

DE UMA NOÇÃO ESTATUTÁRIA A
UMA NOÇÃO FUNCIONAL DE
FAMÍLIA NO DIREITO PORTUGUÊS
SOB A ÉGIDE DA JURISPRUDÊNCIA
DO TEDH DESENVOLVIDA À LUZ DA
TEORIA MARGEM DE APRECIACÃO
DOS ESTADOS: BREVES REFLEXÕES
SOB PRETEXTO DE DIÁLOGO COM
BENEDITA MAC CROIRIE

Rute Teixeira Pedro*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.25>

“Aqui desceram as âncoras escuras
Daqueles que vieram procurando
O rosto real de todas as figuras
E ousaram – aventura a mais incrível –
Viver a inteireza do possível.
1977”

Sophia de Mello Breyner Andresen, *Navegações*

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigadora do Centro de Investigação Jurídico-Económica da mesma Faculdade (rpedro@direito.up.pt).

1. Observações Introdutórias

Vamos dedicar as próximas páginas¹ a uma breve reflexão sobre a transformação da noção jurídica de família². As nossas observações têm em consideração o sentido evolutivo que encontramos presente no ordenamento jurídico português nas últimas décadas e que é semelhante, aliás, ao que se encontra noutros ordenamentos jurídicos: aquele que traduz uma tendência de promoção de uma perspetiva funcional em detrimento de uma perspetiva essencialmente estatutária no recorte das posições jurídicas a que se reconhece carácter familiar, o que se reflete ou deriva³ do regime que se extrai do ordenamento jurídico para as mesmas.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigadora do Centro de Investigação Jurídico-Económica da mesma Faculdade (rpedro@direito.up.pt).

¹ Participo nesta obra com a vontade de homenagear Benedita Mac Crorie que tive a sorte de conhecer, enquanto ambas fomos estudantes de licenciatura, no primeiro curso de Direito (1995 – 2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Maior privilégio foi o de a vida ter permitido que nos tornássemos amigas, e de essa amizade se ter sedimentado também através da vida académica, já como docentes universitárias. À míngua de palavras que pudessem, adequadamente, traduzir, aqui num punhado de linhas de texto, a grandeza humana, científica e académica da Amiga, Pessoa e Professora, remediarei essa falta com a recordação viva que de si trago comigo e que não deixarei de continuar a fazer presente em tantas curvas do quotidiano. É, aliás, esse propósito de continuar o fio de um diálogo que perdura(rá), que explica o assunto que tomei para objeto da presente reflexão, como exporei na nota seguinte.

² A escolha do tema de que me ocupo no presente trabalho foi ditada pela vontade de homenagear a investigação de Benedita Mac Crorie homenageada por esta obra. Quis que esta minha breve reflexão versasse uma temática que convocasse matérias jusconstitucionalistas que lhe eram caras e pretendi dialogar, em particular, com um dos seus escritos. Recordei a feliz circunstância que nos juntou no mesmo painel no *Congresso sobre a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e os Protocolos Adicionais*, organizado pela Ordem dos Advogados, pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e pela Universidade Católica Portuguesa, sob a coordenação científica do Paulo Pinto de Albuquerque e que ocorreu a 4 de junho de 2019 na Escola de Direito da Universidade Católica do Centro Regional do Porto. Nessa ocasião, Benedita Mac Crorie fez uma apresentação que esteve na base do seu trabalho publicado na obra coletiva correspondente. Falo da seguinte publicação: Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário à Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, pp. 2814-2857. Quis, pois, singelamente homenagear Benedita Mac Crorie, servindo-me desta ocasião para tornar presente a reflexão que então foi desenvolvida. E pareceu-me que fazê-lo a propósito de uma transformação jurídica que enfatiza a importância da substância sobre a forma e que é tributária da ideia de reconhecimento do desempenho efetivo de uma função, e em particular de uma função de cuidado e assistência, era também uma forma de homenagear quem viveu “procurando o rosto real de todas as figuras” e ousou “aventura a mais incrível – viver a inteireza do possível”. Sophia de Mello Breyner ANDRESEN, *Navegações*, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1983.

³ O carácter familiar de algumas relações (como a de casamento ou parentesco) é reconhecido secularmente, tendo a sua qualificação *qua tale* precedido mesmo a intervenção do Direito. Nestes casos, a natureza familiar encontrará eco nas soluções jurídicas particulares que para elas se preveem e que corroboram a aceitação da natureza familiar pelo Direito. Noutros casos, o reconhecimento do carácter familiar é resultado de um percurso evolutivo que se desenrola, no plano jurídico, mas também muitas vezes no plano fáctico, e traduz uma passagem de um desenvolvimento da relação num espaço livre de Direito (à margem dele) e/ou de desenvolvimento da relação num *espaço* jurídico regulado pelo Direito civil comum para o seu desenvolvimento num *espaço* jurídico que convoca a regulação por um ramo singular do Direito civil: o Direito da família. O carácter familiar é, então, derivado da *especialidade* do regime que se entende dever aplicar à relação. Como exemplo desta última espécie, podemos apresentar a união de facto que,

Essa é, também, a orientação que se encontra refletida na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), órgão jurisdicional que tem por missão garantir o cumprimento da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e de outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos que têm vindo a desenvolver-se sob a égide do Conselho da Europa.

Ora, evidencia-se um tal sentido evolutivo na proteção jurisdicional proporcionada ao longo das últimas décadas pelo TEDH, em especial, ao direito ao respeito pela vida familiar consagrado no artigo 8º da CEDH, sem olvidar também, a este propósito, a proteção reconhecida ao direito ao casamento e à constituição de família consagrados no artigo 12º da mesma Convenção.

A evolução a que se faz referência ocorreu ainda que, como se sabe, nesta matéria avulte o recurso à “ferramenta metodológica” da margem de apreciação, como “instrumento pragmático dirigido à delicada tarefa de ponderar a soberania dos Estados-partes com as suas obrigações decorrentes da Convenção” Europeia dos Direitos Humanos⁴.

É sobre esta evolução nos dois planos assinalados – que, sendo paralela, é também reciprocamente influenciadora⁵ – que nos debruçaremos, brevemente, nos parágrafos subsequentes.

apresentando um perfil de relação *meramente* fáctica foi convocando crescentemente a regulação jurídica, e nesse percurso de institucionalização deu-se uma crescente aplicação de soluções de natureza familiar. Sobre o processo de institucionalização, *vide* Francisco Pereira COELHO e Guilherme DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, vol. I, Introdução: Direito Matrimonial*, 5ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 2016, pp. 67 e ss.

⁴ Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, p. 2814.

⁵ Por um lado, o TEDH é um mecanismo jurisdicional de fiscalização dos compromissos assumidos por Portugal como Estado-partes da CEDH e membro do Conselho da Europa, tendo-se comprometido ao cumprimento dos compromissos daí advenientes. Por outro lado, porque o sentido da evolução patenteado nos ordenamentos jurídicos dos Estados-parte permite alcançar a identificação de denominadores comuns de entendimento relativamente às matérias sobre que incide a tutela proporcionada pela CEDH e que, assim, guiam a interpretação evolutiva e dinâmica da CEDH permitindo, como veremos, que se reduzam as áreas de invocação da doutrina da “margem de apreciação”.

