prevê um regime de bens para este tipo de relação, é instituto exclusivo do casamento.

Algo que se percebe portanto no art. 52.º e no art. 53.º é a quebra da unidade do estatuto pessoal em razão dos regulamentos europeus, como já mencionado pelo Doutor Moura Ramos, de que o legislador está abandonando a unidade do estatuto pessoal para sustentar uma fragmentação deste estatuto, de modo que não fica mais restrito ao critério clássico de escolha da lei nacional como única forma de ligação mais estreita com a relação familiar¹³², mas há outras opções, utilizando outros critérios como pela lei da residência habitual ou pela lei do domicílio, ou mesmo a escolha da lei pelas partes dando-lhes maior autonomia, mas desde que sempre mostre maior relação, conexão e adequação ao caso.

O n.º 2 demonstra uma conexão fixa, pois remete ao momento do casamento e em sua falta, a primeira residência habitual quando já estavam casados. O n.º 3, por sua

¹³¹ MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 72.

¹³² “A consequência deste movimento na paisagem apresentada pelo direito internacional privado da família contemporâneo é assim, além da já referida fragmentação da antiga noção de estatuto pessoal, por um lado, a multiplicação dos suportes (o pai, a mãe, o filho) da conexão a que se reconhece esta natureza, por outro a crescente substituição da residência habitual à nacionalidade (como, de resto, também ao domicílio), e, finalmente, o cada vez maior relevo nesta sede reconhecido à autonomia das partes.” - RAMOS, Rui Manuel Moura, *ob. cit. O Direito Internacional...*, p. 412 e ss.

vez, retrata um caráter convencional pois trata-se, de certa forma, de uma manifestação de vontade das partes.¹³³

Enquanto o art. 52.º é um elemento de conexão móvel, ou seja, quer dizer que para determinar a lei aplicável importa a verificação da época dos factos que estão a ser discutidos, o art. 53.º trata-se de um elemento de conexão imóvel, uma vez que, independentemente das circunstâncias que venham a ocorrer no futuro, a legislação aplicável sempre estará imobilizada a um determinado lugar.¹³⁴

O art. 53.º tem uma conexão fixa ou imóvel em razão do caráter convencional, ou seja, as partes podem escolher e determinar certas características patrimoniais que irão moldar a relação patrimonial, e para tanto, baseiam-se e determinam estas características levando em conta um certo sistema jurídico, pelo que, se a conexão fosse móvel como a do art. 52.º não traria uma segurança jurídica para praticar ou celebrar certos atos baseados numa determinada legislação para num futuro ser outra lei a responsável por tais atos.¹³⁵

Como o art. 53.º é de caráter fixo por demonstrar uma preocupação com as expectativas das partes e para que se crie uma certa estabilidade em seu estatuto patrimonial, o 52.º se encaixa melhor uma conexão móvel pois trata-se do regime primário com os quais a vontade dos cônjuges não pode concorrer¹³⁶.

Isto quer dizer que, na grande maioria dos casos, não só em Portugal, o elemento de conexão ligado ao regime matrimonial é móvel: residência habitual, nacionalidade, escolha de lei. O elemento de conexão imóvel relacionado aos regimes matrimoniais são exceções. Contudo, pode ocorrer de um sistema jurídico ter um sistema imobilizado, mas que pode vir a se tornar móvel por vontade das partes.¹³⁷

Outra característica importante desses arts. 52.º e 53.º, é a de determinar quando se trata de um “regime primário” ou residual. Enquanto o art. 53.º aplica-se aos casos ligados ao regime de bens e do que dele dependa, o art. 52.º é para os demais casos, coisas

¹³³ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 840.

¹³⁴ PINHEIRO, Luís de Lima, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 653 e 654.

¹³⁵ “impedindo uma sucessão de estatutos nesta matéria, procura assegurar o respeito pelas expectativas que as partes podiam ter tido ao celebrarem o casamento, de acordo com a vontade que estas teriam expressa ou tacitamente manifestado” – BAPTISTA, Machado, p. 408, in “Lições de direito internacional privado”, COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 838.

¹³⁶ MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 62 e 63.

¹³⁷ MOTA, Helena, “Algumas considerações sobre a autonomia da vontade conflitual em matéria de efeitos patrimoniais do casamento”, In *Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Editora, 2003, p. 305 a 330.

comuns aplicáveis a todos os casamentos, normas imperativas, sendo, portanto, do regime primário.¹³⁸

Isto quer dizer que, enquanto o art. 52.º trata da generalidade das relações entre os cônjuges aplicáveis a generalidade dos casamentos, daí ser primário, o art. 53.º tem um carácter mais residual, ficando responsável apenas pelo que envolva o regime de bens e do que dele derive, e das convenções antenupciais.¹³⁹ Tudo que seja de efeito pessoal do casamento e de efeito patrimonial do casamento sem que tal relação não dependa de qualquer regime de bens, aplica-se o art. 52.º.

Ou seja, o art. 52.º determinará a lei aplicável para as relações entre os cônjuges excecionadas as relações que tratem sobre os efeitos da convenção antenupcial e do regime de bens, legal ou convencional, pois neste caso, aplica-se a lei prevista nos moldes do art. 53.º Logo, matérias relativas a administração dos bens, poderes de disposição sobre os bens, dívidas conjugais, etc..., aplica-se o art. 52.º. Sendo assim, o art. 53.º está mais voltado às normas que dizem respeito aos direitos dos cônjuges sobre seu património e sua organização, o art. 52.º não tem qualquer relação com o regime de bens e são consideradas relativamente neutras quanto ao funcionamento, organização e planeamento deste património.¹⁴⁰ Eleita a lei aplicável nos termos do art. 52.º e 53.º, ela deve tratar apenas dos efeitos pessoais e patrimoniais das relações de facto, não podendo negar a aplicação da lei que fora eleita pelos arts. 52.º e 53.º como aplicável em razão de esta lei reconhecer efeitos diferentes aos da lei nacional.¹⁴¹

O art. 52.º regula, não só, matérias pessoais como também questões patrimoniais, todas as questões “cuja solução não é posta na dependência do particular regime de bens (legal ou convencional) do casamento, mas antes vale de igual modo para todas as uniões matrimoniais”. Logo, são do âmbito de aplicação deste, questões como os deveres do casamento, direito a alimentos, administração dos bens do casal.... Enquanto o art. 53.º determinam questões relativas ao regime patrimonial e do que dele dependa, como as

¹³⁸ “Segundo o critério de delimitação que tem sido defendido pela maioria dos autores, são reconduzíveis ao art. 52.º CC as normas que se aplicam a todos os casamentos (critérios de generalidade e imperatividade) ao passo são reconduzíveis ao art. 53.º do CC as normas que só dizem respeito a certo ou certos regimes de bens e que, por isso, podem ser afastadas pelos nubentes. Também são reconduzíveis ao art. 53.º do CC as normas que limitam a liberdade de estipulação de regime de bens (como os arts. 1718.º e 1720.º CC) PINHEIRO, Luís de Lima, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 654 e 655.

¹³⁹ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 837.

¹⁴⁰ MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 60 a 62.

¹⁴¹ PAIS, Sofia Oliveira e SOUSA, António Frada de, *ob. cit. “A união de facto...”*, p. 693 a 752.

regras de partilha. São, portanto, disposições que não são comuns a todos os casamentos, serão definidas a partir do regime matrimonial.¹⁴²

Ou seja, mesmo que o regime da união de facto portuguesa e da união estável brasileira sejam diferentes, se for a lei brasileira a aplicável, esta não pode ser afastada por ter seu direito material relativo às uniões factuais diferente do regime português que regula tais relações. A não ser que se entenda que a aplicação do regime brasileiro, por equiparar a união estável a um casamento e garantir praticamente os mesmos direitos, viole o Princípio da Ordem Pública internacional previsto no art. 22.º do CC português. Neste caso, por ser o regime brasileiro incompatível com o regime jurídico português a ponto de afetar sua ordem jurídica interna, afasta a aplicação da lei brasileira para aplicar a lei portuguesa, que seria considerada mais apropriada.

O art. 22.º do CC, diz que: 1. Não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa aos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português. 2. São aplicáveis, neste caso, as normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente ou, subsidiariamente, as regras de direito interno português.

A ordem pública nada mais é que “um limite excecional à aplicação da lei estrangeira competente”. Não basta que o direito estrangeiro seja apenas diferente do direito nacional, este direito estrangeiro deve afrontar diretamente a ordem pública interna de modo que a aplicação de direito estrangeiro violaria direitos fundamentais, inclusive no âmbito do direito da família, quando o direito estrangeiro fere os direitos garantidos aos cônjuges na ordem jurídica interna.¹⁴³

A exemplo disso, o Estado Português celebra casamento de pessoas do mesmo sexo ainda que a lei da sua nacionalidade não admita tais casamentos, justificando o ato com base na ordem pública internacional.¹⁴⁴ Contudo, o Doutor Luís de Lima Pinheiro,

¹⁴² MACHADO, João Baptista, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.º Edição, actualizada (reimpressão), Editora Almedina, p. 403 a 413.

¹⁴³ “No caso concreto do reconhecimento de sentenças estrangeiras de divórcio em que os fundamentos do direito português ou violam até princípios fundamentais, como será o caso do repúdio da mulher, assim como na atribuição de direito patrimoniais dependentes da validade de um casamento poligâmico, há também que distinguir entre as situações a constituir e as situações a reconhecer no Estado do foro, hipótese em que a intervenção da OPI será atenuada.” MOTA, Helena, “A ordem pública internacional e as (novas) relações familiares internacionais. Análise do Despacho n.º 87/2010, de 19 de Julho, do Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado”, In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*, Almedina, 2012, p. 261 a 284.

¹⁴⁴ PINHEIRO, Luís de Lima, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 648.

faz uma ressalva quanto a esta cláusula, baseado no “turismo matrimonial”¹⁴⁵ haja vista a facilidade de se realizar o casamento quando a cláusula deveria ser aplicada em casos excepcionais e que ferem diretamente os arts. 13.º e 15.º da Constituição Portuguesa, que trata sobre o princípio da igualdade e da equiparação respetivamente. Outro exemplo, conforme já citado, é afastar a aplicação da lei brasileira relativa às uniões estáveis, por violar a Constituição portuguesa equiparando uma união de facto a um casamento atribuindo os mesmos direitos sendo institutos materialmente diferentes, e por consequência ferindo a ordem jurídica interna, para aplicar a legislação portuguesa.

O art. 54.º do CC, por sua vez, trata sobre a possibilidade de alteração do regime matrimonial e remete para o art. 52.º, ou seja, a alteração do regime de bens só será possível caso a lei nacional comum (n.º1) o permita, ou na falta da lei nacional comum, aplica-se o n.º 2 do art. 52.º (lei da residência habitual comum e na sua falta, a lei com a qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas). Isto quer dizer que se a lei que será aplicável ao caso em razão dos critérios previstos no art. 52.º permitir a mudança do regime de bens, o regime poderá ser alterado uma vez que a lei eleita para regular o caso assim o permite.¹⁴⁶ A mudança do regime de bens, portanto, só será permitida, se a lei a qual remete o art. 52.º permitir tal mudança, ainda que a lei portuguesa não permita.¹⁴⁷

Porém, deve-se atentar para o caso de que, mesmo que a lei nova a ser aplicada (a da nova residência habitual) permita a mudança no regime de bens, a escolha do regime deve ser feita baseada na lei anterior (da antiga residência habitual), qual seja, fica restrito a escolher um regime de bens - inclusive aplicação dos regimes legais obrigatórios, quando for o caso - que seja previsto na lei da residência habitual à época da celebração do casamento (lei que definiu ou a partir da qual foi escolhido o regime de bens inicial). A nova lei aplicável serve apenas para permitir a escolha de um novo regime, mas só se pode escolher dentre as opções dadas pela antiga lei aplicável¹⁴⁸.

¹⁴⁵ “A cláusula especial de ordem pública internacional formulada no Despacho não respeita a excepcionalidade da ordem pública, visto que a admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo não é imposta pela constituição (e designadamente, pelo art. 13º), como o Tribunal Constitucional já teve ocasião de decidir, nem constitui um princípio fundamental estruturante da ordem pública portuguesa que se tenha sedimentado e consolidado num setor importante desta ordem jurídica. Diferentemente, trata-se de uma opção político-legislativa recente e bem delimitada em matéria de Direito privado, que não se reveste destas características.” - PINHEIRO, Luís de Lima, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 648 e 649.

¹⁴⁶ MOTA, Helena, “A lei aplicável à modificação do regime de bens. Anotação ao acórdão do STJ de 12.09.2006”, in *Separata da Revista da Faculdade de Direito do Porto*, A. VIII, n.º 1, 2011, p. 303 a 314.

¹⁴⁷ MACHADO, João Baptista, *ob. cit. Lições de Direito...*, p. 403 a 413.

¹⁴⁸ “Assim, se o casal italo-alemão residente em Portugal à data do casamento for residir para a Alemanha poderá mudar o seu regime de bens (porque a lei alemã, lei da residência habitual comum actual assim o

Apesar de o art. 53.º do CC estar ligados aos casos em que envolvam regimes de bens, o art. 54.º remete ao art. 52.º por uma questão de melhor atender as expectativas dos cônjuges que foram criadas no momento da celebração do casamento.¹⁴⁹ Portugal adota o princípio da imutabilidade do regime de bens e a Doutora Helena Mota defende que este princípio também se aplica a outras normas do regime matrimonial primário, reconduzindo, portanto, para o art. 52.º, que por ser uma conexão pessoal e móvel, atende melhor as expectativas dos cônjuges.¹⁵⁰

Ainda sobre esta questão, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira justificam: “E daí que a regra do art. 53.º se limite às matérias de carácter patrimonial (pois só para estas a vontade dos nubentes pode ser de algum relevo) que sejam susceptíveis de ser objecto de uma regulamentação diversa conforme a regime de bens escolhido. Entendimento este que é confirmado pela norma do art. 54.º, n.º 1, que permite aos cônjuges modificar o regime de bens, legal ou convencional, se a tal forem autorizados pela lei que será aplicável nos termos do art. 52.º.”¹⁵¹ Isto quer dizer que, sendo o art. 52.º de conexão móvel, permite-se que a vontade dos cônjuges tenha poder de mudar o elemento de conexão, o que implica em, mudando a nacionalidade comum, ou em sua falta mudarem a residência habitual comum, poderão alterar o regime de bens se esta lei assim os permitir.¹⁵²

Sendo assim, relativamente às uniões estáveis brasileiras, em que há um regime de bens que regulará os efeitos patrimoniais desta, caso seja a lei brasileira a aplicável, permitir-se-á a possibilidade de mudança do regime de bens, bastando, para tanto a alteração do contrato de convivência. É algo criticável no regime brasileiro já que para alterar o regime de bens no casamento é necessário cumprir todos os requisitos do art. 1.639, § 2.º do CC de 2002, sendo muito mais difícil, longo e custoso. Além da lei brasileira prever que o instituto do regime de bens se aplica às uniões estáveis, prevê ainda a possibilidade de uma alteração no regime matrimonial, de modo que o art. 54.º é aplicável em se tratando de uma união estável brasileira.

autoriza) mas esse regime será sempre um dos previstos na lei portuguesa (lei aplicável aos regimes de bens) ou *autorizado* pela lei portuguesa.” MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 75 e 76.

¹⁴⁹ PINHEIRO, Luís de Lima, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 657 e 658.

¹⁵⁰ MOTA, Helena, *ob. cit. “Os efeitos patrimoniais...”*, p. 513 a 522.

¹⁵¹ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Curso de Direito...*, p. 839.

¹⁵² MOTA, Helena, *ob. cit. Algumas considerações...*, p. 305 a 330.

O n.º 2 do art. 54.º traz uma observação importante, a de que a nova convenção não poderá retroagir para prejudicar terceiros, sendo uma norma de cunho material de direito internacional privado, tendo função regulamentadora autônoma.¹⁵³ Aplicar os efeitos do novo regime de forma retroativa pode prejudicar terceiros, de modo que a garantia patrimonial dos credores pode ser abalada face ao novo regime. Caso a nova lei preveja a retroatividade, esta não poderá afetar terceiros, que estarão protegidos. Ficam apenas protegidos quanto as mudanças que afetem direitos adquiridos na constância da lei anterior, não ficando protegidos caso existam alterações no regime primário do casamento quando tais mudanças se derem em razão da mudança automática de lei haja vista o caráter móvel do art. 52.º.¹⁵⁴ Logo, caso o regime de bens da união estável brasileira seja alterado, não poderá afetar terceiros, tanto pela proibição do art. 54.º, n.º 2 do CC português, quanto pelo art. 1.639, § 2.º do CC de 2002.

Resumidamente, os arts. 52.º, 53.º e 54.º são aplicáveis as relações matrimoniais, porém, extensivamente são aplicáveis as relações fácticas no que couber. Tanto é assim que os arts. 53.º e 54.º, por exemplo, que resolvem conflitos de lei em matéria de efeitos patrimoniais¹⁵⁵, não se aplicariam as relações de união de facto portuguesa porque o “regime de bens” é algo exclusivo do casamento. Em contrapartida, estes mesmos artigos seriam aplicáveis, com as devidas adaptações, às relações de união estável brasileira já que a lei brasileira prevê regimes de bens aplicáveis a essas relações de forma equiparada ao casamento.

Como visto, os arts. 52.º, 53.º e 54.º do CC determinam a lei aplicável em matéria de casamento e analogicamente às uniões de facto. Todavia, não basta apenas saber a lei aplicável, mas também o tribunal competente para conhecer, processar e julgar casos que envolvam o Direito Internacional Privado.

3.2.Competência jurisdicional

Como já mencionado, o Regulamento (UE) n.º 2016/1104 só terá aplicação para as relações ou processos iniciados a partir de 2019, caso contrário serão aplicadas as normas internas relativas à determinação da competência e ao reconhecimento de sentenças estrangeiras previstas no Código de Processo Civil nos arts. 62.º, 63.º e 978.º

¹⁵³ MOTA, Helena, *ob.cit. Algumas considerações...*, p. 305 a 330.

¹⁵⁴ MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 80 a 87.

¹⁵⁵ MOTA, Helena, *ob.cit. Algumas considerações...*, p. 305 a 330.

ao 985.º.¹⁵⁶ Regras estas que também serão aplicáveis analogicamente às uniões de facto em razão da falta de legislação específica e da sua proximidade com o instituto.

O código de Processo Civil, a partir do art. 59.º e seguintes trata sobre competência, a qual, segundo o Doutor Jorge Augusto Pais de Amaral, é “*competência é a parcela de jurisdição que é atribuída a cada um dos órgãos jurisdicionais. Por outras palavras, a competência é a fração do poder jurisdicional que cabe a cada tribunal.*”¹⁵⁷

Da mesma maneira que pode haver mais de uma lei que se mostre aplicável ao caso, os chamados *conflitos plurilocalizados* em que diversas ordens jurídicas apresentam relação jurídico litigiosa com o caso e que disputam entre si a regulação material, desde que haja elementos de conexão que tornem possível uma ligação com mais de um ordenamento, pode haver um conflito de competência relativamente a quais serão as normas processuais aplicáveis e o respetivo tribunal¹⁵⁸. Cabe ao Direito Internacional Privado o papel de definir a lei que será utilizada no caso concreto, bem como definir o foro competente, partindo do pressuposto de que melhor atenderá à questão.