2. A transformação da noção jurídica de família no Direito português: de uma perspectiva estatutária a uma perspectiva funcional

Um dos problemas mais candentes, nas últimas décadas, no que ao Direito da família respeita, é o da delimitação da noção jurídica de família. Trata-se de uma magna questão que ocupa a reflexão jurídica sobre a realidade familiar e que se repercute na definição dos limites da intervenção *especial* do Direito da família dentro do Direito civil. Pergunta-se, pois, o que é família para o Direito ou então o que deve merecer o tratamento como família pelo Direito. Uma outra forma de colocar a questão é a de saber onde e até onde é necessário o Direito da família⁶. Nestas interrogações vão contidas também as problemáticas da natureza e razão da existência de um segmento normativo *especial* que identificamos como Direito (civil) da Família e o sentido que deve imprimir-se a essa sua intervenção jurídica – sentido esse que as soluções desse ramo do Direito são, portanto, chamadas *especialmente* a servir⁷.

Movemo-nos num domínio que não apresenta apenas uma dimensão teórica. Na verdade, trata-se de uma reflexão cuja importância não se reconduz somente a um plano dogmático, já que as respostas a que se chegue têm importantes implicações no plano prático, desde logo nas soluções que se aplicam aos problemas que convoquem (ou possam convocar) a aplicação do Direito da família. Na verdade, o relevo da problemática deteta-se logo na operação de interpretação do Direito constituído, mas também exerce influência na conformação do Direito a constituir, na medida em que influenciará o sentido dos movimentos reformadores que visam alterar o Direito vigente⁸.

⁶ Inspirando-nos, aqui, na pergunta formulada por Guilherme DE OLIVEIRA, quando se interroga sobre o sentido da “existência de uma regulamentação específica chamada ‘direito da família’”, no seu trabalho “Precisamos assim tanto do direito da família? (“Do ‘panjurisme’ iluminista ao ‘fragmentarische Charakter’”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 10, n.º 19, 2013, pp. 5 e ss. e republicada em *Estudos de Direito da Família. 4 movimentos em Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 143 e ss.

⁷ As questões a que nos referimos concernem ao movimento de “segunda desinstitucionalização da família” ocorrida no plano jurídico nas últimas décadas e que se seguiu a uma “primeira desinstitucionalização” da família no plano dos factos. Sobre estes dois movimentos, veja-se o nosso Rute Teixeira PEDRO, *Convenções Matrimoniais. A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 105 e ss.

⁸ Várias reformas nas últimas décadas na área da família traduziram-se na admissibilidade do acesso a certas relações familiares por pessoas que anteriormente não o podiam fazer. Pensamos, por exemplo, na possibilidade de constituição de uma relação matrimonial ou de união de facto por casais formados por pessoas do mesmo sexo – possibilidades acolhidas, respetivamente, pela Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, e pela Lei n.º 7/2001, de 11 de maio –, na possibilidade

Definir o que se entende juridicamente por família releva, logo, para a delimitação do âmbito de aplicação de certas previsões normativas em que se faz apelo à noção de família ou à circunscrição de um conjunto de pessoas que possam considerar-se juridicamente familiares para o efeito jurídico contido na estatuição da norma em causa.

Em algumas normas, o legislador reporta-se à família ou ao círculo de familiares, dando indicações sobre o que deve entender-se para esse efeito ser familiar de outrem. É o caso do artigo 1040º, nº 3, do Código Civil (CC), no que concerne ao regime de redução da renda ou aluguer, no âmbito da locação. É também o que acontece no artigo 1487º do mesmo Código em que se delimita a noção de família para aplicação no âmbito de exercício dos direitos de uso e de habitação, o que é de especial relevância atendendo à delimitação funcional do âmbito de faculdades associadas à titularidade de tais direitos⁹. Fora do domínio juscivilista¹⁰, também ocorre fornecer a lei o conceito de família ou de agregado familiar que determina dever ser considerado para aplicação de um certo efeito jurídico previsto num determinado setor normativo. Veja-se, nesse sentido, no âmbito do Direito fiscal, o disposto no nº 4 do artigo 13º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares¹¹ e no âmbito do Direito da segurança social, o previsto no

de constituição de uma relação adotiva conjunta pelos mesmos casais – possibilidade admitida pela Lei nº 2/2016, de 29 de fevereiro –, por exemplo. Neste alargamento do círculo de pessoas que podem aceder a certas relações jurídicas (*previamente* reconhecidas como tal) pode ver-se também um alargamento (subjetivo) da noção de família. Não é a essa espécie de ampliação da noção da família que nos referimos neste trabalho, mas à que resulta alargamento da cobertura da proteção jusfamiliar a novas formas de família com base nos comportamentos efetivamente adotados.

⁹ Tal intervenção legislativa esclarecedora do sentido que deve atribuir-se à realidade familiar não impede o aparecimento de dúvidas sobre a aplicação em concreto de tais normas. Como exemplo do que dizemos, vejam-se as questões levantadas pela aplicação do artigo 1487º ao direito real de habitação sobre a casa de morada de família e ao direito de uso do recheio reconhecidos pelo artigo 5º, n.ºs 1 a 9, da Lei da união de facto (Lei nº 7/2001, de 11 de maio). Rute Teixeira PEDRO, “Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido”, in Guilherme de Oliveira (coord.), *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 320, nota 40.

¹⁰ Como sabemos existem vários ramos de Direito, ainda que a nossa atenção se centre sobretudo no Direito civil da família. Francisco Pereira COELHO e Guilherme DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família...*, *op. cit.*, pp. 158 e ss.

¹¹ Aí se prevê que “o agregado familiar é constituído por: a) Os cônjuges não separados judicialmente de pessoas e bens, ou os unidos de facto, e os respetivos dependentes; b) Cada um dos cônjuges ou ex-cônjuges, respetivamente, nos casos de separação judicial de pessoas e bens ou de declaração de nulidade, anulação ou dissolução do casamento, e os dependentes a seu cargo; c) O pai ou a mãe solteiros e os dependentes a seu cargo; d) O adotante solteiro e os dependentes a seu cargo”. Prevê-se ainda, no nº 5 do mesmo artigo, que, verificados certos pressupostos são dependentes não só os filhos, adotados (no dia de hoje a constituição de um vínculo adotivo importa sempre a aquisição da posição jurídica de filho do adotante, mas não deve olvidar-se a adoção restrita que não conduzia a tal efeito), mas também enteados, menores sob tutela de qualquer dos sujeitos a quem incumbe a direção do agregado familiar, e afilhados civis, nas situações previstas nas alíneas a) a d) desse número.

artigo 4º do Decreto-Lei nº 70/2010, de 16 de junho, que aprovou o Regime para a determinação das condições de recursos das prestações sociais dos subsistemas de proteção familiar e de solidariedade e outros apoios sociais públicos¹².

Diversamente, no entanto, encontramos a referência à família no recorte do âmbito de aplicação de um conjunto de outras normas sem que haja o esclarecimento do que se entende por família para os efeitos nelas previstos. Veja-se, a título exemplificativo¹³, o disposto na alínea a) do nº 3 do artigo 188º do CC que se reporta à “família” do instituidor de uma fundação, no regime do reconhecimento das fundações, por um lado, ou o previsto no nº 2 do artigo 1653º do CC para efeitos da densificação da “*fama*” como elemento da posse de estado de casado no processo destinado a suprir a omissão ou perda de registo de casamento, por outro. Considere-se ainda a referência constante do artigo 4º do Despacho nº 13/2018, de 9 de novembro, a “(conflitos no âmbito das) relações familiares” na delimitação do âmbito da competência material dos serviços de mediação familiar¹⁴. Assim, a definição dos limites conceptuais da noção jurídica de família aparecerá, então, como uma operação prévia decisiva para efeitos da determinação da admissibilidade da aplicação da

¹² Na norma referida, determina-se que, sem prejuízo do disposto nos números seguintes, integram o agregado familiar do titular de um direito a uma prestação social “as seguintes pessoas que com ele vivam em economia comum”: “a) Cônjuge ou pessoa em união de facto há mais de dois anos; b) Parentes e afins maiores, em linha reta e em linha colateral, até ao 3º grau; c) Parentes e afins menores em linha reta e em linha colateral; d) Adotantes, tutores e pessoas a quem o requerente esteja confiado por decisão judicial ou administrativa de entidades ou serviços legalmente competentes para o efeito; e) Adotados e tutelados pelo requerente ou qualquer dos elementos do agregado familiar e crianças e jovens confiados por decisão judicial ou administrativa de entidades ou serviços legalmente competentes para o efeito ao requerente ou a qualquer dos elementos do agregado familiar”.

¹³ Para além dos exemplos dados em texto, podemos convocar a questão discutida no acórdão do STJ de 22 de maio de 2003 (in www.dgsi.pt) relativa à determinação da capacidade económica do agregado familiar e da capitação do rendimento para efeitos de intervenção do Fundo de garantia dos alimentos devidos a menores constituído pela Lei nº 75/98, de 19 novembro, e regulamentado pelo Decreto-Lei nº 164/99, de 13 maio. No acórdão em referência, para efeitos de saber se o rendimento *per capita* do agregado familiar se situava aquém do limiar a partir do qual o referido fundo não intervinha, discutiu-se a questão de saber se o rendimento auferido pelo unido de facto da mãe da criança (e que não era pai da mesma) poderia ser contabilizado para aquele efeito: a resposta a essa questão dependia de saber se o unido de facto da mãe era família do filho desta, apesar da falta de existência entre eles de uma das relações enunciadas no artigo 1576º e dada a vivência em comunhão de vida entre os mesmos. Para a resposta à questão colocada, hoje, deve atender-se ao regime introduzido pelo Decreto-Lei nº 70/2010, de 16 de junho, que aprovou o Regime para a Determinação das Condições de Recursos das Prestações Sociais dos Subsistemas de Proteção Familiar e de Solidariedade e outros Apoios Sociais Públicos.

¹⁴ Este despacho normativo revogou o Despacho 18778/2007, de 22 de agosto que criou o sistema de mediação familiar, mantendo a redação do artigo 4º que já suscitava dúvidas, nomeadamente no que respeita à inclusão dos litígios emergentes da união de facto no âmbito material referido. Sobre a mediação familiar, veja-se Rossana Martingo Cruz, *A Mediação Familiar como Meio Complementar de Justiça – Algumas Questões*, Coimbra, Almedina, 2018, em especial sobre a inclusão da união de facto no âmbito material de aplicação da mediação familiar, pp. 101 e ss.

mediação familiar a um determinado litígio¹⁵. Ora, portanto, em casos dessa espécie, na falta de indicação expressa de um sentido *especial* que deva ser dado à noção de família para o âmbito de aplicação de uma dada norma, haverá que buscar a noção jurídica de família que se conclua dever juridicamente valer para aplicação do efeito contido na estatuição normativa em análise.

Como sabemos, a Constituição da República Portuguesa (CRP), consagrando embora proteção à Família¹⁶, desde logo no artigo 36º e no artigo 67º, não oferece uma noção jurídica de família. Na tarefa de interpretação do Direito constituído, enquanto atividade “que se destina a fixar o sentido e o alcance com que o texto deve valer”¹⁷, deverá, então, o intérprete procurar o sentido que deve ser dado ao termo “família” (ou “agregado familiar”) em cada caso, através de uma operação interpretativa em que se recorra aos devidos instrumentos da hermenêutica jurídica. O *iter* a trilhar para determinar o âmbito da previsão da norma assentará na definição da teleologia da mesma, na sua leitura integrada no corpo normativo a que pertence e na consideração da linha de evolução histórico-legislativa em que a norma na sua redação presente se insere. Neste esforço interpretativo assumirá particular relevância, o elemento sistemático da interpretação e, em especial, os “fatores interpretativos”¹⁸ que o legislador, *ex vi* do nº 1 do artigo 9º do CC, manda considerar na tarefa de reconstituir o pensamento legislativo a partir dos textos legais: “a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”¹⁹.

¹⁵ Note-se que a enunciação constante das várias alíneas do artigo 4º do Despacho será meramente exemplificativa, já que essa natureza costuma ser associada aos elencos que são introduzidos pelo advérbio “nomeadamente”, interpretado no sentido de que apontará para um elenco ilustrativo que não esgota as hipóteses subsumíveis à realidade que exemplificará.

¹⁶ Sem prejuízo da subsistente tutela da *dimensão institucional* da família enquanto “elemento fundamental da sociedade” (artigo 67º da CRP), a Constituição da República Portuguesa de 1976 acentuou a importância reconhecida à dimensão *individual-subjectiva* da família, e, portanto, aos direitos de que são titulares as pessoas que integram o agrupamento familiar. Foi, portanto, acolhida uma “conceção personalista da família e do casamento” como decorrência, aliás, da proclamação dos princípios basilares da dignidade da pessoa humana no artigo 1º e do “respeito” e “garantia da efetivação dos direitos e liberdade fundamentais”, previstos no artigo 2º. Essa foi, aliás, uma mudança operada pela Constituição de 1976. Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Introdução Geral. Preâmbulo. Artigos 1º a 79º*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, anotação ao artigo 36º, p. 807.

¹⁷ João Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 176.

¹⁸ João BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, op. cit.*, pp. 190 e ss.

¹⁹ Como ensina João Baptista Machado, “uma lei só tem sentido quando integrada num ordenamento vivo e, muito em especial, enquanto harmonicamente integrada na ‘unidade do sistema jurídico’”. João Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, op. cit.*, p. 191. Deve, no entanto, sublinhar-se que o direito não

Avulta também a este propósito o princípio da interpretação conforme à Constituição, o que importará que o intérprete rejeite um resultado interpretativo que seja desconforme à Constituição, mas também que identifique, de entre os sentidos que possam ser atribuídos ao preceito normativo interpretado, aquele sentido que seja mais conforme aos valores fundamentais do ordenamento jurídico incorporados na Constituição Portuguesa²⁰.

O relevo do “princípio da interpretação conforme à Constituição” foi, aliás, decisivo no sentido de conduzir a que certas soluções particulares de tutela da família fossem aplicadas para além do perímetro que lhes havia sido precipuamente definido pelo legislador. E, nessa extensão – primeiramente por força do labor dos aplicadores do Direito, nomeadamente através de decisões judiciais e depois traduzida em letra de lei, na sequência de reformas legislativas –, deu-se um alargamento da intervenção especificamente *jusfamiliar* a uma nova relação, cujo carácter familiar, inicialmente se discutiu, mas mais tarde, também por efeito da intensificação da proteção jurídica que lhe foi *especialmente* reconhecida, veio a aceitar-se²¹. Pode destacar-se para esse efeito, relativamente à união de facto, a proteção da casa de morada de família em caso de rutura da relação, que viria a ser consagrada na Lei nº 135/99, de 28 de agosto, e que depois transitou para a Lei nº 7/2001, de 11 de maio, mas cuja aplicação (*necessária* em certos casos para evitar um juízo de inconstitucionalidade) havia já sido avançada, entre nós, em decisões anteriores do

pode assumir uma posição meramente seguidista da realidade e os juristas não podem ser “seguidores dóceis dos factos”, com ensina Rita Lobo XAVIER, “Da crise à desregulamentação da família”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 839.