Dito isto, a competência pode ser dividida em duas modalidades: a competência interna e a internacional. Para este trabalho é relevante a competência internacional que, por sua vez, ocorre quando há elementos de conexão relacionados a uma outra ordem jurídica para além da portuguesa, ou seja, quando qualquer dos elementos processuais como as partes, ou o pedido ou a causa de pedir tenham alguma ligação com uma ordem jurídica estrangeira que também pode ser competente além da competência portuguesa¹⁵⁹.

Questões deste tipo podem tanto ser resolvidas por tribunais portugueses quanto por tribunais de outros Estados e os arts. 62.º e 63.º do CPC, determinam quais casos podem ser de competência concorrentes com outros Estados ou quando a competência

¹⁵⁶ MOTA, Helena, *ob. cit. Os efeitos patrimoniais...*, p. 9.

¹⁵⁷ AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito Processual civil*, 14ª ed., (Manuais universitários), Editora Almedina, 2018, p. 147.

¹⁵⁸ “A conexão da ação com a ordem jurídica internacional pode surgir, assim, ao nível das *partes*, do *pedido* ou da *causa de pedir*, assumindo os mesmos natureza *material* ou *substantiva* ou *natureza processual* ou *adjetiva*. É o chamado *conflito de leis (no espaço)* com sede própria no Direito Internacional Privado. Situações hoje de frequência acrescida, face ao incremento do comércio jurídico internacional e da livre circulação de pessoas, bens e capitais, quer no espaço europeu, quer no espaço internacional.” - ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil Volume I*, 2.ª Edição, Almedina, (Manuais Universitários), 2017, p. 315.

¹⁵⁹ AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *ob. cit. Direito Processual...*, p. 150 e 151.

deve ser exclusivamente portuguesa, mesmo que tenham elementos de conexão com outras ordens jurídicas.¹⁶⁰

Os arts. 62.º e 63.º do CPC tem elementos de conexão que atraem para os tribunais portugueses a competência de conhecer e julgar o caso. O art. 62.º determina que os tribunais portugueses são internacionalmente competentes: a) Quando a ação possa ser proposta em tribunal português segundo as regras de competência territorial estabelecidas na lei português; b) Ter sido praticado em território português o facto que serve de causa de pedir na ação, ou algum dos factos que a integram; c) Quando o direito invocado não possa tornar-se efetivo senão por meio de ação proposta em território português ou se verifique para o autor dificuldade apreciável na propositura da ação no estrangeiro desde que entre o objeto do litígio e a ordem jurídica portuguesa haja um elemento ponderoso de conexão, pessoal ou real.

A alínea a) está ligada ao princípio da coincidência pois existe uma coincidência entre a competência territorial e a competência internacional, uma vez que a ação será proposta baseada na competência territorial prevista no art. 70.º e ss. do CPC, que determinam quem é competente dentro do território português. Já a alínea b), é fundamentada pelo princípio da causalidade, qual seja, ter praticado em território português facto ou factos que integrem a causa de pedir na ação ou de algo que a integre. Por fim, a alínea c), está baseada no princípio da necessidade, que quer dizer que o direito invocado pelo autor só possa se tornar efetivo caso a ação seja proposta em Portugal ou caso haja dificuldade relevante na propositura da ação em país estrangeiro, razão pela qual há uma necessidade de que a competência seja atribuída ao Estado português¹⁶¹.

Por outro lado, o art. 63.º diz que os tribunais portugueses são exclusivamente competentes: a) Em matéria de direitos reais sobre imóveis e de arrendamento de imóveis situados em território português; todavia, em matéria de contratos de arrendamento de imóveis celebrados para uso pessoal temporário por um período máximo de seis meses consecutivos, são igualmente competentes os tribunais do Estado-Membro da União Europeia onde o requerido tiver domicílio, desde que o arrendatário seja uma pessoa singular e o proprietário e o arrendatário tenham domicílio no mesmo Estado-Membro; b) Em matéria de validade da constituição ou dissolução das sociedades ou de outras

¹⁶⁰ AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *ob. cit. Direito Processual...*, p. 152 a 154.

¹⁶¹ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *ob. cit. Direito Processual...*, p. 316 e 317.

peessoas coletivas que tenham a sua sede em Portugal, bem como em matéria de validade das decisões dos seus órgãos; para determinar essa sede o tribunal português aplica as suas regras de direito internacional privado; c) Em matéria de validade de inscrições em registos públicos conservados em Portugal; d) Em matéria de execuções sobre imóveis situados em território português; e) Em matéria de insolvência ou de revitalização de pessoas domiciliadas em Portugal ou de pessoas coletivas ou sociedades cuja sede esteja situada em território português.”

Isto quer dizer que na situação hipotética de uma dissolução de uma união factual, e que se discuta o destino da casa de morada da família, seja ela arrendada ou de propriedade de um ou de ambos, o tribunal português será exclusivamente competente em razão do previsto no art. 63.º, al. a), caso se trate de direitos reais sobre imóveis e de arrendamentos de imóveis situados em Portugal.

Diferentemente do art. 62.º, o art. 63.º trata de uma competência exclusiva dos tribunais portugueses, ou seja, caso um tribunal estrangeiro julgue sobre algo que está descrito numa dessas alíneas, a sentença não será reconhecida pelo Estado português, uma vez apenas tribunais portugueses podem conhecer e julgar tais ações de forma exclusiva. Enquanto no art. 62.º, há uma competência concorrente, ou seja, tanto Portugal quanto outros países podem conhecer e julgar tal ação, de modo que a sentença estrangeira poderá ser reconhecida e executada em Portugal, pois a competência não era de exclusividade portuguesa¹⁶².

Todavia, para que decisão judicial estrangeira seja confirmada e possa surtir efeitos em Portugal, tem de estar cumpridos os requisitos do art. 980.º do CPC¹⁶³, mas em se tratando de casos de competência exclusiva, não haverá confirmação e em consequência não será executada, pois cabe apenas ao tribunal português, e somente a este, julgar ações deste tipo.

Os arts. 978.º e ss. do CPC tratam sobre a revisão de sentenças estrangeiras, o que quer dizer que uma sentença estrangeira não produz imediatamente efeitos em Portugal, mas antes é preciso que esta sentença seja revista e confirmada por um tribunal

¹⁶² AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *ob. cit. Direito Processual...*, p. 154 e 155.

¹⁶³ NETO, Abílio, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 4.ª Ed. Revista e ampliada, 2017. Editorial Minerva, distribuído por Edições Almedina, SA. P. 411 e ss.

português ou não produzirá efeitos, independente da nacionalidade das partes¹⁶⁴ (art. 978.º, n.º 1 do CPC).

Em conformidade com o art. 979.º do CPC, será competente, para revisar e confirmar esta sentença, o tribunal da Relação da área em que esteja domiciliada a pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença. Para além disso, é necessário que, para além de outros requisitos estejam também preenchidos os requisitos necessários para confirmação previstos no art. 980.º do Código de Processo Civil¹⁶⁵, como por exemplo não haver dúvidas quanto a autenticidade do documento em que consta a sentença; que tenha transitado em julgado no país em que foi proferida; que venha de tribunal estrangeiros cuja competência não tenha sido provocada em fraude à lei e que não seja de competência exclusiva dos tribunais portugueses; quanto não contenha um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português, etc.

Inclusive, além da previsão do art. 22.º do Código Civil relativo ao princípio da ordem pública internacional, que pode afastar a aplicação da lei estrangeira quando esta claramente fere a ordem pública, o mesmo se aplica em relação ao art. 980.º, alínea f) do CPC, qual seja, uma sentença estrangeira cujo resultado seja manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português não será reconhecida. É o que ocorre no acórdão 317/11.9YRLSB.S1 em que a sentença prolatada em tribunal brasileiro, por reconhecer efeitos sucessórios ao unido de facto sobrevivente, foi considerada manifestamente incompatível com a ordem pública portuguesa (que não reconhece direitos sucessórios ao unido de facto) e por isso não fora confirmada pelo Tribunal da Relação português, ficando sem efeitos quanto aos bens localizados em Portugal.

No que diz respeito a litispendência, esta será indiferente em conformidade com o art. 580.º, n.º3 do CPC, o que quer dizer que em se tratando de pendência de causa perante jurisdição estrangeira, nada impede que o tribunal português conheça e julgue a ação na mesma, o que não ocorre no Regulamento n.º 2016/1104 uma vez que a sentença

¹⁶⁴ MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 58 e 59.

¹⁶⁵ NETO, Abílio, *ob. cit. Novo Código...*, p. 1411 e ss.

estrangeira não poderá ser confirmada caso haja repetição da causa em tribunal estrangeiro¹⁶⁶.

Por fim, de acordo com o art. 59.º do CPC, além da competência prevista nos arts. 62.º e 63.º, o Código de Processo Civil, em seu art. 94.º, prevê a possibilidade de as partes atribuírem a um determinado Estado a competência, por meio do chamado Pacto de Jurisdição.

O pacto de jurisdição previsto no art. 94.º do CPC, nada mais é do que a possibilidade de as partes escolherem um tribunal como competente para julgar determinados litígios, podendo ser *atributivo*, quando a competência é concedida a um ou a vários tribunais portugueses; ou *privativa* quando retira a competência dos tribunais portugueses e a atribui a um ou a vários tribunais estrangeiros de forma exclusiva¹⁶⁷. Todavia, o pacto só é possível caso se trate de uma das hipóteses previstas no art. 94.º e se estiverem cumpridos os requisitos do n.º 3 deste mesmo artigo.

4. UNIÃO DE FACTO E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DE FONTE INTERNACIONAL. O REGULAMENTO (UE) N.º 2016/1104.

O regulamento 2016/1104, que trata sobre o domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas; assim como seu “irmão” o Regulamento 2016/1103, só que referente aos casamentos¹⁶⁸, vêm modificar substancialmente as regras de direito internacional privado previstas nos arts. 52.º, 53.º e 54.º do CC, e dos arts. 59.º, 62.º, 63.º, 94.º, 978.º e ss. do CPC.

O Regulamento tem o intuito primordial de harmonizar as regras de competência, a lei aplicável e a de reconhecer automaticamente as decisões proferidas sem que haja, para tanto, necessidade de confirmação pelo tribunal nacional¹⁶⁹, ou seja, facilitar as relações sociais surgidas no contexto internacional devido a globalização e ao grande fluxo migratório. A isto, o Doutor Rui Moura Ramos chama de “europeização”, quando regras de direito internacional privado passam a ser previstas e reguladas pelo

¹⁶⁶ Em termos idênticos para o Regulamento n.º 2016/1104, crf. MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 60.

¹⁶⁷ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *ob. cit. Direito Processual...*, p. 318.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit. Manual de Direito...*, p. 601 e 602.

¹⁶⁹ MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 90 e 91.

direito comunitário¹⁷⁰ com a intenção de facilitar o processo judicial e harmonizar a jurisprudência europeia.

Como já dito, o Regulamento n.º 1104/2016 tem aplicação a partir de 29/01/2019, substituindo as regras de conflitos internas de cada Estado-Membro participante. Aplica-se em matéria jurisdicional (competência e reconhecimento) nesta data ou após, bem como também aos atos formalizados e registados a partir desta data, inclusive as decisões judiciais homologadas ou concluídas neste prazo. Contudo, em razão do art. 69.º, n.º 2, se a ação judicial tiver sido proposta antes dessa data, mas a decisão tiver sido proferida após essa data, apenas serão reconhecidas e executadas as decisões proferidas por Estados-Membros participantes do Regulamento caso as regras de competência contidas nele a partir dos arts. 4.º e ss, tenham sido respeitadas. Quanto à lei aplicável, o Regulamento só terá aplicação caso a relação tenha sido iniciada em 29/01/2019 ou após esta data, mas o Regulamento permite que se escolha a lei aplicável a partir desta data, mesmo que a relação tenha sido iniciada antes disso. Caso não se trate de nenhuma destas hipóteses, bem como a não seja caso de uma parceria registada, aplicam-se as regras de direito internacional privado portuguesas, contidas nos art. 52.º, 53.º e 54.º do CC para definir a lei aplicável, e os arts. 62.º, 63.º, 64.º, 978.º a 985.º do CPC para determinar a competência e reconhecer e executar sentenças estrangeiras.¹⁷¹

O art. 1.º, em seu n.º 1 diz a que o Regulamento se aplica aos aspetos patrimoniais associados às parcerias registadas e o art. 3.º, n.º 2 define o que seriam estes efeitos patrimoniais da parceria registada. Seriam todas as normas que digam respeito a relação patrimonial dos parceiros, entre eles ou entre eles e terceiros, criadas a partir do registo da parceria, condição obrigatória para aplicação das regras deste Regulamento¹⁷². Questão interessante é saber se o registo é ato constitutivo ou declarativo da união, mas para o Doutor Andrés Rodríguez Benot¹⁷³, isto é indiferente, qualquer das hipóteses é aceita pelo Regulamento, aplicando-o em qualquer das circunstâncias.

¹⁷⁰ RAMOS, Rui Manuel Moura, *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, 2016, Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 11 e ss.

¹⁷¹ Em termos idênticos para o Regulamento n.º 2016/1103, crf. MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 96 e 97.

¹⁷² BENOT, Andrés Rodríguez, in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *Régimen Económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la unión europea, Comentarios a los Reglamentos (UE) n.º 2016/1103 y 2016/1104*. Tirant Lo Blanch, 2019, p. 55 e 56.

¹⁷³ BENOT, Andrés Rodríguez in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 52 e 53.

Já o n.º 2 determina quais matérias estão excluídos do seu âmbito de aplicação, a exemplo de reconhecer a capacidade jurídica dos parceiros, reconhecer como existente ou válida a relação ou mesmo os casos de sucessão por morte do parceiro, que neste último caso aplica-se o Regulamento (UE) n.º 650/2012 relativamente a competência e a lei aplicável no âmbito das sucessões.

Como o Regulamento não é competente para reconhecer a validade ou a existência da relação, pelo conteúdo dos considerandos 17 e 21, cabe a legislação nacional do Estado-membro regular a questão quanto ao reconhecimento destas parcerias¹⁷⁴, porém, isto pode suscitar diversos problemas na aplicação do regulamento haja vista os Estados terem regras diferentes quanto a existência e validade de tais relações. Uma solução é invocar a ordem pública internacional (prevista no art. 22.º do CC na legislação portuguesa), porém, caso esta relação afete de tal forma a ordem pública internacional do Estado foro que além da relação nem ao menos ser reconhecida, ainda não lhe serão atribuídos quaisquer direitos patrimoniais¹⁷⁵.

No entanto, há certos assuntos que, a princípio, apesar de estarem excluídos do âmbito de aplicação do regulamento, por envolverem certas questões patrimoniais, acabam por reflexamente terem a competência atraída pelo Regulamento, como exemplo das questões relativas a capacidade, que podem vir a ser objeto reflexo do Regulamento quando estiver relacionado a questões patrimoniais.

O Regulamento 2016/1104 abrange apenas as parcerias registadas. A definição do que seria a parceria registada está prevista no art. 3.º, n.º 1, alínea a), que diz: «Parceria registada», o regime de vida em comum entre duas pessoas que é previsto por lei, cujo registo é obrigatório ao abrigo dessa lei e que satisfaz as formalidades legais exigidas por essa lei para o seu estabelecimento. As parcerias sem registo, meramente factuais não estarão abrangidas por este Regulamento.

A parceria registada é o modo de oficializar uma união sem que seja necessário se casar, havendo, no entanto, uma obrigação legal de fazer o registo,¹⁷⁶ ou seja, é fazer o registo da relação junto as autoridades públicas competentes do país em que o casal seja

¹⁷⁴ BENOT, Andrés Rodríguez in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 30 e 31.

¹⁷⁵ Em termos idênticos para o Regulamento n.º 2016/1103, crf. MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 108 e ss.

¹⁷⁶ BENOT, Andrés Rodríguez in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 25 e 26.

residente para que assim possa produzir os devidos efeitos, inclusive perante terceiros, como exige a lei do país¹⁷⁷.

Apenas as parcerias registadas são objeto de estudo do Regulamento 2016/1104, pelo simples facto de que o carácter oficial dado as parcerias registadas permite que se considerem suas especificidades e que se reconheçam e definam as normas aplicáveis ao caso, ou seja, apenas as parcerias registadas gozam de um *status* jurídico. Trata-se de uma condição *sine qua non* o registo da parceria perante autoridade pública para que então possa produzir efeitos jurídicos regulados a partir do Regulamento, não sendo registada, portanto, não está inserida no âmbito de aplicação do presente Regulamento.¹⁷⁸

As parcerias registadas, dentro da Europa, são mais comuns no que diz respeito a países que não permitem casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo a opção destes últimos a de se unir civilmente e registar a relação¹⁷⁹. É o caso, por exemplo, de Itália, caso em que nesse país a união de pessoas de mesmo sexo pelo casamento não é permitida, optando, estes casais, por uma parceria registada para que a relação produza os efeitos pretendidos e seja reconhecida pelo Estado.

O Regulamento n.º 2016/1104 é também uma forma de garantir os direitos patrimoniais de um casamento que num determinado Estado-Membro não reconheça este tipo de relação, convertendo-o em uma parceria registada e atribuindo-lhe direitos patrimoniais¹⁸⁰. É o caso, por exemplo, de dois italianos de mesmo sexo ao se casarem em Portugal (que permite o casamento de pessoas do mesmo sexo), caso regressem para a Itália, local em que o casamento de pessoas do mesmo sexo não é reconhecido, para que não fiquem prejudicados em relação ao património do casal, devem converter o casamento em uma parceria registada e, ao invés de aplicarem o Regulamento 2016/1103, aplicam o Regulamento 2016/1104, que lhes garante as mesmas regras relativas aos direitos patrimoniais, não ficando desamparados.

Em Portugal, não há a modalidade de parcerias registadas, pois permite-se, por meio do casamento, todas as formas de união, sejam casais heterossexuais ou homossexuais. Isto quer dizer que as partes são livres para escolherem se casar ou se unir

¹⁷⁷ <https://www.redecivil.csm.org.pt/regulamento-ue-2016-1104/> - Ponto de Contacto Portugal, Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial, visto em 23 de maio de 2020.

¹⁷⁸ BENOT, Andrés Rodríguez in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 25 e 26.

¹⁷⁹ MOTA, Helena, *ob. cit. Os efeitos patrimoniais...*, p. 13 e 14.

¹⁸⁰ MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 108 e ss.

de facto, a depender de quererem mais ou menos obrigações e formalidades em sua relação. Se lhes é facultado o casamento, não faz sentido trazer um instituto equiparado ao casamento para permitir que pessoas do mesmo sexo vivam em união matrimonial. Ou casam verdadeiramente, ou unem-se de facto apenas, abrindo mão dos direitos e deveres previstos para o casamento.

Dito isto, o Regulamento n.º 2016/1104 não atinge as uniões meramente factuais previstas no direito português, pois é essencial o registo da parceria para que possam ter seus efeitos regulados por este Regulamento, sendo apenas para as parcerias registadas, oficializadas e reconhecidas pelo Estado, tratando-se de condição obrigatória para sua caracterização, sem a qual ficaria sem efeito¹⁸¹. Portanto, para a união de facto portuguesa prevista na Lei n.º 7/2001, em que não se faz o registo da união de facto, sendo meramente factual, não cumpre um requisito obrigatório para caracterização das parcerias registada, qual seja, o registo perante um órgão do Estado, e portanto, para estas relações, continuam a ser aplicadas as regras de conflito de direito internacional privado internas que se aplicam ao casamento, com as devidas adaptações, contido nos arts. 52.º, 53.º e 54.º do Código Civil e nos arts. 62.º, 63.º, 64.º, 978.º a 985.º do CPC¹⁸².

Logo, apesar do Regulamento não se aplicar às uniões de facto reguladas pela lei portuguesa, não impediu de que Portugal fosse signatário do acordo, de modo que, quando, em território português estiver em causa uma parceria registada, será o Regulamento n.º 2016/1104 que definirá a competência e a lei aplicável relativos aos efeitos patrimoniais desta relação.

Quanto ao considerando 18 que nos lembra que irá abarcar todas as questões pertinentes aos efeitos patrimoniais das parcerias registadas¹⁸³, não sendo mais necessário para efeitos de aplicação do Regulamento, fazer distinção entre regime primário e patrimonial que havia nos arts. 52.º e 53.º do CC.

4.1.Competência Jurisdicional

¹⁸¹ BENOT, Andrés Rodríguez, in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 25 e 26, 49 e ss.

¹⁸² MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 25 e 26.

¹⁸³ MARISCAL, Pilar Peiteado, “Competencia internacional por conexión en materia de regime económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos EU 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, in *CTD*, 2017, p. 306 e 307.

O Regulamento 2016/1104 determina as regras para atribuição da competência em seu capítulo II, a partir do art. 4.º e tais regras são de aplicação universal, ou seja, não há necessidade de que os Estados (Membros ou terceiros) envolvidos na questão sejam participantes do Regulamento, suas regras serão aplicadas pelo país que é signatário de forma universal, ainda que os demais não o sejam, para definir a competência¹⁸⁴. Ou seja, numa relação entre Brasil e Portugal, envolvendo os efeitos patrimoniais de uma parceria registada, Portugal aplicaria as regras previstas neste Regulamento (se fosse caso de aplicação, estando cumpridos os requisitos) mesmo que o Brasil seja um Estado terceiro.

Com relação aos arts. 4.º e 5.º, trata-se de foros exclusivos e automáticos por questões de economia processual, logo, caso já exista em andamento ação relativa à sucessão de um dos parceiros ou ação quanto a dissolução ou anulação de uma parceria registada, este tribunal passa automaticamente a ser competente para decidir sobre os efeitos patrimoniais da parceria registada, mesmo que exista um pacto de jurisdição firmado pelos parceiros, conforme previsto no art.7.º do Regulamento.¹⁸⁵ Sendo assim, pelo art. 4.º do Regulamento 2016/1104, podem ser competentes, por exemplo, tanto o foro da residência habitual do falecido no momento do óbito quanto ao foro da localização dos bens, ou o foro da lei escolhida para reger a sucessão (arts. 4.º ao 10.º do Regulamento n.º 650/2012)¹⁸⁶.

Quanto ao art. 5.º, a competência pode ser atraída para o órgão jurisdicional que é competente em caso de dissolução ou anulação da parceria registada.¹⁸⁷ É bastante conveniente e económico que o tribunal que seja o competente pra lidar com as sucessões seja o mesmo para tratar dos assuntos patrimoniais.

Enquanto o art. 4.º está condicionado a morte de um dos parceiros, pelo que quando a competência for determinada pelo Regulamento (UE) n.º 650/2012, este mesmo tribunal será o competente para tratar dos efeitos patrimoniais da parceria registada, desde

¹⁸⁴ “Deste modo, o Regulamento não está subjectiva ou pessoalmente limitado (como, por exemplo, o Regulamento Bruxelas I bis), bastando que o Estado-Membro do foro seja vinculado ao Regulamento, i.e seja Estado-Membro participante, nos termos do art. 70.º, n.º 2, independentemente de as partes serem ou não nacionais ou residentes quer na União Europeia quer em outros Estados-Membros não participantes, sem prejuízo dos elementos de conexão relevantes para as regras de competência.” MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 122 e 123.

¹⁸⁵ Em termos idênticos para o Regulamento n.º 2016/1103, crf. MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 124 e 125.

¹⁸⁶ MARISCAL, Pilar Peiteado, *ob. cit.* “Competencia internacional...,” p. 308 e 309.

¹⁸⁷ MARISCAL, Pilar Peiteado, *ob. cit.* “Competencia internacional...,” p. 323 e 324.

que estes Estados-membros competentes conheçam do assunto sucessório em virtude do Regulamento (UE) n.º 650/2012, ou seja, a este estejam vinculados¹⁸⁸.

Já no art. 5.º, para que sua competência seja determinada, leva-se em consideração o órgão jurisdicional do Estado-membro competente para conhecer e julgar a dissolução ou anulação da parceria registada, devendo para tanto, os parceiros assim acordarem. Diferentemente, no Regulamento n.º 2016/1103, no art. 5.º, a competência será determinada a partir do Regulamento (CE) n.º 2201/2003¹⁸⁹, ou seja, o Estado-membro que for competente para tratar do divórcio, anulação do casamento ou separação judicial definido nos arts. 3.º ao 7.º, do capítulo II, secção 1 do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, será o mesmo que irá tratar das questões patrimoniais do casamento em razão do que determina o art. 5.º do Regulamento n.º 2016/1103¹⁹⁰.

O art. 7.º permite o Pacto de Jurisdição, ou seja, caso não exista a competência automática prevista nos arts. 4.º ou 5.º, que são vinculativos, podem os parceiros eleger o foro competente que será o mesmo da lei aplicável, nos termos do art. 22.º ou 26.º, n.º 1, qual seja, a lei do Estado da residência habitual ou da nacionalidade, ou onde a parceria registada foi estabelecida. Contudo, para efeitos de definição da competência, somente se aceita o pacto de jurisdição do art. 7.º caso se trate de um Estado-Membro. Isto quer dizer que caso a lei da nacionalidade ou da residência habitual não sejam a de um Estado-Membro, este órgão jurisdicional não terá competência, apesar de que a lei poderá ser aplicada na mesma.¹⁹¹ Quanto ao art. 6.º, caso não haja pacto de jurisdição previsto no art. 7.º ou nem seja caso de foro automático dos arts. 4.º ou 5.º, os critérios de competência supletivos e subsidiários definidos pelo art. 6.º são os aplicáveis.¹⁹²

É possível ainda haver uma competência alternativa (art. 9.º) ou residual (art. 10.º). A primeira é para os casos em que o órgão designado como competente a partir dos artigos anteriores deste regulamento, a título excecional, recuse a competência uma vez que a sua lei nacional de direito internacional privado não preveja ou não regule o instituto

¹⁸⁸ BUIGUES, José Luis Iglesias in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 72 e ss.

¹⁸⁹ MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p.124 e 125.

¹⁹⁰ BUIGUES, José Luis Iglesias in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 79 e ss.

¹⁹¹ MARISCAL, Pilar Peiteado, *ob. cit. "Competencia internacional..."*, p. 313 e 314.

¹⁹² MORENO, Guillermo Palao in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 108 e ss.

da parceria registada¹⁹³. Não se pode declinar a competência nos termos do art. 9.º, n.º 3 caso já tenha decidido sobre dissolução ou anulação da parceria, caso em que, para todos os efeitos reconheceu a relação para decidir sobre a anulação ou dissolução podendo também tratar sobre a questão patrimonial, tema deste Regulamento¹⁹⁴.

Já o art. 10.º terá aplicação caso nenhuma das formas anteriores previstas seja suscetível de determinar a competência, logo, o foro residual será aquele do Estado-Membro onde estejam localizados alguns dos bens imóveis que pertença a um ou a ambos os parceiros, desde que a decisão só incida sobre tais bens imóveis. Trata-se de definir a competência para um Estado-membro que se encontra mais diretamente conectado ao caso em razão do bem imóvel que lá esteja, sendo uma forma de garantir as partes uma certa previsibilidade e proximidade quanto ao foro¹⁹⁵.

Por fim, o art. 11.º que trata do *fórum necessitatis*, a título excecional, diz que quando um Estado-membro apresente uma conexão significativa com a ação de modo que não possa ser instaurada, conduzida num estado terceiro que não seja o que está estritamente conectado com a ação¹⁹⁶. Trata-se, portanto de um critério de competência baseado na proteção, de modo a evitar a denegação da justiça ou que um tribunal, em razão da conexão significativa, demonstra ser o mais apto a atender as expetativas criadas pelas partes, bem como em julgar o litúgio¹⁹⁷.

Por fim, a decisão que for proferida num Estado-Membro no âmbito do Regulamento n.º 2016/1104 será reconhecida automaticamente em outro Estado-Membro também participante deste, sem que haja a necessidade de qualquer procedimento ou reconhecimento de sentença pelo tribunal nacional onde será executada, conforme art. 36.º, n.º 1. Quer dizer que agora, em Portugal, a sentença estrangeira, desde que proferida dentro dos parâmetros do Regulamento, por outro Estado-Membro, terá reconhecimento

¹⁹³ MORENO, Guillermo Palao, in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 120 e ss.

¹⁹⁴ Em termos idênticos para o Regulamento n.º 2016/1103, crf. MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e patrimonío...*, p. 129 a 131.

¹⁹⁵ MORENO, Guillermo Palao, in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 127 e ss.

¹⁹⁶ MOTA, Helena, *ob. cit. Os efeitos patrimoniais...*, p. 17.

¹⁹⁷ FABADO, Isabel Reig, in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 131 e ss.

automático sem a necessidade de ser confirmada pelo tribunal da Relação ou cumprir todas as formalidades previstas no CPC nos arts. 978.º e ss¹⁹⁸.

Como a sentença não precisará ser confirmada, já é reconhecida automaticamente, o Regulamento n.º 2016/1104 prevê em seu art. 37.º as possibilidades de impugnação a este reconhecimento, qual seja: contrário a ordem pública, defeito na localização e notificação do demandado em revelia, ou sentenças inconciliáveis. Em todos os casos deve-se observar os direitos e princípios fundamentais reconhecidos na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia conforme cita o art. 38.^{o199}.

Apesar de o reconhecimento ser automático, a execução não é, apesar de ser simplificada e está prevista nos arts. 42.º e 44.º a 57.º. Logo, para executar tal sentença, a parte interessada deve fazer um pedido de declaração de executoriedade, tal procedimento será regulado pelo Estado-Membro de execução. Da decisão quanto a execução cabe recurso nos termos do art. 49.^{o200}. A sentença já é automaticamente reconhecida, mas sua execução deve ser pedida ao Tribunal competente.

4.2.Lei Aplicável

No capítulo III do Regulamento está a parte sobre a lei aplicável e o art. 20.º trata sobre a universalidade deste. Da mesma forma que o Regulamento tem aplicação universal para determinar a competência, também o é para definir a lei aplicável. Isto quer dizer que a aplicação do Regulamento, territorialmente está limitada aos Estados-Membros participantes, mas a lei que for eleita como a aplicável será a que irá reger a relação mesmo que se trate de um Estado-Membro não participante ou um Estado terceiro e são vinculantes para os Estados-Membros integrados a cooperação reforçada,²⁰¹ ou seja, mesmo que se trate de um Estado-Membro não participante ou um Estado terceiro, ainda assim, se a lei deste país for a aplicável nos termos do regulamento, ela que regulará os efeitos patrimoniais da parceria, em razão da universalidade²⁰², apesar de sua aplicação estar territorialmente restrita somente aos Estados participantes.

¹⁹⁸ Em termos idênticos para o Regulamento n.º 2016/1103, crf. MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 131 e 132.

¹⁹⁹ MAZUELOS, Francisco José Martín, in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 394 e ss.

²⁰⁰ Em termos idênticos para o Regulamento n.º 2016/1103, crf. MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 132.

²⁰¹ MARISCAL, Pilar Peiteado, *ob. cit. "Competencia internacional..."*, p. 302.

²⁰² MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 97 a 99.

Além do princípio da universalidade previsto no art. 20.º, há também o princípio da unidade da lei aplicável previsto no art. 21.º, que quer dizer que será uma única lei a aplicável ao caso independente da localização dos ativos abrangidos por qualquer dos regimes de bens existentes, seja esta lei a escolhida pelos parceiros (possibilidade dada pelo art. 22.º) ou outra lei determinada em função do art. 26.º. É assim para se evitar uma fragmentação, uma aplicação de leis diferentes, o que dá uma maior segurança jurídica²⁰³.

Sendo assim, caso a lei aplicável (nos termos dos art. 22.º ou subsidiariamente nos termos do art. 26.º) seja brasileira, mesmo não sendo um Estado-Membro, ainda assim será a lei brasileira que irá regular os efeitos patrimoniais da parceria em sua totalidade, em razão do princípio da universalidade previsto no art. 20.º e da unidade da lei aplicável previsto no art. 21.º.

O art. 22.º prevê a possibilidade da escolha da lei aplicável, algo bem recorrente nos últimos tempos no Direito Comunitário, devendo, para tanto cumprir os requisitos do art. 23.º para que o ato tenha validade formal. Diz o art. 22.º: 1) Os parceiros ou futuros parceiros podem acordar em designar ou alterar a lei aplicável aos efeitos patrimoniais da sua parceria registada, desde que essa lei atribua efeitos patrimoniais ao instituto da parceria registada desde que essa lei seja uma das seguintes: a) A lei do Estado da residência habitual dos parceiros ou futuro parceiros, ou de um deles, no momento em que for concluído o acordo; b) A lei de um Estado da nacionalidade de qualquer dos parceiros ou futuros parceiros no momento da conclusão do acordo; ou c) A lei do Estado nos termos de cuja lei a parceria foi estabelecida. 2) Salvo acordo em contrário dos parceiros, a alteração da lei aplicável aos efeitos patrimoniais da parceria registada ocorrida durante a parceria só produz efeitos para o futuro. 3) As eventuais alterações retroativas da lei aplicável nos termos do n.º 2 não podem afetar negativamente os direitos de terceiros resultantes dessa lei.

Da leitura do art. 22.º no n.º 1, a lei a ser escolhida tem de guardar alguma relação com a parceria registada, seja onde ela foi registada, seja onde os parceiros vivem ou a lei da nacionalidade deles. Nota-se, portanto uma preferência pela lei da residência habitual em detrimento da nacionalidade, o que vem sendo mais comumente preferível dentro de outros Regulamentos europeus, tendência de um processo de europeização do

²⁰³ FABADO, Isabel Reig, in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 131 e ss.

direito, tendo como exemplo o Regulamento (UE) n.º 650/2012, que trata das sucessões e o Regulamento (UE) n.º 1259/2010, que trata do divórcio e separação²⁰⁴.

Quanto a escolha pela lei da residência habitual previsto na letra a), do n.º1, poderá ser tanto a lei do Estado da residência habitual do momento em que a parceria fora registada ou a lei do lugar da nova residência habitual em que se fará o acordo de escolha de lei, nos casos em que haja mudança desta residência. A letra b) diz que pode ser a lei de um Estado da nacionalidade de qualquer dos parceiros; a letra c) é a escolha da Lei do Estado nos termos cuja lei a parceria foi estabelecida.

Tal possibilidade de escolha de lei é importante caso a lei de um Estado-membro que seja a aplicável não reconheça a parceria e, por conseguinte, não conceda direitos patrimoniais a mesma, logo, podem os parceiros escolher uma lei, dentro das regras do art. 22.º, que lhes seja mais favorável²⁰⁵. É o caso por exemplo de dois brasileiros a viver em Portugal, numa parceria registada e a lei brasileira lhes é mais favorável, logo, neste caso poderiam escolher a lei da nacionalidade deles para regular os efeitos patrimoniais de acordo com o art. 22.º, n.º 1, letra b). Não poderiam escolher aplicar a lei da residência habitual pois seria a lei portuguesa e o ordenamento jurídico português não reconhece as parcerias registadas, além disso, para as uniões de facto, a lei brasileira é mais benéfica e atribui mais direitos. Nos termos do Regulamento, a escolha de lei pelos unidos de facto é muito vantajoso, pois lhes confere a possibilidade de escolher, não só, uma lei que lhes seja mais vantajosa, como também uma que reconheça a união como válida e lhe atribua efeitos, desde que seja uma das leis permitidas pelo art. 22.º, n.º 1 do Regulamento.

Quanto aos n.ºs 2 e 3, é uma forma de resguardar e proteger o direito de terceiros que a mudança na lei aplicável pode acarretar. Já que o Regulamento permite a mudança quanto aos regimes aplicáveis à parceria registada e as mudanças podem ser feitas antes ou mesmo após o registo da parceria, ao alterar-se o regime, alteram-se seus efeitos, daí a preocupação em resguardar direitos adquiridos por terceiros²⁰⁶. A mudança da lei aplicável não retroage à data do registo, apenas produz efeitos para o futuro.

²⁰⁴ “Sem prejuízo das eventuais dificuldades na sua concretização, a residência habitual favorece a integração cultural, não é discriminatória, pode, enquanto elemento de facto, ser densificada de maneira uniforme pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e coincide com o critério de competência, unificando *fórum e ius*.” - MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...* p. 133.

²⁰⁵ BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 216 a 218.

²⁰⁶ Em termos idênticos para o Regulamento n.º 2016/1103, crf. MOTA, Helena, *ob. cit.* “Os efeitos patrimoniais...,” p. 18 e 19.

No art. 23.º estão contidos os requisitos de validade formal, ou seja, a forma como deve estar o acordo de escolha de lei aplicável para que este seja válido. Enquanto o art. 24.º trata da aceitação e da validade material ao acordo de escolha da lei aplicável, ou seja, se a lei material aplicável ao caso admite ou não a mudança de regimes. Deve-se levar em consideração, para verificação da validade material a lei para que se estar a mudar e não a lei de que se está a mudar²⁰⁷, o que quer dizer que é a nova lei quem deve observar os aspetos materiais que devem regular a relação e não a lei que foi “substituída”.