²⁰ Sobre a interpretação conforme à Constituição, Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo II, Constituição e Inconstitucionalidade*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1991, pp. 263 e ss.; e Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, reimp. da 7ª ed, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 1226 e ss.

²¹ Sobre a qualificação da união de facto como relação familiar, veja-se Rossana Martingo CRUZ, *União de facto vs Casamento. Questões pessoais e patrimoniais*, Geslegal, 2019, pp. 17 e ss.

Tribunal Constitucional, nomeadamente pelo acórdão nº 359/91, de 9 de julho²², e pelo acórdão nº 1221/96, de 4 de dezembro²³.

Para destacar a força conformadora do texto constitucional de soluções protecionistas no âmbito *familiar*, podemos também lembrar que o reconhecimento, nos termos do nº 3 do artigo 496º do direito ao ressarcimento dos danos não patrimoniais sofridos pelo unido de facto sobrevivente, em caso de morte imputável terceiro²⁴, foi introduzido pela Lei nº 23/2010, de 30 de agosto, depois de a *necessidade* de uma tal solução, em certos casos, vir sendo acolhida em várias decisões judiciais com base, precisamente, em ditames constitucionais. Considere-se, em particular, o acórdão do Tribunal Constitucional nº 275/2002, de 19 de junho²⁵, em que o referido Tribunal julgou inconstitucional, precisamente por violação do nº 1 do artigo 36º da CRP – “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade” – em conjugação com o princípio da proporcionalidade, a norma do nº 2 do artigo 496º do Código Civil, “na parte em que, em caso de morte da vítima de um crime doloso, exclui

²² Neste acórdão (acessível in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910359.html>), declarou-se a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do Assento de 23 de Abril de 1987 proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) relativamente à interpretação que deveria ser dada aos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110º do Código Civil, na versão então vigente e que respeitava ao destino da posição contratual de arrendatário da casa de morada do casal em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens. O assento do STJ ditava que essas normas não seriam aplicáveis à rutura das uniões de facto, mesmo que delas houvesse filhos menores. O Tribunal Constitucional (TC) considerou que uma tal interpretação importava uma violação do princípio constitucional da não discriminação dos filhos. Assim, o TC afirmou que “o ‘interesse dos filhos’ na atribuição do direito ao arrendamento [quando] erigido em critério relevante de atribuição daquele direito, haver de ser respeitado tanto no caso dos filhos nascidos do casamento como no caso dos filhos nascidos de uniões de facto”. A decisão assentou, pois, em considerações relativas ao tratamento a dar aos filhos que são indiscutivelmente familiares, como parentes de 1º grau na linha reta, de seus pais, mas esta decisão acabou tendo impacto, de imediato, na proteção jurídica especificamente familiar aplicada no âmbito da união de facto. Acresce que, nas leis referidas em texto que vieram a acolher soluções idênticas para a hipótese de extinção da união de facto, se despreendeu a aplicação de tal regime da circunstância de existirem filhos. Assim sendo, já não se podia encontrar o fundamento da proteção na relação de parentesco, mas antes diretamente na relação de união de facto.

²³ Através deste acórdão (acessível in <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19961221.html>), o TC julgou inconstitucional, por violação do disposto no nº 4 do artigo 36º da CRP, “a norma do nº 1 do artigo 1793º do Código Civil na interpretação segundo a qual o regime nela previsto não é aplicável às situações de cessação de união de facto, se constituída esta *more uxorio*, havendo filhos menores nascidos dessa união”.

²⁴ Sabemos que a admissibilidade da compensação dos danos não patrimoniais não é *per se* um efeito tipicamente familiar. Trata-se antes da manifestação do funcionamento da responsabilidade civil, instituto obrigacional. No entanto, esse efeito de compensação de danos não patrimoniais, em caso de morte do lesado (direto) só é reconhecido pela nossa lei em benefício de familiares do falecido (cônjuge não separado de pessoas e bens, filhos e outros descendentes, pais e outros ascendentes, irmãos ou sobrinhos que os representem e, mais recentemente, unido de facto sobrevivente). É, nessa medida, uma norma tuteladora da família e que se sustenta em homenagem à vivência familiar (de proximidade pessoal existencial) e ao desempenho de funções de apoio e cuidado emocional e económico).

²⁵ O acórdão está acessível in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020275.html>.

a atribuição de um direito de ‘indenização por danos não patrimoniais’ pessoalmente sofridos pela pessoa que convivia com a vítima em situação de união de facto, estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges”²⁶. Neste preciso acórdão²⁷, o Tribunal Constitucional afirmava que “já se não encontra[va] justificação atendível para a desprotecção da *família* não fundada no casamento”²⁸, desprotecção essa que resultaria da não compensação dos danos não patrimoniais sofridos pelo membro sobrevivente de uma “união estável e duradoura”, que convivesse com o falecido em condições análogas às dos cônjuges. Segundo o Tribunal, no mesmo sentido, depunha, aliás, o regime de protecção da união de facto que havia sido introduzido pela Lei nº 7/2001, de 11 de maio, e que as alterações legislativas entretanto introduzidas robusteceram, nomeadamente no que respeita aos efeitos civilísticos respeita²⁹.

²⁶ Note-se que diferente é a questão de saber se pode haver compensação dos danos não patrimoniais pelo unido de facto de quem sofreu uma lesão corporal de que não proveio a morte do lesado direto. Já nos pronunciamos sobre a questão em Rute Teixeira PEDRO, “Os danos não patrimoniais (ditos) indiretos – uma reflexão *ratione personae* sobre a sua ressarcibilidade”, in Mafalda Miranda Barbosa e Francisco Muniz (eds.), *Responsabilidade Civil: Cinquenta Anos em Portugal, Quinze Anos no Brasil*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, pp. 239 e ss. O TC, a esse propósito, no acórdão nº 624/2019, de 23 de outubro de 2019 (acessível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190624.html?impressao=1>), na linha do que pensamos, decidiu “não julgar inconstitucional a norma contida no artigo 496º do Código Civil, interpretado no sentido de que o unido de facto que convivia com a vítima, em situação estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges, não tem direito a indenização por danos não patrimoniais, em caso de lesão corporal grave do outro membro da união de facto”.

²⁷ Onde se afirmava: “Sob a perspectiva do *fundamento para o reconhecimento da compensação* – que reside, obviamente, na verificação da dor e do sofrimento por causa do falecimento da vítima, e na justeza de uma compensação por tais danos –, não se vê como possa relevar a existência de um vínculo matrimonial, em lugar apenas de uma convivência em união estável e duradoura com outra pessoa, em condições análogas às dos cônjuges, para *excluir completamente* a atendibilidade dos padecimentos sofridos por esta. Estes não são, na verdade, nem qualitativa nem quantitativamente menos merecedores da tutela do direito por não existir um vínculo matrimonial. Não se dividando, pois, fundamento razoável na exclusão da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais sofridos por quem vivia em união de facto com a vítima, chegar-se-ia, por esta via, a uma conclusão de inconstitucionalidade, por violação do *princípio da igualdade*, consagrado no artigo 13º da Constituição”.

²⁸ O itálico é nosso. O entendimento de que a CRP, nos termos do nº 1 do seu artigo 36º, oferecia protecção constitucional à família nascida de uma união de facto, em que os conviventes vivem numa comunhão análoga às dos cônjuges, já era, aliás, acolhido, com anterioridade pelo Tribunal Constitucional. Nesse sentido, o acórdão referido em texto, citando o acórdão do TC nº 690/98, sublinhava que a distinção no artigo 36º, nº 1, da CRP entre família e casamento parecia “espelhar um entendimento e reconhecimento da família como uma realidade mais ampla do que aquela que resulta do casamento, que pode ser denominada de família conjugal”.