Caso os parceiros não tenham escolhido a lei aplicável prevista no art. 22.º ou tenham escolhido, mas o acordo de escolha de lei não seja válido por falta dos requisitos formais ou materiais contidos nos arts. 23.º e 24.º, aplicar-se-á o art. 26.º que diz: 1) Na ausência de acordo de escolha de lei nos termos do art.22.º, a lei aplicável aos efeitos patrimoniais das parcerias registadas é a lei do Estado nos termos da qual a parceria registada foi estabelecida: 2) A título excecional e a pedido de qualquer um dos parceiros, a autoridade judicial competente para decidir sobre matérias relativas aos efeitos patrimoniais das parcerias registadas pode decidir que os efeitos patrimoniais da parceria registada sejam regidos pela lei de um Estado diferente daquele cuja lei é aplicável nos termos no n.º 1 se a lei desse outro Estado atribuir efeitos patrimoniais ao instituto da parceria registada e se o requerente demonstrar que: a) Os parceiros tiveram sua última residência habitual comum nesse Estado durante um período significativamente longo; e b) Ambos os parceiros tinham invocado a lei desse outro Estado ao organizarem ou planearem as suas relações patrimoniais. A lei desse outro Estado é aplicável a partir do estabelecimento da parceria registada, a menos que um dos parceiros não esteja de acordo. Neste último caso, a lei desse outro Estado produz efeitos a partir do estabelecimento da última residência habitual comum nesse outro Estado. A aplicação da lei do outro Estado não pode afetar negativamente os direitos de terceiros resultantes da lei aplicável nos termos do n.º 1. O presente número não se aplica quando os parceiros tenham celebrado uma convenção de parceria antes do estabelecimento da sua última residência habitual comum nesse outro Estado.

Nota-se mais uma vez, portanto, a opção do legislador pela lei da residência habitual, tendência no direito internacional europeu, o que de certa forma traz uma imobilização do elemento de conexão de modo a proteger as expetativas das partes para

²⁰⁷ MOTA, Helena, *ob. cit. Os efeitos patrimoniais...*, p. 19.

não serem surpreendidos no futuro com uma lei desconhecida ou da qual não tem qualquer vínculo, principalmente para preservar a questão patrimonial a que se submete o Regulamento. No entanto, há um ônus, qual seja, em se tratando de um elemento de conexão móvel baseado na nacionalidade ou na residência, pode surpreender os parceiros; a imobilização, por outro lado, não os permite se adaptar a uma nova condição de vida ou patrimonial que possam vir a construir no futuro²⁰⁸.

Apesar disso, a opção pela residência habitual pode sempre guardar uma relação mais próxima com o caso, de modo que a união pode ter sido oficializada num determinado Estado-membro pouco tempo e depois os parceiros foram viver em outro país e lá passaram uns bons anos, tendo vivido toda sua relação neste determinado lugar, porém decidem voltar a viver no lugar onde a parceria fora oficializada e pouco tempo depois a parceria chega a um fim e a lei da residência habitual não guarda uma relação tão forte com a parceria como a lei do lugar em que viveram toda a sua relação, razão pela qual, a melhor, mais viável e segura opção é escolher a lei aplicável nos moldes do art. 22.º, seja durante ou antes da formação da parceria, é a melhor opção para assegurar a aplicação de uma lei que os parceiros considerem mais eficaz.²⁰⁹

A vantagem de se escolher a lei aplicável prevista no artigo 22.º é que esta é uma boa solução para evitar a aplicação residual do art. 26.º e uma possível lei que não seja tão vantajosa que não concede nenhum ou quase nenhum direito patrimonial a este tipo de união²¹⁰ ou parceria, como o caso de Portugal, por exemplo. Além também, é claro, de

²⁰⁸ MOTA, Helena, *ob. cit. Os efeitos patrimoniais...*, p. 22 e 23.

²⁰⁹ “Si un matrimonio de nacionales italianos establece en su primera residencia tras la celebración del matrimonio en la Costa del Sol. Al cabo de un año deciden establecer su residencia en Italia por motivos laborales y después de cinco regresan a España. Entonces surge la crisis matrimonial, se presenta la demanda de divorcio ante Tribunales españoles y se procede a la liquidación matrimonial. Conforme a lo establecido en el art. 26 y puesto que no han efectuado elección de ley aplicable, la ley rectora será la ley española, al ser España el lugar en el que establecieron su primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio. Volviendo al efecto de la fijación en el tiempo de las conexiones, se puede observar que en el supuesto planteado se genera cierta lejanía de soluciones. Ello es así porque el mayor tramo de la vida conyugal ha transcurrido en Italia (un año en España y cinco en Italia).” DIAGO, Mª Pilar Diago, in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 251 e 252.

²¹⁰ “E se a lei aplicável for a portuguesa (ou outra) que não reconhece este tipo de parceria registada e nem lhe atribui (quase) nenhum efeito patrimonial? Esta pode ser uma situação delicada para as partes embora seja residual ou até meramente académica: na realidade, não só podem as partes evitar a situação através de um pacto de jurisdição e colocando a acção no Estado-Membro onde registaram a parceria, por exemplo, como podem escolher a lei, nomeadamente a lei do Estado segundo a qual estabeleceram a parceria que será, aliás, a lei supletivamente aplicável na falta de escolha (art. 26.º). Além do mais, a escolha de lei deve ser em favor de uma lei que atribua efeitos patrimoniais à união de facto registada (art. 22.º) e se tal não acontecer aplica-se a lei supletiva com as mesmas consequências.” - MOTA, Helena, *ob. cit. Os efeitos patrimoniais...*, p. 26.

poder escolher uma lei com a qual tenha mais proximidade ou que até se mostre mais vantajosa. Ou seja, a solução dada pelo art. 22.º sana qualquer problema ou malefício para os parceiros que possam surgir em razão da aplicação residual do art. 26.º, seja porque a lei não lhes é favorável ou porque não guarda relação com a parceria, podendo a qualquer momento, antes ou depois do registo da parceria fazer um acordo de escolha de lei aplicável, conforme art. 22.^{o211}. Isto é importante quando brasileiros residentes em Portugal, querendo aplicar a lei brasileira por lhes ser mais favorável, escolham esta para regular os efeitos patrimoniais da relação, não ficando suscetíveis a lei portuguesa de aplicação residual prevista no art. 26.º.

O art. 27.º do Regulamento n.º 2016/1104 diz quais os assuntos que serão de apreciação da lei aplicável nos termos do art. 22.º ou 26.º, qual seja, depois de determinada a lei que será a aplicável, esta irá regular coisas como: A transferência de bens de uma categoria para outra; a responsabilidade de um parceiro pelas obrigações e dívidas do outro parceiro; os poderes, direitos e obrigações de qualquer um ou de ambos os parceiros em relação aos bens; a divisão, distribuição ou liquidação dos bens aquando da dissolução da parceria registada; etc...

Além das matérias que estão tratadas no art. 27.º que são do âmbito da lei aplicável, há ainda as matérias que a princípio estão excluídas do âmbito de aplicação do Regulamento, mas que por alguma razão tem reflexos nas questões patrimoniais o que acaba por atrair tal matéria para seu âmbito de aplicação. É o caso, por exemplo da capacidade, que segundo o art. 2.º, n.º 1, letra a), está excluído das matérias tratáveis pelo Regulamento. No entanto, a capacidade para dar consentimento quanto a determinados assuntos pode gerar reflexos no âmbito patrimonial, o que pode vir a prejudicar um ou ambos os parceiros, razão pela qual passará a ser de interesse do Regulamento por conter matérias conexas a ele²¹².

Tanto é assim que o Considerando 20 que diz claramente que as questões relativas a capacidade jurídica geral dos parceiros, a princípio não são de competência do Regulamento, a não ser que o assunto relativo a capacidade interfira na relação

²¹¹ DIAGO, Mª Pilar Diago, in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 247 e ss.

²¹² SÁNCHEZ, José Simeón Rodríguez, in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 261 e ss.

patrimonial, que neste caso, passaria a ser de competência deste por ter efeitos reflexos nas questões patrimoniais.²¹³

Pode também surgir alguma conexão que atraia a competência para o Regulamento em matérias como Contratos, no que diz respeito a quaisquer formas de alienação do bem; ou quanto aos aspetos sucessórios, reguladas pelo Regulamento (UE) n.º 650/2012, já que a sucessão é uma das causas de determinação de competência prevista no art. 4.º e 5.º do Regulamento n.º 2016/1104, além de que a sucessão será determinada muitas vezes considerando o regime patrimonial escolhido. Pode ainda ter conexão com os direitos reais, que por motivos óbvios, pode interferir ou ter relação com bens que pertençam ao património dos parceiros.²¹⁴

Por fim, o art. 28.º trata sobre a oponibilidade a terceiros, ou seja, de que modo serão resolvidas as questões patrimoniais de uma parceria registada no que diz respeito aos terceiros envolvidos, lei aplicável, mudança de regime, conhecimento por parte desses terceiros no tocante ao património e seus respetivos efeitos, o terceiro que não tinha conhecimento quanto a lei aplicável, bem como a boa-fé destes.²¹⁵

5. EFEITOS SUCESSÓRIOS DA UNIÃO DE FACTO E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DE FONTE INTERNACIONAL

Quanto ao Regulamento (UE) n.º 650/2012, é importante fazer algumas breves considerações pelo facto de que, de acordo com o Regulamento n.º 2016/1104, no art. 4.º, a competência, quanto as questões patrimoniais de uma parceria registada, será atraída para o foro que será competente para tratar a sucessão definido a partir das regras do Regulamento (UE) n.º 650/2012, nos arts. 4.º ao 10.º.²¹⁶ Além disso, nas uniões estáveis brasileiras há previsão legal quanto à sucessão por morte de um dos membros da relação, logo, caso haja uma sucessão em andamento e os companheiros residam em Portugal, que é Estado-Membro participante do Regulamento (UE) n.º 650/2012, a competência para, tanto tratar tanto da sucessão, quanto de quaisquer efeitos patrimoniais ligados a parceria registada, será definida por este.

²¹³ MOTA, Helena, *ob. cit. Os efeitos patrimoniais...*, p. 10 e 11.

²¹⁴ SÁNCHEZ, José Simeón Rodríguez, in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 266 a 270.

²¹⁵ GONZÁLEZ, Fernando P. Méndez, in BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Régimen Económico...*, p. 275 e ss.

²¹⁶ Em termos idênticos para o Regulamento n.º 2016/1103, crf. MOTA, Helena, *ob. cit. Casamento e património...*, p. 124 e 125.

No mais, como suas regras são aplicáveis às sucessões abertas desde 2015, as regras de conflitos internas prevista nos arts. 62.º e ss do CC caíram em desuso, de modo que a fonte interna de direito internacional privado para solução de conflitos relativamente a direitos sucessórios foi substituída pelas regras do Regulamento (UE) n.º 650/2012.

Este Regulamento teve grande influência da Convenção da Haia de 1989, a exemplo do art. 20.º que trata da universalidade da sucessão já era prevista na CH89, além da questão quanto a preferência do Regulamento 650/2012 pela lei da residência habitual e não pela nacionalidade e excecionalmente a preferência pela lei mais intimamente conectada, é o conteúdo do art. 3.º da CH89. Outro elemento previsto na CH89 que foi atribuído ao Regulamento foi o da possibilidade de escolha da lei aplicável nos termos do art. 22.º, podendo escolher a lei da nacionalidade, que já era um elemento previsto no art. 3.º da CH89, em conjunto com a lei da residência habitual e subsidiariamente a mais intimamente conexa.²¹⁷

Na União Europeia tem crescido o número de sucessões dentro do espaço europeu, segundo dados de 2009 foram 450 000²¹⁸ sucessões internacionais. Contudo, em razão da diversidade de regras materiais e processuais de cada Estado-Membro, dificulta-se o processo sucessório e a vida dos herdeiros quando há bens localizados em um ou vários Estados-Membros. Isto acabava por gerar certa insegurança jurídica, com decisões contraditórias por parte das autoridades judiciais dos Estados, o desrespeito pela vontade e expectativas das partes. Notou-se, então a importância de solucionar estes problemas por meio da criação de um Regulamento com o intuito de fazer com que todos os tribunais da União Europeia aplicassem a mesma lei, bem como aplicassem os mesmos critérios de competência, e reconhecessem mutuamente as decisões tomadas.²¹⁹ Resumidamente, é a tentativa da União em criar um direito internacional privado comum, com o intento de unificar a jurisprudência e facilitar a determinação do foro competente, a lei aplicável e a execução de sentença estrangeira.

²¹⁷ MINEIRO, Fernando Pedro, “Alguns Aportes da Conferência da Haia ao Regulamento Europeu n. 650/2012 sobre Sucessões”, in *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus Impactos na Sociedade – 125 anos (1893-2018)*, Arraes Editores, 2018, p. 69 a 71.

²¹⁸ Dados de <http://europa.eu/rapid>. In MOTA, Helena, “A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.º 650/2012 do PE e do Conselho, de 4 de Julho de 2012”, in *RED Revista Electrónica de Direito*, 2014, p. 4.

²¹⁹ MOTA, Helena, *ob. cit.* “A autonomia conflitual...,” p. 4 a 6.

Assim nasce o Regulamento (UE) n.º 650/2012 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Como o próprio nome do Regulamento sugere, é uma tentativa de facilitar e agilizar os processos sucessórios, promovendo meios que facilitam a execução de sentença estrangeira, bem como a determinação da lei aplicável e da competência, além de criar o certificado sucessório europeu. Este Regulamento faz parte do movimento conhecido “Europeização do Direito Internacional Privado”, cujo objetivo é “manter e desenvolver um espaço de liberdade, de segurança e de justiça”, conforme previsto no Tratado da União Europeia.²²⁰

Contudo, o Regulamento em si, tal como todos os demais já retratados, não tem conteúdo material, apenas determina a qual ordenamento jurídico caberá aplicar sua lei material. O Doutor Nuno Ascensão Silva suscita uma questão relativa à diversidade dos ordenamentos jurídicos-materiais e o esforço comum para uniformizar e harmonizar o direito material sucessório, com o intuito de promover a unidade do regime jurídico-material da sucessão.²²¹

O art. 1.º, n.º 1 fala sobre o âmbito de aplicação do Regulamento, qual seja, a tudo que concerne às sucessões por morte, não sendo aplicável às matérias fiscais, aduaneiras e administrativas. Já o n.º 2 são as cláusulas excluídas do âmbito de aplicação do Regulamento. Estão excluídas questões relacionadas a capacidade jurídica; relacionadas com o desaparecimento, ausência ou morte presumida; obrigações alimentares, excecionadas as que resultam do óbito, etc...

Estão também excluídas do âmbito de aplicação do Regulamento questões relativas ao regime de bens e às convenções antenupciais. Porém, eventualmente, para tratar da sucessão em si, é necessário levar em conta o regime de bens do casamento, que pode modificar a sucessão, assim como as convenções antenupciais que também podem alterar a sucessão seja em razão dos pactos sucessórios firmados nas convenções antenupciais, ou das doações para o casamento.²²² Funciona de maneira semelhante ao Regulamento (UE) n.º 2016/1104 em que estão excluídos do seu âmbito de aplicação

²²⁰ MINEIRO, Fernando Pedro, *ob. cit. Alguns Aportes...*, p. 55.

²²¹ SILVA, Nuno Ascensão, “Em torno das relações entre o direito da família e o direito das sucessões – o caso particular dos pactos sucessórios no direito internacional privado”, in *Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 429 a 499.

²²² SILVA, Nuno Ascensão, *ob. cit. “Em torno das...”*, p. 429 a 499.

questões relativas à capacidade, mas que eventualmente podem ser discutidas em razão da validade dos efeitos patrimoniais. O Regulamento (UE) n.º 650/2012 aplica-se às sucessões das pessoas falecidas a partir de 17 de agosto de 2015.

5.1. Competência jurisdicional

A regra geral para determinação da competência está prevista no art. 4.º, que diz que será competente o “órgão jurisdicional do Estado-Membro em que o falecido tinha a sua residência habitual no momento do óbito.” Contudo, caso o falecido não tivesse sua residência habitual em nenhum Estado-Membro, mas sim num Estado terceiro, aplica-se a regra prevista no art. 10.º, n.º 1, qual seja, uma competência subsidiária baseada na localização do patrimônio do *de cuius*. Serão competentes os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro onde estão os bens da herança para decidir o conjunto da sucessão, desde que o falecido tivesse a nacionalidade deste Estado-Membro no momento do óbito (alínea a)), ou, na falta do primeiro critério, será a da residência habitual anterior neste Estado-Membro, desde que a ação seja intentada no prazo de cinco anos a contar da data da mudança da residência habitual (alínea b)). Em última hipótese, caso não sejam aplicáveis nenhuma das hipóteses do n.º 1, aplica-se o n.º 2, fracionando a sucessão, já que a competência será do Estado-Membro onde se encontram os bens da herança para se pronunciar sobre estes bens.²²³ Isto quer dizer que quando a residência habitual do falecido não for em um Estado-Membro, mas tenha deixado bens em um, a competência será do órgão jurisdicional do Estado-Membro onde estão os bens.²²⁴

Portanto, supondo que falece um dos membros de um casal em união estável luso-brasileiro, com residência habitual no Brasil, mas tendo deixado alguns bens móveis em Portugal. Não se aplicaria a regra prevista no art. 4.º uma vez que a residência habitual do *de cuius* no momento do óbito não era em um Estado-Membro, mas no Brasil, o que remete para a aplicação do art. 10.º. Neste caso, poderia ser aplicada a regra prevista no n.º 1, letra a), se o *de cuius* tivesse nacionalidade portuguesa, seria o tribunal português o competente. Caso o falecido fosse o brasileiro, então, neste caso, aplica-se o art. 10.º, n.º 2, em que será competente o órgão jurisdicional do Estado-Membro onde estão os bens da herança e tendo deixado certos bens móveis em Portugal, o tribunal português seria o competente para se pronunciar sobre esses bens.

²²³ RAMOS, Rui Manuel Moura, *ob. cit. Estudos de Direito...*, p. 237 a 286.

²²⁴ MARISCAL, Pilar Peiteado, *ob. cit. “Competencia internacional...”*, p. 317 e 318.

O Regulamento prevê a possibilidade de um acordo de eleição de foro, previsto no art. 5.º, n.º 1, em que as partes convencionam a competência exclusiva dos órgãos jurisdicionais do Estado-Membro. Quer dizer que, nos termos do art. 22.º, se a lei aplicável a sucessão for a de um Estado-Membro, as partes podem escolher este órgão jurisdicional para decidir exclusivamente sobre toda e qualquer matéria relacionada a sucessão. Sendo assim, caso tenha sido feito acordo de jurisdição válido, a jurisdição que fora demandada em razão das regras gerais de definição de competência prevista no art. 4.º, pode ou deve declarar-se incompetente nos termos do art. 6.º.²²⁵ Ou seja, quando pelas regras gerais do art. 4.º ou 10.º, for eleito um tribunal, este deve declarar-se incompetente quando já houver pacto de jurisdição em conformidade com o art. 5.º, ou facultativamente caso acredite-se que o órgão jurisdicional do Estado-Membro, cuja lei é a aplicável nos termos do art. 22.º (lei da nacionalidade), está em melhor situação para pronunciar-se sobre a sucessão (art. 6.º).²²⁶

Pela redação do art. 7.º, entende-se que quando o *de cuius* tiver escolhido a lei de sua nacionalidade (art. 22.º) para regular sua sucessão, os tribunais deste Estado-Membro serão competentes para conhecer e julgar a sucessão.²²⁷ Já em caso de um órgão jurisdicional ter iniciado oficiosamente a ação sucessória, seja pela regra geral do art. 4.º ou pela subsidiária do art. 10.º, a instância deverá ser extinta quando as partes tiverem acordado em resolver a sucessão por via amigável e extrajudicial no Estado-Membro cuja a lei tenha sido escolhida pelo falecido nos termos do art. 22.º (art. 8.º).²²⁸ O art. 9.º, por sua vez, trata sobre uma prorrogação tácita da competência, ou seja, se durante o decurso da ação em um Estado-Membro eleito pelas regras do art. 7.º, ficar provado que nem todas as partes na ação foram parte no acordo de eleição de foro, estas podem se manifestar sobre. Caso não o façam, a competência será prorrogada e o órgão jurisdicional continuará a exercer a jurisdição.²²⁹

O art. 11.º trata sobre um *fórum necessitatis*, ou seja, nos casos em que nenhum órgão jurisdicional em um Estado-Membro seja competente nas formas anteriormente previstas, um Estado-Membro que tenha conexão suficiente com o processo, em casos

²²⁵ RAMOS, Rui Manuel Moura, *ob. cit. Estudos de Direito...*, p. 237 a 286.

²²⁶ BUIGUES, José Luis Iglesias, MORENO, Guillermo Palao, *Sucesiones internacionales, comentarios al Reglamento (EU) 650/2012*, Tirant lo blanch, 2015, p. 78 e 80.

²²⁷ BUIGUES, José Luis Iglesias, MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Sucesiones internacionales...*, p. 83 e 84.

²²⁸ RAMOS, Rui Manuel Moura, *ob. cit. Estudos de Direito...*, p. 237 a 286.

²²⁹ BUIGUES, José Luis Iglesias, MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Sucesiones internacionales...*, p. 90.

excepcionais podem decidir a sucessão se esta “não puder ser razoavelmente intentada ou conduzida ou se revelar impossível num Estado terceiro com o qual esteja estreitamente relacionada.”

5.2.Lei Aplicável

A lei aplicável será definida de acordo com as regras gerais do art. 21.º, a não ser que haja escolha de lei nos moldes do art. 22.º. A regra geral prevista no art. 21.º, n.º 1 diz que será aplicável, ao conjunto da sucessão, a lei do Estado onde o falecido tinha residência habitual no momento do óbito. Excecionalmente, aplicar-se-á o art. 21.º, n.º 2, nos casos em que o falecido tinha uma relação manifestamente mais estreita com um Estado diferente do Estado cuja lei seria aplicável nos termos do n.º 1, baseado no princípio da proximidade. Esta “cláusula de escape” como chama o Doutor Guillermo Palao, é uma tentativa de corrigir e excecionar o critério da residência habitual, nos casos em que este ordenamento jurídico não demonstra estar conectado à sucessão, fazendo optar-se por um ordenamento com vínculos mais estreitos com a relação. Tem uma natureza flexível, haja vista não ter uma resposta exata que quando será aplicado, ficando a critério do órgão jurisdicional escolher aplicar a lei que se encontre mais conexa com o caso, sendo, portanto, esta “cláusula de escape” incerta e imprevisível.²³⁰

Como dito, a regra geral prevista no art. 21.º do Regulamento pode ser afastada em razão da aplicação do art. 22.º, caso em que o falecido tenha escolhido a lei aplicável para regular toda a sua sucessão, sendo a lei do Estado da sua nacionalidade à época da escolha da lei ou no momento do óbito.²³¹ A validade material deste ato será regulada pela lei escolhida.²³² Diferentemente do pacto de jurisdição previsto no art. 5.º em que só se pode escolher um órgão jurisdicional de um Estado-Membro, a escolha da lei aplicável não fica restrita a isto.

A escolha da lei, nos termos do art. 22.º é uma opção para os que não querem ter sua sucessão regulada pela lei da residência habitual no momento da morte, optando pela lei de sua nacionalidade, seja esta nacionalidade a da época em que fez a escolha da lei, ou a nacionalidade no momento do óbito. Isto ocorre porque a lei escolhida tem preferência sobre a regra geral prevista no art. 21.º, que só será aplicável em caso de falta

²³⁰ BUIGUES, José Luis Iglesias, MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Sucesiones internacionales...*, p. 148 e 149.

²³¹ MOTA, Helena, *ob. cit.* “A autonomia conflitual...,” p. 8.

²³² RAMOS, Rui Manuel Moura, *ob. cit. Estudos de Direito...*, p. 237 a 286.

e escolha da lei ou caso este não seja válido. Caso o *de cujus* tenha mais de uma nacionalidade, pode escolher qualquer uma delas para regular a sucessão.²³³ Pode ser escolhida qualquer lei, mesmo que não seja a lei de um Estado-Membro ou de um Estado-Membro não participante do Regulamento, segundo art. 20.º. Logo, a lei aplicável, nos termos do art. 21.º ou 22.º, em razão dos princípios da unidade e da universalidade da sucessão revistos no art. 20.º, irá regular toda a sucessão, ainda que não seja a lei de um Estado-Membro.²³⁴

A escolha da lei não precisa necessariamente ser a lei de um Estado-Membro, o que abre a possibilidade de os membros da união de facto, sendo pelo menos um deles brasileiro no momento de escolha da lei ou no momento do óbito, nos termos do art. 22.º, optar pela lei brasileira para regular toda a sucessão. Na falta de escolha de lei, aplica-se subsidiariamente o art. 21.º, que será a lei da residência habitual e esta pode não atender as expectativas das partes, bem como não reconhecer direitos sucessórios ao unido sobrevivente. Sendo assim, como forma de garantir que será a lei brasileira a aplicável, deve ser feita a escolha da lei, sob pena de ser aplicada uma lei que não reconhece direitos sucessórios aos unidos de facto.

O art. 23.º determina o âmbito da lei aplicável designada a partir do art. 21.º ou 22.º. Rege coisas como: a capacidade sucessória; a deserção e a incapacidade por indignidade; os poderes dos herdeiros; responsabilidade pelas dívidas da sucessão; a partilha da herança.²³⁵

Com relação ao reconhecimento de sentença estrangeira, o art. 39.º, n.º 1 consagra o princípio do reconhecimento automático da sentença em qualquer Estado-Membro, o que quer dizer que não há necessidade de recurso a qualquer procedimento para reconhecê-la.²³⁶ Sentenças estrangeiras de países não membros ainda precisam ser

²³³ MOTA, Helena, *ob. cit.* “A autonomia conflitual...,” p. 8 e 9.

²³⁴ Quanto a estes princípios o Doutor José Luis Buigues o benefício e a intenção da aplicação dos princípios, *crf.* “La unificación de las reglas de conflicto de leyes junto a las relativas a la competencia judicial, debe aplaudirse por cuanto responde al principio de seguridad y previsibilidad jurídicas, permite facilitar el reconocimiento y ejecución de los títulos ejecutivos en la materia, cuando no su reconocimiento mutuo, a la vez que evita, o disminuye, el riesgo de resoluciones contradictorias y, em definitiva, la búsqueda del foro que más conviene en función de la ley que se aplicaría al fondo del asunto.” BUIGUES, José Luis Iglesias, MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Sucesiones internacionales...*, p. 137.

²³⁵ MONZONÍS, Carmen Azcárraga, in BUIGUES, José Luis Iglesias, MORENO, Guillermo Palao, *ob. cit. Sucesiones internacionales...*, p. 161 a 174.

²³⁶ RAMOS, Rui Manuel Moura, *ob. cit. Estudos de Direito...*, p. 237 a 286.

confirmadas. Os fundamentos para não reconhecimento da decisão estão previstos no art. 40.º.

6. UNIÃO DE FACTO E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO

As normas de direito internacional não têm carácter material, de modo a determinar como resolver o conflito. Na verdade, atribui à lei de um Estado o papel de solucionar materialmente o litígio utilizando suas leis nacionais. É também responsável por definir o tribunal competente, mas não em como este deve conduzir o caso. Ou seja, é responsável, essencialmente por solucionar conflitos de lei no Espaço quando houver mais de um elemento de conexão, determinando a lei aplicável a partir das regras de DIPr.

Numa relação entre dois brasileiros, domiciliados no Brasil, não há razão para aplicar um direito estrangeiro. Caso diferente seria se uma brasileira e um japonês, em uma união estável domiciliados em Portugal. Que órgão jurisdicional seria competente? Qual seria a lei aplicável neste caso? Sendo uma relação familiar, cabe as normas de DIPr responder a todas estas questões.

O caso é que o juiz não pode deixar de aplicar a lei nacional em detrimento de uma lei estrangeira sem que haja qualquer conexão que leve até as normas jurídicas de outro Estado, isso só pode ocorrer quando houver uma relação jurídica com conexão internacional que justifique a aplicação de uma lei diferente.²³⁷ Mas primeiro determina-se a competência, prevista nos arts. 21 ao 25 do CPCBr, para então determinar a lei aplicável de acordo com as regras previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Quanto aos elementos de conexão, o Doutor Florisbal de Souza classifica como *pessoais*, ligadas ao domicílio, ou a nacionalidade ou origem e religião; *reais*, pela lei do local da situação da coisa; *voluntárias* de que dependem a autonomia de vontade; *normativos*, qual seja, a lei mais favorável ao caso; ou outros casos como *reais de natureza especial, delituais ou penais*, e *processuais*.²³⁸

Deve-se levar em consideração também o princípio da ordem pública e seu carácter imperativo, ou seja, quando houver um conflito de lei em razão de situações jurídicas multiconectadas, o juiz deve escolher a lei aplicável a partir das normas de DIPr,

²³⁷ RECHSTEINER, Beat Walter, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 24 e ss.

²³⁸ DEL'OMO, Florisbal de Souza, *Curso de direito internacional privado*, 10.ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2014, p. 71 e ss.

optando pela lei nacional ou pela lei estrangeira. Contudo, a aplicação do DIPr pode ser impedida caso haja uma exceção de ordem pública que funciona como um limitador das regras de conexão, ou seja, não se aplica o direito estrangeiro, apesar de ser ele o aplicável por ferir a ordem pública nacional.²³⁹

A aplicação da ordem pública implica no afastamento da lei estrangeira que fora designada para resolver o litígio para ser aplicada outra lei mais adequada, portanto, tal princípio deve ser empregado em caráter excepcional.²⁴⁰ Para a Doutora Nadia de Araújo isto gera um efeito negativo uma vez que utilizar a lei estrangeira traria um resultado incompatível com a ordem pública do foro, mas também gera um efeito positivo, de modo que o afastamento da lei estrangeira pela ordem pública atrai a aplicação da lei nacional, ou seja, uma regra que se adequa melhor a situação.²⁴¹

Funciona dessa forma porque a aplicação do princípio da ordem pública serve para proteger os direitos fundamentais, sejam os previstos no art. 5.º da CF, ou seja, nos tratados internacionais de direitos humanos e por ter este caráter de proteção, sua aplicação é imperativa e foge à regra geral.²⁴²

6.1.Determinação da competência

Antes de ser determinada a lei aplicável, deve-se antes determinar a competência, ou seja, o órgão jurisdicional que será responsável por solucionar o conflito. Isto ocorre quando mais de um tribunal se mostra competente para conhecer do mérito e julgar o caso,²⁴³ ocorrendo, portanto, um conflito de jurisdição. Quer dizer que, antes de aplicar a norma material eleita pelas regras de DIPr, o juiz deve ter a competência para julgar a ação proposta e por isso a competência deve ser definida.²⁴⁴

Dentro da matéria de competência internacional, pode ser dividida em competência concorrente e competência exclusiva. Enquanto na concorrente o Estado

²³⁹ RECHSTEINER, Beat Walter, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 220 e ss.

²⁴⁰ RECHSTEINER, Beat Walter, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 220 e ss.

²⁴¹ ARAÚJO, Nádia de, *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*, 1.ª Ed., Porto Alegre, Editora Revolução, eBook, 2016, p. 92 e 93.

²⁴² ARAÚJO, Nádia, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 92 e ss.

²⁴³ “Em determinadas ocasiões, mais de um Estado é potencialmente apto a decidir o litígio. Isso ocorre quando a situação é conectada de alguma forma a mais de um ordenamento jurídico, e as leis processuais de ao menos dois Estados indicam que existe a possibilidade de exercício da atividade jurisdicional para pacificar o conflito.” – ARAÚJO, Nádia, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 164.

²⁴⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional privado*, 3.ª Ed., Rio de Janeiro Editora Forense, 2018, p. 146.

brasileiro ou qualquer outro Estado que se julgue apto, podem julgar a lide; na competência exclusiva, apenas o tribunal brasileiro pode tratar da questão, de modo que, caso outro Estado julgue este litígio, a decisão não será reconhecida no Brasil, ficando impedido o reconhecimento da decisão estrangeira.²⁴⁵ Sendo assim, os factos que ocorreram no estrangeiro que não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas nos arts. 21 ao 25 do CPCBr, impedem que o judiciário brasileiro conheça da ação em razão da ausência absoluta de jurisdição.²⁴⁶

O Doutor Beat Walter divide ainda em normas diretas e normas indiretas de competência internacional, sendo as diretas quando é definida de forma direta a competência internacional dos tribunais domésticos, num processo com conexão internacional, previstos nos arts. 21 ao 23 do CPCBr; enquanto as normas indiretas de competência internacional são as causas com conexão internacional que foram submetidas à apreciação por juiz ou tribunal estrangeiro, mas que será examinada por tribunal brasileiro em razão de um processo de homologação.²⁴⁷

A competência concorrente está prevista no art. 21 e 22 do CPCBr e o art. 21 determina que a autoridade judiciária brasileira será competente sempre que a) o réu, independente de sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; b) quando a obrigação tiver de ser cumprida no Brasil; ou o fundamento seja facto ou ato praticado no Brasil; por fim d) em caso de pessoa jurídica estrangeira, considera-se domiciliada no Brasil se tiver agência, filial ou sucursal. Já o art. 22 diz que o Brasil também será competente quando a) se tratar de ação de alimentos e o credor ou tiver domicílio ou residência no Brasil, como também caso o réu mantenha vínculos no Brasil como posse ou propriedade de bens, renda ou obtenção de benefícios económicos; b) nas relações de consumo quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil; c) ou caso as partes, expressa ou tacitamente, se submetam a jurisdição nacional. Como dito, por se tratar de competência concorrente, não impede que além do Brasil, outro Estado possa dirimir o feito, podendo inclusive a sentença estrangeira produzir efeitos no Brasil caso seja homologada pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça).

Isto quer dizer que, a competência concorrente não exclui a competência de jurisdições estrangeiras, contudo, o Estado brasileiro também não abdica de sua

²⁴⁵ DEL'OMO, Florisbal de Souza, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 269 e 270.

²⁴⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 147 e 148.

²⁴⁷ RECHSTEINER, Beat Walter, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 31.

competência. Esta concorrência permite que a sentença proveniente de um tribunal estrangeiro possa ser homologada perante o STJ e então executada, desde que antes do trânsito em julgado da sentença brasileira.²⁴⁸ Resumidamente, os casos previstos nos arts. 21 e 22 do CPCBr, admitem a possibilidade de a justiça de um Estado estrangeiro ser igualmente competente a do Brasil para julgar a causa. Contudo, caso não se trate de qualquer destas hipóteses, o Brasil não possui jurisdição para tratar deste litígio, apenas tendo competência (seja exclusiva ou concorrente) dos casos previstos.

Dito isto, sendo concorrente a competência, o autor pode “escolher” o foro onde irá ajuizar a ação, seja o brasileiro ou o estrangeiro, já que qualquer dos Estados pode conhecer e julgar a ação, direito fundamentado na autonomia de vontade da parte em que se pretende melhor atender as suas expectativas e interesses elegendo o foro que lhe convém, dentre os que apresentam conexão com o caso.²⁴⁹

O “domicílio” a que se refere o inciso I do art. 21, bem como o Parágrafo Único deste mesmo artigo, e o inciso I, letra a) do art. 22, tratando-se de pessoa física, será o lugar onde a pessoa estabelece a sua residência com ânimo definitivo. Já em caso de pessoa jurídica (parágrafo único do art. 21), o domicílio será o lugar onde funcionam as respectivas diretorias ou administrações, ou onde tenham elegido domicílio especial por meio de seu estatuto. Agência, filial ou sucursal de pessoas jurídicas internacionais estabelecidas no Brasil, são consideradas domiciliadas em território brasileiro.²⁵⁰ Comparado ao direito português, então, “domicílio” é no direito brasileiro um termo equivalente ao da “residência habitual”.

As possibilidades de competência concorrente previstas no art. 22 já falam por si, mas é importante mencionar o inciso III, que diz que a competência será brasileira quando as partes, expressa ou tacitamente, se submetam à jurisdição nacional. Isto quer dizer que, o judiciário brasileiro fica aberto a discutir todo tipo de litígio que as partes, expressa ou tacitamente, queiram solucionar dentro do território nacional, ainda que não guarde qualquer relação com a ordem jurídica brasileira. É assim pois a norma proíbe

²⁴⁸ ARAÚJO, Nádia, *ob. cit. Direito Internacional...*, p.174 e ss.

²⁴⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 147.

²⁵⁰ RECHSTEINER, Beat Walter, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 313 e 314.

expressamente que a autoridade brasileira decline da competência. Não quer dizer, necessariamente, que seja a lei brasileira a aplicável, são situações diferentes.²⁵¹

A norma do art. 22, III é forma de referência a eleição do foro que trata da possibilidade de escolher o foro que será competente para tratar da ação através de uma cláusula contratual. No entanto, não é possível aplicar a cláusula de eleição de foro quando se tratar de competência exclusiva prevista no art. 23 do CPCBr, ou mesmo que o caso seja decidido no estrangeiro, tal decisão não terá eficácia em território brasileiro em razão de se tratar de competência exclusiva do Brasil. Nestes casos, a nacionalidade das partes para fixação da competência por meio da eleição do foro é irrelevante.²⁵²

O Doutor Beat Walter diz que a submissão expressa pressupõe um foro eleito pelas partes, enquanto a tácita é uma presunção de aceitação uma vez que o réu não arguiu a exceção declinatória de foro na forma e nos prazos previstos na lei. Preza-se pela autonomia da vontade, pela liberdade das partes, mas há exceções, devendo ser escrita e aludir expressamente a um determinado negócio jurídico. Não se pode incluir pretensões que, pela lei, as partes não poderiam dispor livremente e nem podem determinar um foro exclusivo ou inderrogável.²⁵³

Em se tratando de competência exclusiva, está prevista no art. 23 do CPCBr que apenas compete aos tribunais brasileiros: a) ações relativas a bens imóveis situados no Brasil; b) relativas a sucessão hereditária, quanto a confirmação de testamento particular e o inventário e partilha de bens situados no Brasil; e c) quanto às ações relativas a divórcio, separação judicial ou dissolução da união estável, no que concerne a partilha dos bens que estejam situados no país.