²⁹ Pensamos, aqui, particularmente na protecção introduzida pela Lei nº 23/2010, de 30 de agosto, para a casa de morada de família em caso de extinção da união de facto por morte de um dos seus membros, quando o imóvel em que se situava a casa de morada de família era propriedade ou compropriedade do falecido e sobrevivente. O unido de facto passou a ser chamado, imperativamente, à sucessão do falecido como legatário de um conjunto de direito, o que se traduziu num importante reforço do “estatuto privado” dos unidos de facto, empregando a terminologia usada por Rita Lobo XAVIER, “O ‘estatuto privado’ dos membros da união de facto”, *Scientia Iuridica*, tomo LXIV, nº 338, maio/agosto 2015, pp. 283 e ss. Sobre a referida protecção, veja-se Rute Teixeira PEDRO, “Breves reflexões...”, *op. cit.*, pp. 307 e ss.

A consideração da união de facto como relação jurídico familiar também para efeitos juscivilísticos é uma das razões que pode ser carreada para a afirmação da exiguidade do perímetro jurídico da realidade familiar se ele se mensurasse apenas pela medida que se retira da previsão normativa do artigo 1576º do CC³⁰. Neste preceito que data da versão originária do Código e se mantém, desde então, inalterado, tendo sobrevivido incólume à reforma de 1977, se ancorou, tradicionalmente, a noção jurídico-civilista de família. No entanto, no presente, não parece mais retratar fielmente o que é hoje, para o Direito e em particular para o Direito civil, a família. À luz da norma referida, cuja redação suscita críticas, as relações familiares seriam apenas a relação matrimonial, a relação de parentesco, a relação de afinidade e a relação adotiva. Trata-se de uma enumeração que deixa de fora um conjunto de outras relações – também elas juridicamente reconhecidas e legalmente conformadas – que corporizam uma materialidade idêntica ou aproximada das que ficam ali enunciadas e que, em alguns casos, produzem já efeitos jurídicos mais numerosos e existencialmente mais relevantes do que algumas daquelas relações ali enunciadas³¹.

A consideração da união de facto como relação jurídico-familiar, para além de provar a exiguidade da previsão do artigo 1576º do CC, é testemunha de um alargamento funcional do perímetro jurídico da realidade familiar nas últimas décadas. Trata-se, precisamente, de um exemplo paradigmático da tendência de atribuição de efeitos jurídicos tradicionalmente familiares (no plano civilista, destaque-se a proteção da casa de morada de família e os efeitos sucessórios) a pessoas que vivam realidades materiais que apresentam, facticamente, certas características de comunhão de vida e proximidade existencial

³⁰ Carlos Pamplona Corte-Real rejeita a vigência de um princípio de tipicidade das situações jurídicas familiares que se extraísse do artigo 1576º do CC. Como ensina, “a família cria-se e recria-se em tantas situações, pelo que parece perfeitamente inconsequível amarrar as suas manifestações coexistentiais a um leque pré-determinado de casos”. O Autor considera que o intérprete deve atender a critérios relativos à “perdurabilidade (virtual definitividade), inerentes ou presumidos laços afetivos mais ou menos expressivos” para “tomar uma situação inserível no Direito da Família”. Carlos Pamplona CORTE-REAL, “Relance crítico sobre o direito da família português”, in Guilherme de Oliveira (coord.), *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, op. cit., pp. 109 e 110.

³¹ Pensamos, desde logo, na afinidade e nos poucos efeitos a ela legalmente associados. Veja-se, por oposição, a proteção hoje já conferida ao unido de facto e que inclui o seu tratamento como sucessível legal imperativo. Para um desenvolvimento da proteção sucessória do unido de facto, veja-se Rute Teixeira PEDRO, “Da proteção sucessória do unido de facto”, in AAVV, *Casamento & União de Facto – Questões da Jurisdição Civil*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2020, disponível em https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Vlcl_6pom9Y%3d&portalid=30, pp. 133 e ss.; e Jorge Duarte PINHEIRO, *Direito das Sucessões Contemporâneo*, Gestlegal, 2022, pp. 88-92 e 203-209.

e pessoal, e não apenas da sua atribuição *automática* a quem simplesmente acedeu a um determinado estatuto pré-constituído – pela celebração de um contrato de casamento, pelo estabelecimento jurídico da paternidade ou maternidade por uma das formas legalmente previstas³² e com base em algum dos fundamentos apriorísticos (seja a intervenção no ato natural de procriação, seja a prestação do consentimento para a prática de uma técnica de procriação medicamente assistida³³), pela preexistência de um vínculo de parentesco com a pessoa com quem entretanto se casou (ou reciprocamente pela celebração por outrem de um contrato de casamento com a pessoa de quem se já é parente) ou pelo decretamento judicial de uma relação adotiva.

No mesmo sentido, depõem outras soluções que saem do âmbito da vida (para)conjugal. Pensamos na possibilidade de exercício das responsabilidades parentais por quem não é pai nem mãe da criança, nem com a mesma tem, em princípio, uma relação jusfamiliar prévia, mas que com ela viverá em comunhão de vida. Referimo-nos às soluções introduzidas nos artigos 1903º, 1904º e 1904º-A do CC pela Lei nº 137/2015, de 7 de setembro, para os casos de impedimento de um ou de ambos os pais, ou de morte de um deles, por um lado, e ainda para a hipótese de a filiação se encontrar estabelecida apenas quanto a um dos pais, por outro lado. Na verdade, de acordo com os artigos 1903º e 1904º do CC, quando um dos pais não puder exercer as responsabilidades parentais por ausência, incapacidade, morte, ou outro impedimento decretado pelo tribunal, e o outro progenitor também estiver impedido, o exercício daquelas responsabilidades pode ser atribuído, por

³² Nos critérios de estabelecimento da filiação no direito português vemos uma evolução de um modelo assente na legitimação, para um modelo assente no biologismo e, mais recentemente, a substituição desse paradigma pelo que vamos referir na nota 34. Guilherme DE OLIVEIRA, “Critérios Jurídicos de parentalidade”, in Guilherme de Oliveira (coord.), *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, op. cit.*, pp. 271 e ss.

³³ Por isso, não chamamos a depor no sentido da evolução de que falamos neste trabalho, o regime previsto para procriação medicamente assistida (PMA). Nesses casos, a constituição da relação jurídico familiar (que corresponderá, aliás, à relação de parentesco legal, seja com os beneficiários das técnicas – filiação, por se tratar de parentesco no 1º grau da linha reta –, seja com os parentes dos mesmos) assenta não numa realidade funcional (pelo menos numa realidade funcional imediata ou já concretizada, ainda que esteja subjacente uma vontade de que tal venha a acontecer), mas antes numa realidade volitiva (numa intenção, num projeto mediato de vivência familiar). Na transformação que falamos em texto, o que há é o reconhecimento jurídico de quem já se encontra factualmente investido no desempenho de certos papéis, associando-se-lhes efeitos tipicamente familiares (proteção da casa de morada de família, efeitos sucessórios, reconhecimento do múnus de quem exerce as responsabilidades parentais, reconhecimento de direito de visita), sem que se lhes reconheça – até ao momento – o estatuto a que esses efeitos estavam tradicionalmente associados. No caso da PMA, o que acontece é, de algum modo, o oposto: é o acesso ao estatuto *tradicional* de familiar por uma forma diferente.

decisão judicial, ao cônjuge ou ao unido de facto de qualquer dos progenitores, ocupando estas pessoas o primeiro lugar na ordem de preferência legalmente definida para a identificação das pessoas a quem atribuir as responsabilidades parentais nos casos referidos. Já, nos termos do artigo 1904º-A, quando a filiação se encontre estabelecida apenas quanto a um dos progenitores, as responsabilidades parentais podem ser também atribuídas, por decisão judicial, ao cônjuge ou unido de facto do progenitor, havendo, nessa hipótese, lugar ao exercício conjunto dessas responsabilidades com o último. Estas soluções dão relevância jurídica a quem cuida, a quem tem vontade de cuidar e assume essa responsabilidade³⁴. Reconhece-se-lhes o desempenho da função, enquadrando-a juridicamente, deixando, do mesmo passo, intocada a filiação estabelecida. Trata-se, como já dissemos³⁵, do “reconhecimento de realidades fácticas tradutoras da assunção voluntária do cuidado de quem não é seu filho biológico. Trata-se de um movimento de superação, também no domínio da filiação, da centralidade ‘status’ com atribuição de predomínio ao desempenho efetivo da função”.

Idêntica tendência se pode encontrar na interpretação que se pode dar e já foi dada, aliás, na nossa jurisprudência à norma do artigo 1887º-A do CC que prevê que “os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes”³⁶. Aceitando-se que este preceito permite a afirmação de direito de convivência com a criança por parte de certos adultos, nomeadamente irmãos e avós³⁷, pode o reconhecimento desse

³⁴ Trata-se de uma tendência presente na evolução do Direito da filiação, traduzido na adoção de um modelo de definição da parentalidade com base no “critério do amor sob a forma de vontade de cuidar e da assunção voluntária da responsabilidade pelo cuidado”, nas palavras de Guilherme DE OLIVEIRA, “Critérios Jurídicos de parentalidade”, *op. cit.*, p. 278. Note-se que, no caso referido em texto, a substituição do paradigma não se dá no plano do regime do estabelecimento da filiação. Não conduz, portanto, à constituição do estatuto de pai e de filho. Mas aquele critério pode vir a servir para aceder a esses estatutos. Assim, Guilherme DE OLIVEIRA, “Critérios Jurídicos de parentalidade”, *op. cit.*, pp. 271 e ss.

³⁵ Acompanhamos, aqui, o nosso, Rute Teixeira PEDRO, “A visão personalista da família e a afirmação de direitos individuais no seio do grupo familiar – a emergência de um novo paradigma decorrente do processo de constitucionalização do direito da família”, in Nuno Pinto de Oliveira e Benedita Mac Crorie (coords.), *Pessoa, Direito e Direitos. Colóquios 2014/2015*, Braga, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, 2017, p. 360.

³⁶ Sobre esta norma, veja-se Clara SOTTOMAYOR, “Anotação ao art. 1887º-A”, in Clara Sottomayor (coord.), *Código Civil Anotado. Livro IV, Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 879 e ss.

³⁷ Na jurisprudência portuguesa, existiram diferentes perspetivas sobre o exato alcance do artigo 1887º-A, que oscilaram entre o significado de mera previsão de um limite ao exercício das responsabilidades parentais, até ao significado de que a criança é titular de um direito autónomo (direito de visita) ao relacionamento com as pessoas previstas no artigo ou, finalmente, ainda o significado de permitir o reconhecimento de um direito de convivência da criança a essas pessoas, nomeadamente com possibilidade de fixação, em processo tutelar, dos termos do exercício

direito ser estendido, em homenagem à importância que têm no desenrolar da vida da criança, a outras pessoas que ultrapassam o âmbito recortado pela letra do artigo 1887º-A e com as quais a criança pode não estar ligada por um vínculo (pré-constituído) de natureza familiar³⁸. Encontramos expressão deste entendimento no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de junho de 2012, em que o Tribunal depois de afirmar que “não se extrai do artigo 1887º-A do Código Civil ou de qualquer outro preceito aplicável que distintas relações, outros afectos, ainda que relativos a terceiros, não possam merecer relevo regulatório no momento da decisão incidente sobre o exercício das responsabilidades parentais – nem esta expressão (‘parentais’) nos deve afastar desta conclusão, já que exprime apenas o núcleo e a origem do instituto e não fala da felicidade e dos interesses da criança, que tudo dominam”, concluiu, portanto, que “tendo uma criança estabelecido com o seu padrinho, que dela cuidou desde pequena, uma relação idêntica à de filiação e sendo esta a sua figura primária de referência, o seu interesse reclama a fixação ao mesmo de um regime de visitas”. Note-se que, em qualquer caso, o reconhecimento do direito de convivência fica condicionado ao interesse da criança que, sendo contrário a tal pode ditar a denegação desse reconhecimento.

A tendência que procurámos destacar nas páginas anteriores manifesta-se, portanto, transversalmente no Direito (civil) da família, encontrando-se, como vimos, manifestações da evolução referida, nos dois hemisférios em que hoje se sói dividi-lo: no *Direito vertical da família* que abrange as relações familiares em que há um desnível entre os sujeitos, por um deles se encontrar numa situação de maior vulnerabilidade e no *Direito horizontal da família* que abrangerá as relações entre familiares que se encontram num plano de igualdade (exemplo paradigmático é o das relações entre adultos, nomeadamente cônjuges ou companheiros não casados).

desse direito. No segundo sentido, veja-se o acórdão da Relação de Lisboa, de 9 de junho de 2022. No terceiro sentido, veja-se, entre outros, os acórdãos da Relação de Guimarães, de 7 de abril de 2022, da Relação de Lisboa, de 14 de julho de 2020, da Relação de Lisboa, de 10 de abril de 2018, da Relação de Coimbra, de 14 de janeiro de 2014, da Relação de Lisboa, de 2 de dezembro de 2009, da Relação de Coimbra, de 8 de julho de 2004, e do STJ, de 3 de março de 1998 (acessíveis in www.dgsi.pt).

³⁸ No acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de 7 de janeiro de 2013 (acessível no endereço www.dgsi.pt), foi reconhecida em relação a outras pessoas, para além das referidas no artigo 1887º-A do CC – que, no caso eram tios da criança –, a possibilidade de fixação de um regime de visitas e convívio com a criança.

A evolução descrita representa, pois, a proeminência da relevância da componente funcional sobre a componente *estatutária*. Ganham, portanto, protagonismo as funções que a família cumpre no presente e que o direito (da família) deve promover e que, neste momento, parecem ser, fundamentalmente as de apoio emocional, cuidado e assistência³⁹.

Note-se, finalmente, que não se retira da evolução enunciada – nem se advoga, de modo algum, que assim seja – que a qualificação de uma relação como familiar acarreta a aplicação de um regime uniforme a todas as relações familiares. Os efeitos são distintos, variando de relação para relação⁴⁰, podendo, aliás, os termos do efetivo e concreto desempenho das funções familiares repercutir-se na extensão ou robustez jurídica dos efeitos jurídicos reconhecidos.

A evolução que procurámos, sucintamente, traçar no breve périplo que encontramos no direito português é confortada – e orientada⁴¹ – pelo sentido detetado na jurisprudência do TEDH.

3. A família à luz da jurisprudência do TEDH desenvolvida à luz da teoria margem de apreciação dos Estados

Como já deixámos referido, no que à tutela da família respeita, destacam-se no âmbito da CEDH, os artigos que diretamente incidem sobre a realidade familiar: por um lado, o artigo 8º onde, ao lado do direito ao respeito pela vida privada, se consagra o direito ao respeito pela vida familiar e por outro lado, o artigo 12º, onde está consagrado o direito ao casamento e à constituição de família⁴².