Sendo, portanto, a competência exclusiva, qualquer sentença estrangeira que trate de alguma dessas hipóteses, não será homologada pelo STJ, uma vez que o tribunal estrangeiro não terá reconhecida sua competência, cabendo apenas a justiça brasileira apreciá-las, fica também sem efeito a cláusula que confere a tribunal estrangeiro a competência para conhecer e processar o litígio que são de competência exclusiva

²⁵¹ “Verdade é que a eleição *do foro* nada tem que ver com a escolha *da lei* aplicável à resolução da lide. Assim, escolhido o foro brasileiro para o deslinde do caso concreto, resta ainda ao juiz nacional localizar a lei aplicável (nacional ou estrangeira) para a resolução do mérito, seguindo as conexões estabelecidas pelas regras nacionais de DIPr.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 148.

²⁵² ARAÚJO, Nádia, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 185 e ss.

²⁵³ RECHSTEINER, Beat Walter, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 320 e 321.

brasileira.²⁵⁴ Em outras palavras, apenas as decisões do judiciário brasileiro produzirão efeitos, excluindo qualquer outra, nem ao menos havendo hipótese de homologação, sempre que se trate de competência exclusiva.

No que diz respeito as ações relativas à bens imóveis, tratado no art. 23, I do CPCBr, quer dizer que é qualquer tipo de ação, seja declaratória, ou constitutiva, ou mesmo condenatória ou executiva, a competência sempre será do Brasil. O contrário também é válido, ou seja, ações relativas à imóveis localizados no estrangeiro também, em sua grande maioria, são de competência exclusiva e por uma questão de ordem pública e segurança jurídica, o Brasil declina a competência declarando-se incompetente.²⁵⁵

Quando a lei fala em bens imóveis, quer dizer que todas as ações, seja de direito pessoal ou real, que versem sobre imóveis, serão de competência exclusiva do Brasil.²⁵⁶ Questões relativas a bens imóveis, que estão fixados em um determinado território e por isso a ele pertencem, são de competência exclusiva por uma questão de soberania dos Estados, de modo que deve ser respeitado o território alheio dentro de seus limites fronteiriços.²⁵⁷

O art. 24, *caput* do CPCBr diz que uma ação proposta em tribunal estrangeiro não induz litispendência, o que quer dizer que não impede que a autoridade judiciária brasileira também conheça da mesma causa e do que lhe for conexo, excluindo disposições previstas em tratados internacionais e acordos bilaterais que vigoram no Brasil. Enquanto o parágrafo único diz que enquanto a causa estiver pendente perante a jurisdição brasileira, nada impede que a sentença estrangeira seja homologada para que possa produzir efeitos no Brasil. Ou seja, em se tratando de competência concorrente, a ação pode correr simultaneamente no Brasil e no Tribunal estrangeiro.

Isto quer dizer que, em caso de litispendência, ou seja, caso a ação estrangeira comece simultaneamente à ação proposta no Brasil, o tribunal brasileiro também será competente independente do que ocorrer na justiça estrangeira e isto quer dizer que tanto a justiça do Brasil quanto a estrangeira podem tratar do assunto em simultâneo, contudo, se a questão for resolvida no foro brasileiro, a decisão estrangeira já não poderá ser homologada. De mesmo modo, caso a ação no Brasil ainda não tenha transitado em

²⁵⁴ ARAÚJO, Nádia, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 191 a 194.

²⁵⁵ ARAÚJO, Nádia, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 192 e 193.

²⁵⁶ RECHSTEINER, Beat Walter, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 314.

²⁵⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 149 e 150.

julgado, e a sentença estrangeira tenha sido já homologada, a ação proposta no Brasil será interrompida.²⁵⁸ O mesmo vale para casos em que se propõe ação idêntica no Brasil em busca de um resultado favorável, quando já havia sido submetida em tribunal estrangeiro e a sentença que já transitou em julgado não foi benéfica, não sendo possível.²⁵⁹ Por razões óbvias, é assim para se evitar ter dois resultados diferentes para um mesmo pedido. O processo pode correr simultaneamente em mais de um órgão jurisdicional de Estados diferentes, mas só uma sentença será válida e executada, de modo que, prolatada a sentença, exclui-se a ação que corre em simultâneo em outro Estado, executando apenas uma sentença e excluindo a possibilidade de haver insegurança jurídica por terem dois resultados distintos para a mesma coisa.

Por fim, o *caput* do art. 25 prevê a possibilidade de se afastar a competência sempre que “houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.” Sendo assim, mesmo que a justiça brasileira tenha competência concorrente para julgar a causa, ele declina a competência em razão da autonomia da vontade das partes.²⁶⁰ Quando se tratar de competência exclusiva, no entanto, a competência não poderá ser afastada, ou seja, a vontade das partes, neste caso, não tem o poder de afastar a competência prevista como exclusiva pela lei (art 25, § 1.º), apenas podendo afastar as hipóteses de competência relativa prevista nos arts. 21 e 22 do CPCBr.

Via de regra, as decisões judiciais têm os seus efeitos limitados ao território cujo ordenamento jurídico a prolatou. Contudo, é possível que uma decisão estrangeira produza efeitos em território nacional quando esta for aceita em razão de lei, convenção ou reciprocidade, devendo, por regra, passar por um procedimento específico que irá verificar a existência de certos requisitos para então homologar a sentença estrangeira e produzir seus efeitos em território nacional.²⁶¹ Caso os requisitos não estejam cumpridos, não há a obrigação de reconhecer a validade e a eficácia da decisão estrangeira.

O Doutor Florisbal de Souza conceitua a homologação como “o ato que torna a sentença estrangeira exequível na ordem jurídica interna.” Isto quer dizer que, é a partir da homologação que uma sentença estrangeira vai poder ser executada num determinado

²⁵⁸ ARAÚJO, Nádia, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 176.

²⁵⁹ RECHSTEINER, Beat Walter, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 321.

²⁶⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 151

²⁶¹ DEL'OMO, Florisbal de Souza, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 90

território.²⁶² Via de regra, não se reexamina o mérito e nem a correta aplicação do direito pelo juiz que prolatou a sentença, apenas serão analisados se esta sentença não fere a ordem pública e se não viola princípios fundamentais da ordem jurídica interna.²⁶³

A parte relativa a homologação de sentença estrangeira, está contida no capítulo VI, nos arts. 960 ao 965 do Código de Processo Civil. Os requisitos indispensáveis para que a decisão seja homologada estão previstos no art. 963, incisos de I a VI, dentre os quais: ser eficaz no país em que foi proferida; ter sido proferida por autoridade competente; não ofender coisa julgada brasileira; não ofender a ordem pública, etc... Para além dos requisitos previstos no art. 963, caso se trate de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira nas hipóteses previstas no art. 23, a decisão estrangeira não será homologada (art. 964).

No mais, em regra, só se homologam sentenças estrangeiras cíveis, não podendo ser homologadas sentenças penais com fins meramente criminais a não ser que dessa sentença penal surjam efeitos civis, razão pela qual a sentença será homologada e surtirá efeitos apenas no tocante aos efeitos civis, como autoriza o art. 790 do Código de Processo Penal.²⁶⁴

Dito isto, sentenças estrangeiras relativas à direitos da família emitidas por tribunais estrangeiros serão homologadas no Brasil pelo STJ desde que fossem matérias de competência concorrente (arts. 21 e 22 do CPCBr), já que as de competência exclusiva (art. 23 do CPCBr) não podem ser homologadas, e que os requisitos do art. 963 do CPCBr estejam cumpridos. Uma vez homologada, a sentença passará a valer como um título executivo judicial, caso em que poderá produzir seus efeitos em território brasileiro.

Sendo assim, a sentença estrangeira será homologada pelo STJ e então passará a valer no Brasil como título executivo judicial, conforme art. 515, VIII do CPCBr e, a partir de então, poderá ser executada perante juízo cível competente, conteúdo do art. 516, III do CPCBr,²⁶⁵ ou seja, a finalidade do processo homologatório é dar reconhecimento e eficácia a sentença estrangeira perante a ordem jurídica brasileira para poder ser executada. Sendo a competência originária do STJ, quanto à homologação de sentença

²⁶² “O que deve ser enfatizado é que, sem homologação, a decisão estrangeira não pode ser executada no Brasil, ao passo que, homologada, a sentença *condenatória* se torna exequível.” DEL’OMO, Florisbal de Souza, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 91 e 92.

²⁶³ RECHSTEINER, Beat Walter, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 345.

²⁶⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 193 e 194.

²⁶⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 195.

estrangeira, é possível recurso extraordinário para o Superior Tribunal Federal (STF) contra o acórdão proferido pelo STJ. O Recurso ao STF apenas é possível se todos os pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário estiverem cumpridos.²⁶⁶

6.2. Normas aplicáveis ao Direito de Família

As normas de conflitos de Direito Internacional Privado que determinam a lei aplicável bem como a competência nas questões relativas ao Direito de Família e das Sucessões, estão, maioritariamente, previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sendo o critério geral de determinação da lei aplicável, a *lei do domicílio* previsto no art. 7.º da LINDB para os casos de Direito de Família. Resumidamente, definida a competência, de acordo com os arts. 21 ao 25 do CPCBr, cabe ao juiz determinar agora a lei aplicável ao caso utilizando as regras de DIPr previstas, maioritariamente na LINDB, que via de regra tem preferência pela chamada “lei do domicílio”.

É importante salientar que em razão de o Direito de Família e a Constituição Federal reconhecerem a união estável como uma entidade familiar, além da sua proximidade com o instituto do casamento, as leis sobre Direito Internacional referentes ao casamento são aplicáveis na mesma medida às uniões estáveis, excetuando as regras que são exclusivas do casamento como as questões habilitantes e celebrantes, já que a união estável não precisa de formalidades para iniciar.²⁶⁷ Por tal razão, onde houver “casamento”, leia-se união estável, valendo o mesmo princípio para cônjuges devendo ser entendido como companheiros.

As normas de DIPr referentes ao casamento servem para apreciar questões como a validade dos casamentos quando estes envolvam factos interjurisdicionais, em razão da enorme constância de pessoas de nacionalidade ou domicílios distintos que se casam ao redor do mundo todos os dias, é necessário determinar a tanto a lei aplicável quanto a capacidade ou elementos de forma.²⁶⁸

O art. 7.º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), diz que as questões relativas ao nome, a capacidade e ao fim da personalidade e dos direitos de família, serão regidas pela *lei do domicílio da pessoa*, sendo, portanto, o domicílio o

²⁶⁶ RECHSTEINER, Beat Walter, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 348.

²⁶⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 241 e ss.

²⁶⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 241 e ss.

elemento de conexão principal. Logo, é a lei do local da celebração do casamento que define a forma e os impedimentos deste (art. 7.º, § 1.º), porém é a lei nacional de cada um dos nubentes que trata sobre as regras relativas à capacidade.²⁶⁹

Da interpretação do art. 7.º, § 1.º entende-se que os casamentos que forem celebrados no Brasil, devem seguir a lei brasileira quantos aos elementos de forma e outros impedimentos, sejam nacionais ou estrangeiros, domiciliados ou não no país, quais sejam: os impedimentos previstos no art. 1.525 a 1.527 do CCBBr de 2002 que também são aplicáveis às uniões estáveis²⁷⁰. Do mesmo modo, caso a celebração seja em outro País, será a lei do lugar da celebração que irá regular as formalidades do casamento e os processos habilitantes.²⁷¹

Apesar de a união estável não precisar de processos habilitantes ou qualquer outra formalidade, é importante mencionar o art. 7.º, § 1.º uma vez que é requisito de validade da união estável não estar impedido de produzir efeitos em razão dos impedimentos previstos no art. 1.521 do CCBBr de 2002 (art. 1.723, § 1.º do CCBBr de 2002), que também são aplicáveis às relações factuais, daí ser importante determinar a lei que verifica os impedimentos para que relações deste tipo possam vir a produzir efeitos.

Quanto ao regime de bens, instituto que não é exclusivo do casamento, também tem aplicação às uniões estáveis (conforme o art. 1.725 do CCBBr de 2002), vale definir que será a lei do país de ambos os nubentes que irá regular o regime de bens, a não ser que não haja um domicílio comum, neste caso será aplicada a lei do primeiro domicílio conjugal (7.º, § 4.º LINDB). Isto quer dizer que caso os nubentes sejam indagados acerca do pacto antenupcial, em caso de silêncio, há presunção de aceitação tácita do regime legal vigente no local do domicílio comum.²⁷²

²⁶⁹ ARAÚJO, Nádia, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 283 e ss.

²⁷⁰ “Quando à celebração do casamento, deverá ser observada a legislação do país em que ele se realiza. Trata-se do princípio *locus regit actum*, a lei local rege o ato aí ocorrido em toda a sua plenitude. Portanto, os noivos para se casarem no Brasil, qualquer que seja sua nacionalidade ou domicílio, devem preencher os requisitos dos artigos 1.525 a 1.527 do Código Civil de 2002 e artigos 67 a 69 da Lei n. 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos).” - DEL’OMO, Florisbal de Souza, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 149 a 151

²⁷¹ “A resposta provém da bilateralização da regra do art. 7.º, § 1.º da LINDB: se a lei brasileira deve ser aplicada para o casamento realizado no Brasil, é evidente que para os casamentos celebrados no exterior há de se aplicar a lei do local de sua celebração.” - MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 244 a 245.

²⁷² MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, “Certa ojeriza do direito internacional privado brasileiro à autonomia conflitual em matéria patrimonial de família: entre fraude à lei e ordem pública”, in *RED Revista Electrónica de Direito*, Junho 2020, n.º 2 (vol. 22). P. 133 a 135.

Quanto a esta questão surge um problema, pois pela redação do art. 7.º, § 4.º da LINDB, a lei aplicável é a do domicílio dos nubentes, caso não tenham domicílio comum, será a lei do primeiro domicílio conjugal. Contudo, para autores como Edgar Amorim, o primeiro domicílio conjugal só será definido após o casamento e a escolha do regime de bens é algo que precede o casamento.²⁷³ A solução dada por Edgar Amorim é a de que o legislador deveria ter optado pela “lei do lugar da celebração do ato”.²⁷⁴

A determinação da lei aplicável será baseada no domicílio declarado no processo de habilitação e este constará na certidão de casamento, fazendo prova do domicílio dos nubentes no momento do casamento. Caso o domicílio seja comum a ambos, será esta lei que definirá o regime de bens e suas particularidades, todavia, caso sejam domiciliados em locais distintos, no momento em que estabelecerem o primeiro domicílio conjugal devem informar as autoridades competentes, a partir do qual será fixado o regime de bens, conforme entendimento da Doutora Nádia de Araújo.²⁷⁵

Resumidamente seria: o regime de bens será determinado pela lei do domicílio comum, pressupondo que este já existia mesmo antes do casamento e permanecerá este mesmo domicílio para a sociedade conjugal, mas em caso de domicílios diversos, a lei será a do primeiro domicílio comum, entendida como o primeiro domicílio da recém-criada sociedade conjugal.²⁷⁶

Apesar da confusão legislativa, é certo que a regra é a de aplicação da lei do país do domicílio dos nubentes à época da celebração, se este for comum, devendo definir e regular o regime de bens aplicável ao caso, seja ele obrigatório ou o legal. Caso contrário, será a lei do primeiro domicílio conjugal, tratando-se de uma exceção, só sendo aplicável na falta do primeiro critério. Nota-se, portanto, que, via de regra, o art. 7.º e seus parágrafos, têm preferência pelo domicílio como elemento de conexão definidor da lei aplicável, estando contido neste artigo todas as normas relativas aos efeitos do casamento em sede de DIPr.

Deve-se ter muito cuidado com isto, uma vez que, domiciliado em Portugal, o casal de companheiros não teria direito a regime de bens já que a lei portuguesa não reconhece o instituto aos unidos de facto. Contudo, sendo domiciliados no Brasil, a regra

²⁷³ DEL’OMO, Florisbal de Souza, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 152 a 154.

²⁷⁴ RECHSTEINER, Beat Walter, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 250 a 251.

²⁷⁵ ARAÚJO, Nádia, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 293.

²⁷⁶ ARAÚJO, Nádia, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 300 e ss.

quanto a definição e escolha do regime de bens, que é algo aplicável às uniões estáveis, seria definido pela lei brasileira. O problema seria caso um fosse domiciliado no Brasil e o outro em Portugal, caso em que não teriam domicílio comum passando a aplicar a regra prevista no art. 7.º, § 4.º, a lei referente ao regime de bens iria depender de onde fixaram residência no momento em que a união passou a produzir efeitos (que para as uniões estáveis ou de facto é o que se pode chamar de “celebração de facto”, quando não se tratar de uma parceria registada, que neste caso sim, tem um marco inicial definido, qual seja, o momento do registo). Ou seja, a determinação da lei aplicável ser brasileira ou portuguesa quando os parceiros tiverem domicílios diferentes, irá depender do local onde tinham domicílio comum à época da celebração, ou seja, à época que a união passou a produzir seus efeitos validamente.

No que diz respeito aos efeitos pessoais do casamento, a LINDB não tem disposição expressa sobre isso, ou seja, sobre a relação entre os cônjuges e seus deveres, portanto, aplica-se a regra geral prevista no *caput* do art. 7.º, qual seja, a lei do domicílio, pois qualificam-se no plano de direito de família o que justifica a remissão para o art. 7.º. Independente disso, os efeitos pessoais do casamento devem respeitar o princípio constitucional da igualdade de direitos entre os cônjuges, logo, guarda uma relação forte com o princípio da Ordem Pública, não podendo o juiz do foro aplicar norma estrangeira que seja discriminatória em relação a qualquer membro da união.²⁷⁷

Com relação a possibilidade de mudança do regime de bens, o art. 7.º, § 5.º da LINDB, apenas aceitava a mudança em caso de estrangeiro, no momento em que adquirisse a naturalização e mediante autorização expressa do cônjuge, modificando o regime de bens para o regime legal brasileiro, qual seja, o da comunhão parcial de bens.²⁷⁸ Contudo, o Código Civil brasileiro de 2002 passou a aceitar em seu art. 1.639, § 2.º, a alteração do regime de bens pelos cônjuges mediante as formalidades e exigência previstas no referido artigo.

Apesar disso, a LINDB não modificou seu corpo normativo para prever uma regra quanto a possibilidade de mudança do regime de bens, mas na interpretação da Doutora Nádia de Araújo, como o regime de bens está associado a questões de direito de família, nada mais justo que aplicar a regra geral prevista no *caput* do art. 7.º, ou seja,

²⁷⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 252 a 253.

²⁷⁸ DEL'OMO, Florisbal de Souza, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 154.

será regida pela *lei do domicílio* a possibilidade de alteração, bem como os regimes disponíveis.²⁷⁹ A competência para a análise de situações como esta cabe ao juízo federal, que por sua vez é o responsável pelo procedimento de jurisdição voluntária que trata da naturalização do cônjuge estrangeiro, não cabendo ao juízo de família como as demais hipóteses previstas no Código Civil.²⁸⁰

Tais regras previstas na LINDB sobre a possibilidade de modificação do regime de bens também se aplicam à união estável, ou seja, a possibilidade de alteração e seus efeitos serão regulados pela lei do domicílio dos companheiros, regra geral do art. 7.º aplicável a tudo que diz respeito ao Direito de Família. Já que o regime de bens na união estável previsto na lei brasileira pode ser alterado, bastando a alteração do contrato de convivência ou a produção de um atribuindo um regime de bens à esta união, sempre ressalvados os direitos de terceiros, se for a lei brasileira a aplicável, a modificação no regime de bens será possível.

Quanto a possibilidade de mudança do regime de bens, caso fosse a lei portuguesa a aplicável, há dois impasses. Primeiro que a lei portuguesa não reconhece o instituto de regimes matrimoniais às uniões meramente factuais, segundo que, mesmo que reconhecesse, o direito civil português não permite que o regime de bens seja alterado depois da celebração do casamento.

Quanto ao divórcio, ou no caso da união estável, a sua dissolução, será a lei do lugar que tramitará a ação que justificam às causas que embasam o pedido do divórcio, logo, critérios como admissibilidade e causas do divórcio dependerão da lei do foro.²⁸¹

Sendo assim, caso o casal seja domiciliado e o divórcio seja realizado no Brasil, mesmo que o casamento tenha sido celebrado no estrangeiro, será aplicada a lei brasileira pois será a justiça brasileira a competente para processar o feito além de levar em consideração a lei do domicílio, regra geral do art. 7.º (art. 7.º, § 6.º). Já o divórcio ocorrido no exterior, com casal domiciliado no exterior, segue a lei estrangeira pois é onde será o foro competente e está domiciliado o casal, mesmo que o casamento tenha

²⁷⁹ “A inovação trazida pelo Código Civil de 2002 põe por terra a interpretação calcada na imutabilidade do regime matrimonial e aproxima o instituto do regime de bens das demais questões de direito de família, para quais a LINDB determina no caput do Art. 7.º ser aplicável a lei do domicílio. Seria incoerente admitir-se que as questões de direito de família sejam reguladas pela lei do atual domicílio dos cônjuges, excetuando o regime de bens.” – ARAÚJO, Nádia, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 305.

²⁸⁰ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, *ob. cit. “Certa ojeriza...”*, p. 135.

²⁸¹ DEL’OMO, Florisbal de Souza, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 155 e 156.

ocorrido no Brasil. Para que possa produzir efeitos no Brasil, dependerá de homologação no STJ. Em se tratando de divórcio consensual realizados no estrangeiro, está dispensada a homologação de sentença em razão do art. 960, § 5.º do CPCBr.²⁸² Os efeitos do regime de bens aplicáveis em caso dissolução da relação são definidos pela lei do domicílio (art. 7.º da LINDB) já que, pela regra geral, questões pertinentes ao regime de bens e seus efeitos estão ligados ao domicílio.

6.3. Normas de conflitos aplicáveis às sucessões

No que diz respeito aos direitos sucessórios, ou seja, na transmissão dos bens do *de cujus* para seus herdeiros, pode acontecer de os herdeiros terem nacionalidades diferentes do *de cujus* ou de terem domicílios diversos, ou mesmo os bens estarem situados em locais diversos, sendo, para tanto, necessário para solucionar tais quesitos, normas de Direito Internacional Privado²⁸³, que, por sua vez estão contidas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, definindo a lei aplicável, bem como a quem pertence a competência, sempre que houver mais de um elemento de conexão.²⁸⁴

Existem quatro elementos de conexão nas sucessões *causa mortis*, são elas: a) a *situação dos bens*, já que em se tratando de bens imóveis cada ordenamento jurídico é responsável por definir e quanto aos bens móveis, que o elemento de conexão é o domicílio do proprietário; b) a *nacionalidade* mais utilizada no DIPr sucessório europeu, que utiliza o critério *jus patriae*; c) o *domicílio*, utilizado no Brasil como sendo o último domicílio do falecido, utilizando o meio social onde viveu o *de cujus* e lá provavelmente constituiu e consolidou o patrimônio, onde estão suas tradições e convicções políticas; d) o *lugar do falecimento* que seria o lugar onde ocorreu o óbito, que não faz sentido pois a morte pode ter ocorrido ao acaso, em tempo de férias, por exemplo, não fazendo sentido utilizar a lei de um país com o qual o falecido não guarda qualquer relação.²⁸⁵ Percebe-se que a LINDB não prevê a possibilidade de o sucedido determinar a lei aplicável a sua sucessão,²⁸⁶ podendo ser aplicada uma lei com que o falecido não tenha proximidade.

A regra geral para determinação da lei aplicável está no art. 10 da LINDB, qual seja, a lei do país em que era domiciliado o *de cujus* ou o desaparecido (em caso de

²⁸² ARAÚJO, Nádia, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 316 e 317.

²⁸³ DEL'OMO, Florisbal de Souza, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 183 a 184.

²⁸⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 297 e ss.

²⁸⁵ DEL'OMO, Florisbal de Souza, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 184.

²⁸⁶ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, *ob. cit. "Certa ojeriza..."*, p. 135 a 136.

presunção de morte de pessoa ausente)²⁸⁷, ou seja, será a lei vigente no último domicílio do falecido na ocasião do falecimento (ou do último domicílio antes de se tornar ausente), que irá regular as relações jurídicas sucessórias, independente de onde ele tenha falecido, ou do domicílio dos herdeiros ou mesmo independente da natureza ou situação dos bens. Logo, se fosse pela lei brasileira, seriam apreciadas questões relativas as pessoas sucessoras, a ordem em que herdaram, a cota de cada um, bem como as causas de restrições ou deserdação.²⁸⁸

Quanto a sucessão testamentária, que nada mais é do que a disposição de última vontade do falecido, em que este dispõe de seus bens da maneira que desejar, ficando limitado aos bens de que pode dispor: da totalidade deles caso apenas tenha herdeiros legítimos, ou apenas de metade desses bens caso tenha herdeiros necessários, uma vez que a lei reserva uma parcela de seu patrimônio aos herdeiros tidos como necessários, ficando indisponível uma parcela dos bens. Nestes casos, vale a mesma regra da sucessão legal prevista nos art. 10 da LINDB, qual seja, o último domicílio do *de cujus*, independente da sua nacionalidade.²⁸⁹ Sendo assim, pela regra geral, mesmo que o falecido tivesse nacionalidade estrangeira ou que os herdeiros tivessem nacionalidades diversas ou fossem domiciliados no estrangeiro, se o domicílio do *de cujus* fosse no Brasil, seria a lei brasileira que apreciaria as questões relativas aos direitos sucessórios, pois é este elemento que importa para definir a lei aplicável.

Há de se mencionar um princípio importante e que causa certa polêmica, o da universalidade sucessória, que quer dizer que será uma única lei que irá regular toda a sucessão, logo, a lei aplicável para regular a sucessão (do último domicílio do *de cujus*) será única para todas as classes de bens, móveis ou imóveis, sem distinção.²⁹⁰ Isto, porém levou a problemas quando se trata de bens imóveis em território estrangeiro e a soberania de cada Estado. Ficou, portanto, decidido pelo STF que aberta a sucessão, os bens localizados no estrangeiro não serão trazidos à colação, adotando o princípio da

²⁸⁷ “Essa lei (do último domicílio do *de cujus*) é a que se nomina, em doutrina, “lei da sucessão”. A disposição abrange tanto a sucessão por *morte* – legítima (*ab intestato*) ou testamentária (disposição de última vontade) – quanto a sucessão por *ausência*.” – MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 298

²⁸⁸ DEL’OMO, Florisbal de Souza, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 184 e 185.

²⁸⁹ ARAÚJO, Nádia, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 320 a 322.

²⁹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 298 e 299

pluralidade sucessória, de modo que a justiça brasileira não será competente para tratar de bens situados no exterior.²⁹¹

Ou seja, conclui-se que não mais se aplica o princípio da universalidade sucessória, passando a adotar o princípio da pluralidade sucessória previsto no art. 23, II do Código de Processo Civil Brasileiro, uma vez que qualquer decisão relativa a bens localizados no estrangeiro será ineficaz, o inverso também não ocorreria, optando por aplicar o art. 8.º, § 1.º da LINDB, que seria a lei do país onde se encontrem os bens, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.²⁹² Ou seja, se o órgão jurisdicional estrangeiro fica impedido de tratar sobre bens localizados em território brasileiro, o juízo brasileiro também não pode cuidar de bens situados no exterior, mesmo que a sentença brasileira possa ser homologada e eficaz lá, é o que defende o STJ.²⁹³

A lei que regulará a sucessão, qualidade de herdeiro, cotas sucessórias, a ordem de vocação, etc... serão tratadas pela lei definida do art. 10, a lei do último domicílio do *de cujus*, porém, conforme o entendimento do STJ, quando houver bens imóveis, fica excepcionado a regra do art. 10, devendo aplicar a regra do art. 8.º, § 1.º, qual seja, a lei do lugar em que está o bem.

No que diz respeito ao art. 10, § 1.º da LINDB, trata sobre a questão de bens de estrangeiro, situados no país, serão regulados por lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, salvo caso de a lei pessoal do *de cujus* ser mais favorável, caso em que será esta a aplicável. O Doutor Valério de Oliveira entende que “lei pessoal” poderá se traduzir na lei do domicílio, ou da residência, ou da nacionalidade ou até mesmo da religião do falecido, sendo assim, fica a cargo do juiz determinar neste caso o sentido de lei pessoal para aplicar a lei mais benéfica.²⁹⁴

²⁹¹ ARAÚJO, Nádia, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 321 e ss.

²⁹² ARAÚJO, Nádia, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 325.

²⁹³ Trecho de acórdão do STJ REsp n. 397.769/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.11.2002, in MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, *ob. cit.* “Certa ojeriza...,” p. 136.

²⁹⁴ “Na análise, portanto, da norma mais benéfica aos herdeiros poderá o juiz optar pela lei do domicílio, da residência, da nacionalidade ou da religião do falecido, indistintamente. Caso o último domicílio do *de cujus* tenha sido no Brasil, poderá o juiz verificar, se pela lei da sua nacionalidade (ou, se for o caso, de sua religião), não haveria benefícios maiores para o cônjuge ou para os filhos brasileiros relativamente aos bens; caso o último domicílio (ou residência) do *de cujus* tenha sido no exterior, poderá o juiz verificar tanto (a) a lei do domicílio ou da residência quanto (b) a lei da nacionalidade (ou da religião) do autor da herança, para o fim de encontrar a norma mais benéfica aplicável à relação jurídica.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 302.

Quanto ao art. 10, § 2.º da LINDB, será a lei do domicílio do herdeiro ou legatário que regula a capacidade para suceder, ou seja, regula a aptidão para receber a herança, e não a sucessão em si, que pela redação do art. 10, será a lei do último domicílio do falecido. Dito isto, várias podem ser as leis aplicáveis relativamente a capacidade para receber a herança, se assim forem os herdeiros domiciliados em países diversos, devendo esta lei verificar a aptidão que este tem para exercer o direito de receber a herança.²⁹⁵

Pode parecer que o § 2.º do art. 10 entra em contradição com o *caput*, o que não é verdade, pois este regula apenas questões relativas a capacidade de herdar e não se a pessoa será ou não herdeira, em que posição herdará, pois isto já foi definido pela lei do último domicílio do *de cuius*, pela regra do *caput* do art. 10. O § 2.º apenas determina a lei aplicável que irá regular sua capacidade. Em outras palavras, a capacidade para receber a herança que está regulada no § 2.º, não se confunde com a qualidade de herdeiro.²⁹⁶

Exemplificando, em caso de um herdeiro residir no Uruguai, outro em Itália e um em França, pela regra do art. 10, § 2.º da LINDB, a lei de cada um desses Estados irá regular a capacidade sucessória dos mesmos, mas a sucessão em si, ou seja, seus efeitos, cotas, ordem de vocação hereditária... Estes serão regulados pela lei do último domicílio do falecido, conforme previsto no art. 10 da LINDB.

7. O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PORTUGUÊS E BRASILEIRO CONTEXTUALIZADOS NO ACORDÃO 317/11.9YRLSB.S1

Resumidamente, o caso é de um cidadão de nacionalidade portuguesa, mas que residia no Brasil de forma permanente desde 11.06.1957, faleceu na data de 08.12.2006, em São Paulo, Brasil. Para já temos 3 elementos importantes: a nacionalidade, o local onde tinha residência habitual (domicílio) e o local onde veio a falecer. Deixou móveis e imóveis no Brasil, deixou alguns móveis em Portugal. Não deixou ascendentes ou descendentes, apenas alguns irmãos (parentes colaterais) e a companheira sobrevivente, que era a inventariante. Esta, por sua vez, lavrou Escritura de Declaração constando que ela e o *de cuius* viviam em união estável desde 10.12.1999, sendo esta pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família como determina o art. 1.723 do CCBBr de 2002.

²⁹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *ob. cit. Curso de direito...*, p. 303 e 304.

²⁹⁶ ARAÚJO, Nádia, *ob. cit. Direito Internacional...*, p. 326 e 327.

Como visto, pelo Código Civil brasileiro de 2002, no art. 1.790, o unido sobrevivente terá direito a herança: a uma parte dela, em caso de concorrer com outros parentes, ou a totalidade dela na falta de outros herdeiros. No entanto, pela Lei n.º 7/2001, em seu art. 5.º, o unido sobrevivente tem garantido apenas o direito real de habitação da casa de morada da família por no mínimo cinco anos, além do direito de exigir alimentos da herança do falecido em até dois anos subsequentes a data de sua morte, conforme art. 2020.º do CC, mas não é herdeiro legal, ou seja, não tem direitos sucessórios propriamente ditos, garantidos pela lei. Pela lei brasileira é reconhecido aos unidos de facto direitos sucessórios de forma equiparada ao casamento, com as devidas adaptações, em Portugal não. Isto quer dizer que o unido de facto em Portugal não tem direito aos bens deixados pelo falecido na forma de um herdeiro legítimo ou legitimário, apenas pela possibilidade de sucessão testamentária, enquanto no Brasil, o unido sobrevivente é reconhecido pela lei como um herdeiro.

Temos, portanto, uma divergência de regimes relativamente aos efeitos sucessórios das uniões de facto, portanto, deve-se determinar qual das duas legislações será a aplicável neste caso, bem como determinar a quem pertence a competência.

Mas antes, por motivos académicos, vamos analisar o caso de acordo com o Regulamento (UE) n.º 650/2012, que não se aplica ao acórdão já que este Regulamento só será aplicável às sucessões abertas a partir de 17 de agosto de 2015 e o *de cujus* faleceu em 2006. Relativamente a competência, o art. 4.º, diz que será competente para regular toda a sucessão o Tribunal do Estado-Membro em que o falecido tinha sua última residência habitual no momento do óbito. Na falta deste, aplica-se o art. 10.º, n.º 1 deste mesmo Regulamento, ou seja, será competente o Tribunal do Estado-Membro da nacionalidade do falecido no momento do óbito, qual seja, competência portuguesa. Caso tivesse nacionalidade brasileira, ainda assim poderia aplicar a regra prevista no art. 10.º, n.º 2, em que a competência é do Estado-Membro em que há bens da herança, que também é o caso, já que há bens tanto no Brasil, quanto em Portugal. Percebe-se, portanto, que pelas regras de competência do Regulamento, a competência sempre é direcionada ao Tribunal de um EM. No entanto, o Brasil, nestes casos, conforme art. 23 do CPC se considera exclusivamente competente, de modo que só este pode tratar da sucessão, não podendo nem mesmo ser homologada a sentença estrangeira, excetuando os imóveis localizados em Estado diverso, que neste caso respeita-se a territorialidade dos países.

Quanto a lei aplicável, o art. 21.º do Regulamento n.º 650/2012 diz que “a lei aplicável ao conjunto da sucessão é a lei do Estado onde o falecido tinha residência habitual no momento do óbito.”, ou seja, no caso em questão seria a lei brasileira que regularia toda a sucessão, de modo que como a lei brasileira reconhece o companheiro sobrevivente como herdeiro, e esta é a lei aplicável ao caso, não há como contestar utilizando o argumento de que a lei portuguesa não reconhece efeitos sucessórios para as uniões de facto, já que é a lei brasileira a responsável por regular a sucessão.

No art. 21.º, n.º 2 do Regulamento (UE) n.º 650/2012, excecionalmente, se no momento do óbito o falecido tivesse relação manifestamente mais estreita com um Estado diferente de onde tinha sua última residência habitual, a lei desse outro Estado é que seria aplicada. Contudo, não me parece ser o caso deste acórdão, já que o falecido já residia no Brasil desde 1957, constituindo uma união estável em 1999, vindo a falecer em 2006, tudo no Brasil, dando a entender que havia criado laços com o país.

Havia ainda a possibilidade de nos termos do art. 22.º do Regulamento n.º 650/2012, ser feita a escolha de lei que irá regular toda a sucessão, podendo ou não ser a lei de um Estado-Membro, ou seja, poderia ainda, caso quisesse e sentisse mais ligação com a lei portuguesa, achando que esta deveria ser a lei aplicável, poderia ter optado por esta, já que o acordo de escolha de lei previsto no art. 22.º tem preferência com relação ao art. 21.º.

Neste caso em questão serão aplicadas as regras de DIP brasileiras, previstas na LINDB e no Código de Processo Civil brasileiro, já que toda a relação de união estável iniciou e fora vivida em território brasileiro além do facto de que a sucessão é de competência exclusiva dos órgãos jurisdicionais brasileiros (pelo art. 23 do CPCBr). No mais, pela regra do art. 10 da LINDB, a lei aplicável é a lei do último domicílio do *de cujus* que regularia toda a sucessão, excecionados os bens imóveis situados no estrangeiro, neste caso seria a lei do lugar que trataria da questão sucessória relativa a este imóvel (art. 8.º, § 1.º, da LINDB).

A primeira coisa a ser definida é a competência. Pela lei brasileira, no art. 23 do CPCBr, será de competência exclusiva do Brasil ações que tratem de bens imóveis situados em território brasileiro ou uma sucessão em que os bens estão situados no

Brasil²⁹⁷. Ou seja, em se tratando de competência exclusiva do Brasil, mesmo que o tribunal português se considerasse como competente e prolatasse uma sentença, esta não poderia jamais ser homologada no Brasil pelo STJ.