³⁹ Sobre o depauperamento funcional da família, veja-se Francisco Pereira COELHO e Guilherme DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família...*, *op. cit.*, pp. 119 e 120.

⁴⁰ Note-se, por exemplo, que ainda que se reconheça que quer o casamento quer a união de facto são relações familiares, e apesar da semelhança fáctica da comunhão entre cônjuges e unidos de facto, isso não significa que ambas mereçam o mesmo tratamento jurídico. Não é assim e não há analogia geral entre as duas relações. Já tivemos ocasião de nos pronunciar nesse sentido. Veja-se Rute Teixeira PEDRO, “Da proteção sucessória do unido de facto”, *op. cit.*, pp. 142 e 143.

⁴¹ Na medida em que o Estado Português se encontra vinculado ao cumprimento das obrigações decorrentes da CEDH.

⁴² Como destaca Dagmar Coester-Waltjen, desempenham, também, um papel importante na proteção dispensada à realidade familiar os artigos 14º e 6º da CEDH, que concernem, respetivamente à proibição da discriminação e o direito a um processo equitativo. Dagmar COESTER-WALTJEN, “The impact of the European Convention on

Como se sabe, o TEDH vem imprimindo uma *interpretação evolutiva ou dinâmica*⁴³ na leitura que faz da CEDH, que é perspetivada como um “living instrument” que deve ser “interpreted in the light of present-day conditions”⁴⁴. Dessa forma, o TEDH “tem progressivamente vindo a aumentar o âmbito de aplicação” da CEDH⁴⁵. De acordo com essa forma atualista de interpretação também o olhar sobre a proteção jurídica da família, à luz da CEDH, tem evoluído, como veremos⁴⁶.

Para o efeito, o TEDH toma em consideração “the general state of the law”⁴⁷ nos Estados-partes, procurando acolher entendimentos consensuais, em respeito pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Como corolário do princípio da subsidiariedade⁴⁸, aparece-nos, precisamente, a doutrina da margem de apreciação⁴⁹ que deve ser reconhecida aos Estados na configuração da sua intervenção nas matérias que contendam com os

Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law”, in Jens M. Scherpe (ed.), *European Family Law, Volume I, The impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 58 e 59. Para mais desenvolvimentos sobre a proteção da família ao abrigo da CEDH e da jurisprudência do TEDH, veja-se o trabalho acabado de referir, pp. 49 a 94 e, na doutrina portuguesa, Susana ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008; Jorge Duarte PINHEIRO, “Direito ao respeito pela vida familiar”, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário à Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, pp. 1510 e ss.; Cristina DIAS, “Direito ao Casamento II”, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário à Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, vol. II, *op. cit.*, pp. 1934 e ss.; Cristina DIAS, “A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de família”, *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, nº 15, 2012, pp. 35 e ss.; Ana Filipa Morais ANTUNES, “Direito ao Casamento I”, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário à Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, vol. II, *op. cit.*, pp. 1909 e ss.

⁴³ Sobre a interpretação da CEDH, vide Susana ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, pp. 57 e ss.

⁴⁴ Como se afirmou, primeiramente, no § 31 da decisão do caso *Tyrer c. Reino Unido*, nº 5856/72, de 25.04.1978.

⁴⁵ Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, pp. 2721 e 2728.

⁴⁶ “This relatively open interpretation of the Convention allows the Court to set new standards and to bring forth law reforms in the Contracting States”, como sintetiza Dagmar COESTER-WALTJEN, “The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law”, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁷ Dagmar COESTER-WALTJEN, “The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law”, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁸ Na explicação de Benedita MAC CRORIE: “O TEDH, enquanto mecanismo internacional de proteção dos direitos humanos deve apenas actuar como um ‘subsídio’ do direito nacional, o que significa que deverá apenas intervir quando os Estados não puderem ou não o quiserem fazerem. É essa subsidiariedade que justifica também o espaço de discricionariedade conferido pelo Tribunal aos Estados na implementação da Convenção”. Veja-se Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, p. 2722.

⁴⁹ Como destaca Benedita MAC Crorie, a margem de apreciação foi abundantemente convocada na jurisprudência do TEDH, apesar de não se encontrar consagrada de forma expressa na CEDH. A introdução da referência à mesma no Preâmbulo da Convenção decorrerá da entrada em vigor do Protocolo Adicional nº 15, como resulta do artigo 1º do citado Protocolo. A Autora refere-se também às razões (“reforço da transparência e da acessibilidade” da doutrina da margem de apreciação e do princípio da subsidiariedade no sistema convencional e “maior uniformidade” com

direitos previstos na CEDH⁵⁰. Tal margem – que tem sido utilizada com frequência nos casos que respeitam a determinados direitos, onde se destacam as liberdades pessoais protegidas pelo artigo 8º⁵¹ – não se apresenta uniforme, variando em função da violação do direito – sendo menor se está em causa o conteúdo nuclear do direito⁵² – e também do nível de consenso que existe sobre a matéria em causa e sobre as medidas que devem ser adotadas⁵³ – sendo menor se se está perante uma matéria em que existe um elevado consenso e tanto maior quanto menor for o consenso no âmbito europeu sobre uma dada matéria⁵⁴.

Atendendo à sensibilidade da matéria que esteja em causa, considerando as implicações morais e éticas⁵⁵, e a inexistência de um consenso a nível europeu sobre o assunto – mesmo que haja uma crescente aceitação de uma certa tendência evolutiva, – o TEDH chama à colação, com frequência, neste âmbito, o princípio da margem de apreciação reconhecida aos Estados-partes⁵⁶. Pode aparecer, nesse âmbito, como um modo “de permitir que a proteção dos direitos humanos possa conviver com tradições nacionais diferentes e com a diversidade cultural”⁵⁷.

Note-se, no entanto, que o exercício de direito comparado levado a cabo pelo TEDH para aquilatar “da existência ou inexistência de uma base comum

o desenvolvimento que a jurisprudência do TEDH àquela doutrina) que sustentam essa introdução. Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, p. 2121.

⁵⁰ A doutrina da margem de apreciação foi, primeiramente, afirmada no caso *Grécia c. Reino Unido*. Veja-se Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, pp. 2721 e 2722.

⁵¹ Assim, Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, p. 2723.

⁵² Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, p. 2729. A margem estreita-se de se estiver perante uma violação de uma expressão particularmente relevante do direito afetado: § 169 da decisão do caso *Parrillo c. Itália*, nº 46470/11 [GC], de 27.08.2015.

⁵³ Sobre este ponto, vejam-se as decisões nos casos *S.H. e outros c. Austria*, nº 57813/00 [GC], de 03.11.2011 (§ 94); *Evans c. Reino Unido*, nº 6339/05 [GC], de 10.04.2007 (§ 77); *X, Y e Z c. Reino Unido*, nº 21830/93, de 22.04.1997 (§ 44); *A, B e C c. Irlanda*, nº 25579/05 [GC], de 16.12.2010 (§ 232); *Costa e Pavan c. Itália*, nº 54270/10, de 11.02.2013 (§ 55); e *Parrillo c. Itália*, nº 46470/11 [GC], de 27.08.2015 (§ 169).

⁵⁴ § 94 da decisão no caso *S.H. e outros c. Austria*, nº 57813/00 [GC], de 03.11.2011.