Observação importante é que atualmente, pelo entendimento do STJ brasileiro, não é mais aplicável o princípio da universalidade sucessória, de modo que os bens localizados em Portugal, são de competência do Tribunal português decidir sobre. À época deste acórdão, ainda não era este o entendimento, de modo que o tribunal brasileiro decidiu sobre o direito sucessório na totalidade, tanto dos bens localizados no Brasil quanto dos bens localizados em Portugal, bastando apenas que Portugal confirmasse a sentença brasileira e transmitisse os bens do falecido localizados em Portugal ao companheiro sobrevivente. No processo que confirma a sentença estrangeira pelo Tribunal da Relação não mais se discute o mérito, apenas se confirma ou não o que já foi decidido no Brasil o que permitirá ou não a produção de efeitos em Portugal.

Ocorre que a sentença brasileira não fora confirmada pelo Tribunal da Relação sob o principal argumento de que reconhecer tal decisão “levaria a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português” prevista no art. 1096.º, alínea f), do CPC (art. 980.º, alínea f) do atual do CPC). Para que uma sentença estrangeira seja homologada em território português, não poderá contrariar os requisitos previstos no art. 980.º do CPC.

O Tribunal da Relação alega que a incompatibilidade com o princípio da OPI do Estado Português reside no facto de que por um lado o direito sucessório é a necessidade de assegurar a substituição da titularidade dos bens do *de cujus* e, por outro lado, de proteger a família de modo que, no silêncio daquele, ficam legalmente assegurados os bens ao cônjuge, ou aos filhos, ou a colaterais. Sendo assim, considerou o Tribunal da Relação, que a sentença brasileira que reconhece o membro sobrevivente da união de facto como herdeira universal, conduz a um resultado manifestamente incompatível com a proteção dos laços familiares, que está protegido pelo art. 1096.º, alínea f) do CPC (atual art. 980.º, alínea f) do atual CPC). O reconhecimento de tal decisão afastaria os herdeiros legítimos (os irmãos que são parentes colaterais) do falecido, coisa que não pode ser

²⁹⁷ “A pessoa que falece e deixa patrimônio situado no Brasil para ser partilhado entre seus herdeiros terá a sucessão necessariamente decidida no Brasil, porquanto se trate de hipótese de competência exclusiva da jurisdição brasileira, que impede a homologação de eventual decisão estrangeira que alcance tais bens no Superior Tribunal de Justiça.” - MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, *ob. cit.* “Certa ojeriza...,” p. 136.

afastada pelo unido sobrevivente, apenas pelo cônjuge, descendentes e ascendentes deste, é o que diz o texto do art. 2145.º do CC português.

Além disso, enquanto o Brasil reconheceu o unido sobrevivente como herdeiro e lhe concedeu direitos sucessórios, o Tribunal da Relação português traz o argumento de que o direito português não reconhece o unido sobrevivente como herdeiro em razão do art. 3.º da Lei n.º 7/2001. Poderia ver a ser considerado herdeiro caso o falecido tivesse deixado testamento o que lhe tornaria herdeiro testamentário, mas não legal. O direito português na Lei n.º 7/2001, no art. 3.º, garante apenas o direito de residir na casa de morada da família, assim como o direito de preferência na compra do imóvel, além de uma pensão alimentícia paga com a herança do *de cujus*, mas nada que o torne um herdeiro legal como os que estão previstos nos arts. 2157.º e 2145.º do CC português. Torná-lo herdeiro equiparando-o ao cônjuge, violaria o princípio da igualdade previsto no art. 13.º da CRP, já que não se pode dar o mesmo tratamento a situações materialmente diferentes, a igualdade é a distribuição de direitos e deveres inerentes à mesma situação.

O Tribunal da Relação apontou ainda para o facto de que o direito sucessório está ligado tanto a propriedade individual quanto à família e apesar de o vínculo familiar afrouxar a medida em que o parentesco se distancia, ainda assim é suficiente para atrair os parentes colaterais como herdeiros (legítimos), na falta dos legitimários, de testamento ou disposição de última vontade. Tanto é assim que o art. 2157.º do CC não consagra o unido sobrevivente como herdeiro legitimário. A proteção dos laços familiares, além de ferir o princípio da igualdade previstos no art. 13.º da CRP, são os principais argumentos que sustentam uma violação ao princípio da ordem pública internacional do Estado Português. Ou seja, estaria ofendendo o princípio da igualdade afastar os herdeiros legítimos do falecido de seu direito à herança em razão de uma união de facto, quando o mesmo não ocorreria em Portugal. Por tais razões, o Tribunal da relação considerou que a decisão do Tribunal Superior de São Paulo viola o art. 1096.º, alínea f) do CPC e por isso não pode ser confirmada, já que para que uma sentença estrangeira seja revista e confirmada, não podem ser contrariados os requisitos previstos no art. 1096.º do CPC (atual art. 980.º), que são requisitos essenciais para que a sentença seja confirmada.

Quanto a questão da Ordem Pública Internacional, trata-se de um princípio excepcional, devendo ser aplicável quando, de facto, o caso em questão ou a solução material dada ao litígio, violarem princípios fundamentais, não bastando que haja uma divergência entre a lei nacional e a lei estrangeira, ou não faria sentido aplicar as regras

de DIP e eleger uma lei estrangeira como aplicável para então impedir que a sentença estrangeira seja confirmada por ofender a OPI.

Além do mais, invocar a OPI alegando que se está a dar tratamento igual a relações materialmente diferentes não é um argumento sólido, caso contrário mal se aceitariam decisões estrangeiras. Sendo uma relação internacional, envolvendo mais de uma ordem jurídica, está suscetível a aplicação de legislação diversa da nacional, e mais ainda neste caso, em que toda a união estável fora vivida no Brasil, produziu efeitos no de acordo com a lei brasileira e a sucessão também fora realizada no Brasil, não fazendo sentido aplicar a lei estrangeira para resolver a sucessão. Nestes casos, o Tribunal da Relação deve-se limitar apenas a reconhecer ou não os efeitos da sentença brasileira, não discutindo mais o mérito. Se não mais se discute o mérito, então não se pode questionar como a sucessão fora resolvida pela lei brasileira, que é a reguladora da situação, em detrimento da lei portuguesa, já que esta não é a aplicável.

No mais, nem sequer havia herdeiros legitimários (necessários) que por lei tem direito a legítima, parte indisponível na herança, não parecendo ser uma violação tão grave da OPI como apontado pelo Tribunal da Relação que impeça a sentença de ser confirmada, especialmente porque a sucessão legítima é supletiva, só ocorrendo na falta dos herdeiros legitimários, de modo que nem sequer constitui norma de ordem pública interna que dirá internacional, ou seja, além do facto de que os herdeiros legítimos não tem direito a uma legítima como os legitimários, o tipo da sucessão é supletiva, só sendo chamados a suceder na falta dos primeiros. Dito isto, portanto, nota-se o porquê de não ser aplicável a OPI meramente em razão de uma divergência legislativa já que a aplicação desse princípio deve ser excecional e em caso de manifesta violação de princípios fundamentais.

Relativamente ao art. 983.º, n.º 2, do CPC, o Tribunal da Relação poderia ter suscitado uma impugnação do pedido sob o argumento de que o *de cujus* manteve a nacionalidade portuguesa até a data do falecimento e considerando a lei portuguesa mais benéfica, seria esta a aplicável.

Conclui-se que a decisão do Tribunal da Relação não foi correta justificando a decisão baseada na OPI, quando não há razão para tal já que, resumidamente: é algo a ser usado excecionalmente; a relação de união estável, seus efeitos e toda a sucessão se deram no Brasil, utilizando a lei brasileira para regular todas essas questões; não havia herdeiros

necessários que pudessem exigir a parte da herança (legítima) que lhes é garantida por lei; não mais se discute o mérito da questão fazendo um comparativo com a lei nacional e não foi suscitada a regra do art. 983.º do CPC. Invocar a OPI num caso como esse de sucessão supletiva por questões de mera diferença legislativa, enfraquecem os princípios de DIP. Se é a lei brasileira a aplicável e esta solucionou o caso materialmente, não mais se discute o mérito da causa e nem invoca-se a OPI alegando que o direito estrangeiro por ser diferente do nacional ofende a ordem pública interna, ainda mais em se tratando de uma sucessão supletiva que nem integra a ordem pública interna.

8. BIBLIOGRAFIA

fontes do Direito in Artigos de apoio Infopédia [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2019. [consult. 2019-11-12 18:11:43]. Disponível na Internet: [https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/\\$fontes-do-direito;](https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/$fontes-do-direito;)

PAIS, Sofia Oliveira e SOUSA, “António Frada de, A união de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo – uma análise de direito material e conflitual”, in *Rev. da Ordem dos Advogados*, 1999. P. 693 a 752;

PINHEIRO, Jorge Duarte, “Perspectivas de evolução do Direito da Família em Portugal”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Fevereiro de 2016, ISBN: 978-989-26-1113-6, p. 347 a 366;

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito de Família Contemporâneo*, 4.ª Ed. 2015, AAFDL Editora;

COELHO, Francisco Brito Pereira, “Os factos do casamento e o direito na união de facto: breves observações”, in *Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Fevereiro de 2016. ISBN: 978-989-26-1113-6. P. 77 a 106;

SOUSA, Miguel Teixeira de, “Do direito da família aos direitos familiares”, in *Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Fevereiro de 2016. ISBN: 978-989-26-1113-6, p. 553 a 572;

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família – Volume I – Introdução Direito Matrimonial*, 5ª Edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Abril de 2016, ISBN: 978-989-26-1166-2;

OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, com a colaboração de Rui Moura Ramos, (Manuais Universitários), Editora Almedina, Fevereiro de 2020;

DIAS, Cristina Araújo, “A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de família”, in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, n.º 15, 2012, p. 35 a 48;

DIAS, Cristina Araújo, “Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar”, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume VI, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Agosto de 2012, p. 451 a 470;

XAVIER, Rita Lobo, “A união de facto e a lei civil no ensino de Francisco Manuel Pereira Coelho e na legislação atual”, in *Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Fevereiro de 2016. ISBN: 978-989-26-1113-6. P. 653 a 690;

XAVIER, Rita Lobo, “Da crise à desregulamentação da família”, In *Estudos em homenagem ao professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Editora, Outubro de 2003. ISBN: 972-32-1190-4. p. 835 a 848;

CRUZ, Rossana Martinago, *União de facto versus Casamento, questões pessoais e patrimoniais*, 1.ª Ed., Janeiro de 2019, Gestlegal, ISBN: 978-989-8951-08-3;

PITTÃO, José António de França, *Unões de Facto e Economia Comum: De acordo com a Lei 23/2010, de 30 de Agosto*, 3.º Ed. rev. e actual. (Legislação anotada), Editora Almedina, 2011, ISBN: 978-972-40-4616-7;

PEDRO, Rute Teixeira, “Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700.º, n.º 1, alínea c) do Código Civil – Análise do Regime introduzido pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2018, p. 415 a 454;

PEDRO, Rute Teixeira, “Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido”, in *Textos de Direito de*

Família para Francisco Pereira Coelho, Imprensa da Universidade de Coimbra, Fevereiro de 2016, ISBN: 978-989-26-1113-6, p. 307 a 346;

PEDRO, Rute Teixeira, “Os danos não patrimoniais (ditos) indiretos: uma reflexão *ratione personae* sobre a sua ressarcibilidade”, in *Responsabilidade Civil: cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil, sob a coordenação de Mafalda Miranda Barbosa e Francisco Muniz*, Edição: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Setembro de 2017. ISBN: 978-989-8891-39-6. P. 239 a 269;

AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família e das Sucessões*, 5.^a Ed. (Manuais Universitários), 2018, Almedina, ISBN: 978-972-40-7680-5;

CAMPOS, Diogo Leite de, e CAMPOS, Mónica Martinez de, *Lições de Direito das Sucessões*, Manuais universitários, Edições Almedina S.A., Reimpressão, 2018, ISBN: 978-972-40-6873-2;

CALSTER, Geert van, *European Private International Law, second Editions*, Published by Hart Publishing, 2016, Portland, Oregon, ISBN: 9781849466721;

RAMOS, Rui Manuel Moura, “O Direito Internacional Privado da Família nos inícios do século XXI: uma perspectiva europeia”, in *Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Fevereiro de 2016, ISBN: 978-989-26-1113-6. P. 367 a 427;

RAMOS, Rui Manuel Moura, *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, Julho de 2016, Imprensa da Universidade de Coimbra, ISBN: 978-989-26-1174-7;

MOTA, Helena “O presente e o futuro das relações familiares e sucessórias internacionais no Direito da União Europeia. Um ponto da situação”, in *RED – Revista Electrónica de Direito*, Fevereiro de 2015, N.º 1;

MOTA, Helena, “A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.º 650/2012 do PE e do Conselho, de 4 de Julho de 2012”, in *RED Revista Electrónica de Direito*, Fevereiro de 2014, N.º 1;

MOTA, Helena, *Casamento e património nas relações privadas internacionais*, Edições Almedina, S.A., Coleção monografias, Maio de 2020, ISBN: 978-972-40-8491-6;

MOTA, Helena, “Os efeitos patrimoniais do casamento e das uniões de facto registadas no Direito Internacional Privado da União Europeia. Breve análise dos Regulamentos (UE) 2016/1103 e 2016/1104, de 24 de Junho”, in RED, *Revista Eletrónica de Direito* – Junho de 2017 – N.º 2;

MOTA, Helena, “Algumas considerações sobre a autonomia da vontade conflitual em matéria de efeitos patrimoniais do casamento”, In *Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Editora, Outubro de 2003, ISBN: 972-32-1190-4, p. 305 a 330;

MOTA, Helena, “A ordem pública internacional e as (novas) relações familiares internacionais. Análise do Despacho n.º 87/2010, de 19 de Julho, do Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado”, In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*, Almedina, 2012, p. 261 a 284;

MOTA, Helena, “A lei aplicável à modificação do regime de bens. Anotação ao acórdão do STJ de 12.09.2006”, in *Separata da Revista da Faculdade de Direito do Porto*, A. VIII, n.º 1, 2011. P. 303 a 314;

MOTA, Helena, *Os efeitos patrimoniais do casamento em direito internacional privado e, em especial, o regime matrimonial primário*, Coimbra : Coimbra Editora, 2012, ISBN: 978-972-32-2027-8;

MACHADO, João Baptista, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª Edição actualizada (reimpressão), Editora Almedina, ISBN: 978-972-40-0273-6;

PINHEIRO, Luís Lima, *Direito Internacional Privado, Volume II, Direito de Conflitos, Parte Especial*, Coleção manuais universitários, 2015, 4ª Edição Refundida, ISBN: 978-972-40-6418-5;

AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito Processual civil*, 14.ª ed. (Manuais universitários), Editora Almedina, 2018, ISBN: 978-972-40-7678-2;

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil Volume I*, 2.ª Edição, Almedina (Manuais Universitários), Setembro de 2017, ISBN: 978-972-40-7071-1;

NETO, Abílio, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 4.^a Ed. Revista e ampliada, Março / 2017, Editorial Minerva, distribuído por Edições Almedina, SA. ISBN: 978-989-8438-17-1;

BUIGUES, José Luis Iglesias e MORENO, Guillermo Palao, *Régimen Económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas em la unión europea, Comentarios a los Reglamentos (UE) n.º 2016/1103 y 2016/1104*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019 – ISBN: 978-84-9190-941-5;

BUIGUES, José Luis Iglesias, MORENO, Guillermo Palao, *Sucesiones internacionales, comentarios al Reglamento (EU) 650/2012*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015. ISBN: 978-84-9086-789-1;

MARISCAL, Pilar Peiteado, “Competencia internacional por conexión em materia de regime económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos EU 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, in “*CDT*”, vol. 9 n.º 1, Março 2017, p. 300 a 326;

SILVA, Nuno Ascensão, “Em torno das relações entre o direito da família e o direito das sucessões – o caso particular dos pactos sucessórios no direito internacional privado”, in *Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Fevereiro de 2016. ISBN: 978-989-26-1113-6. P. 429 a 499;

DINIZ, Maria Helena, *Novo código civil comentado (Lei n.º 10.406, de 10-1-2002)*, São Paulo 2012, Editora Saraiva;

TARTUCE, Flávio, *Direito civil*, v. 5 : *Direito de Família* / Flávio Tartuce. – 12. Ed. revista, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. ISBN: 978-85-309-7402-2;

LÔBO, Paulo, *Direito civil : famílias* / Paulo Lôbo. – 6. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2015. ISBN: 978- 85-02-62696-6;

DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias de acordo com o novo CPC*. 4.^a ed. em e-book baseada na 11. Ed. impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016;

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família* / Carlos Roberto Gonçalves. – 9. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2012;

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: Direito de Família* / Sílvio de Salvo Venosa. – 13.ed.- São Paulo : Atlas, 2013. (Coleção direito civil; v. 6). ISBN: 978-85-224-7638-1;

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *Novo curso de Direito Civil*, 4.^a Ed., São Paulo 2003, Editora Saraiva, v. I;

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *Novo curso de direito civil, volume 6 : direito de família* / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 9. Ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019;

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *Novo curso de direito civil, volume 7 : direito das sucessões* / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 6. Ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019;

MIGLIORA, Luiz Guilherme Moraes Rego, e AZEVEDO, Flávia Martins de, *Direito Internacional Privado*, Artigo, Graduação 2016.1. – FGV, Direito Rio, Rio de Janeiro;

RECHSTEINER, Beat Walter, *Direito Internacional Privado : teoria e prática* / Beat Walter Rechsteiner. – 15. Ed. revista e atualizada – São Paulo : Saraiva, 2012;

DEL’OMO, Florisbal de Souza, 1941, *Curso de direito internacional privado*, 10.^a edição/Florisbal de Souza Del’Omo – Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN: 978-85-309-5407-9;

ARAÚJO, Nádia de, *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira* / Nadia de Araujo. – 1. Ed. – Porto Alegre : Revolução eBook, 2016. ISBN: 9788569333517;

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional privado* / Valerio de Oliveira Mazzuoli. – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN: 978-85-309-7945-4;

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, “Certa ojeriza do direito internacional privado brasileiro à autonomia conflitual em matéria patrimonial de família: entre fraude à lei e ordem pública”, in *RED Revista Electrónica de Direito* – Junho 2020 – n.º 2 (vol. 22). P. 126 a 146;

MINEIRO, Fernando Pedro, “Alguns Aportes da Conferência da Haia ao Regulamento Europeu n. 650/2012 sobre Sucessões”, in *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus Impactos na Sociedade – 125 anos (1893-2018)*, Organizado por André de Carvalho Ramos e Nádia de Araujo, Arraes Editores, Belo Horizonte, 2018, p. 52 a 75.