⁵⁵ § 54 da decisão do caso *S.H. e outros c. Austria*, *cit.* Apresentando uma perspetiva crítica sobre a relevância da natureza moral ou ética da matéria em questão para definir a abrangência da margem de apreciação, considerando o entendimento do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, veja-se Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, p. 2726.

⁵⁶ § 41 da decisão no caso *Dickson c. Reino Unido*, nº 44362/04 [GC], de 04.12.2007.

⁵⁷ Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, p. 2723. Esta é uma das várias razões que soem apresentar-se para defender a aplicação da doutrina da margem de apreciação, como ensina a mesma Autora.

entre as leis dos diferentes Estados”⁵⁸ deve ser complementado por “value judgements regarding the modern appreciation of the fundamental rights and the changes in the modern societies”⁵⁹, na medida em que é “of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective not theoretical and illusionary”⁶⁰.

Ora, no que respeita à área familiar, a proteção jurídica que se ancora na CEDH e a que o TEDH dá aplicação “must be provided *for* family life, but also *through* family life” (os destaques estão no original).

Para proteção dos direitos *supra referidos*, pode resultar a vinculação dos Estados-partes ao cumprimento de obrigações⁶¹ quer negativas quer positivas. Na verdade, por um lado, pode decorrer quer a obrigação de um Estado, através dos seus órgãos, se abster de adotar ações que produzam a violação dos direitos protegidos pela CEDH, quer a obrigação de o Estado adotar comportamentos positivos tendentes à tutela do direito em causa, nomeadamente, protegendo-a contra atos que consubstanciem atentados contra a mesma praticados por terceiros⁶².

Não existe, no entanto, até ao momento um conceito geral de família nem de vida familiar. Diversamente, o TEDH “assesses which persons constitute or belong to a family with regard to the different rules of the Convention (article 8 – respect for family life; article 12 – right to found a

⁵⁸ Benedita MAC CROIRE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, p. 2731.

⁵⁹ Dagmar COESTER-WALTJEN, “The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law”, *op. cit.*, p. 57.

⁶⁰ § 54 da decisão do caso *I c. Reino Unido*, nº 25680/94, de 11.07.2002.

⁶¹ O nº 2 do artigo 8º reconhece a admissibilidade, em certos casos que delimita, da verificação de ingerência pela autoridade pública no exercício do direito ao respeito pela vida familiar (e também pela vida privada), previsto no nº 1.

⁶² Como se lê no § 31 da paradigmática decisão do caso *Marckx c. Bélgica*, nº 6833/74, de 13.06.1979: “By proclaiming in paragraph 1 the right to respect for family life, Article 8 (art. 8-1) signifies firstly that the *State cannot interfere with the exercise of that right* otherwise than in accordance with the strict conditions set out in paragraph 2 (art. 8-2). As the Court stated in the ‘Belgian Linguistic’ case, the object of the Article is ‘essentially’ that of *protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities* (judgment of 23 July 1968, Series A no. 6, p. 33, para. 7). Nevertheless it does not merely compel the State to abstain from such interference: *in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective ‘respect’ for family life*. This means, amongst other things, that when the State determines in its domestic legal system the regime applicable to certain family ties such as those between an unmarried mother and her child, *it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life*” (sublinhados nossos) Sobre o relevo do impacto desta decisão no Direito da família, veja-se, por todos, Walter PINTENS e Jens SCHERPE, “The Marckx case: a ‘whole code of family law’?”, in AAVV, *Landmark Cases in Family Law*, Hart Publishing, 2011, pp. 155 e ss. No mesmo sentido, § 48 da decisão do caso *Keegan c. Irlanda*, nº 16969/90, de 27.05.1994, e § 55c) da decisão *Johnston e outros c. Irlanda*, nº 9697/82, de 18.12.1986.

family) and to the issues involved”⁶³. Ora, tendo em consideração essa perspetivação caso-a-caso, fazendo um périplo pela jurisprudência do TEDH, conclui-se que vem ocorrendo uma dilatação progressiva da extensão do que se entende subsumir ao conceito de vida familiar, sendo certo que esta já que não se circunscreve à existência de um vínculo matrimonial ou à existência de um vínculo biológico⁶⁴. A apreciação da pertinência da questão *sub iudice* à vida familiar pressupõe, pois, uma apreciação casuística por parte do TEDH. Neste esforço de averiguação, procura-se averiguar se estão presentes *in casu* laços substanciais e afetivos entre as pessoas que sejam mercedores de proteção ao abrigo do artigo 8º.

Deteta-se, ademais, na jurisprudência do TEDH, a adoção do critério de “efetividade” dos laços interpessoais⁶⁵ para aferir da existência de “vida familiar” que deva ser protegida à luz da CEDH. Como se lê na decisão do caso *Kroon c. Países Baixos*, “the Court recalls that the notion of ‘family life’ in Article 8 (art. 8) is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other de facto ‘family ties’ where parties are living together outside marriage[.] Although, as a rule, living together may be a requirement for such a relationship, exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto ‘family ties’”⁶⁶.

⁶³ Dagmar COESTER-WALTJEN, “The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law”, *op. cit.*, p. 59.

⁶⁴ Na jurisprudência do TEDH constata-se, aliás, uma evolução conjunta dos dois direitos previstos no artigo 8º – o direito ao respeito pela vida privada e o direito ao respeito pela vida familiar – com diluição de fronteiras entre eles. Veja-se Susana ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, pp. 61 e ss. Acolhe-se um conceito de vida privada ampla para efeitos do artigo citado, não sendo possível apresentar uma definição exaustiva onde se incluam todas as expressões em que ela se pode revelar, como se afirma, expressivamente, no § 29 da decisão do caso *Niemietz c. Alemanha*, nº 13710/88, de 16.12.1992: “The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of ‘private life’”. Como corolários a que é reconhecida proteção pode apresentar-se, entre outros, o direito à autonomia e o direito ao desenvolvimento pessoal onde se inclui o direito à autodeterminação e o direito ao estabelecimento e desenvolvimento de relações com outros seres humanos. Sobre a evolução do conceito de vida familiar na jurisprudência do TEDH, Susana ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, pp. 155 e ss.

⁶⁵ Como se lê na decisão do caso *K. e T. c. Finlândia*, nº 25702/94, de 12.07.2011: “The Court would point out, in accordance with its previous caselaw[,] that the existence or non-existence of ‘family life’ is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties” (§ 150).

⁶⁶ § 30 da decisão do caso *Kroon c. Países Baixos*, nº 18535/91, de 27.10.1994. No mesmo sentido, já se havia pronunciado o TEDH na decisão do caso *Keegan c. Irlanda*, nº 16969/90, *cit.* (§ 44); *Johnston e outros c. Irlanda*, nº 9697/82, *cit.* (§56); e, mais tarde, *L. c. Países Baixos*, nº 45582/99, de 01.09.2004 (§ 35).

A evolução de que falamos deteta-se nos dois âmbitos que se denominam como família horizontal⁶⁷ e como família vertical⁶⁸. Em princípio, a afirmação de laços familiares pressupõe, à luz da jurisprudência do TEDH, a coabitação entre as pessoas que se entende estarem ligadas por esses laços, mas pode não ser assim⁶⁹. Na verdade, como reconhece o Tribunal⁷⁰, “exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto ‘family ties’”⁷¹. Consequentemente, “the existence or non-existence of ‘family life’ for the purposes of Article 8 is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties”⁷².

Note-se, no entanto, que o alargamento da noção da vida familiar também não significa que, à luz da jurisprudência do TEDH, os Estados-partes tenham a obrigação de equiparar o estatuto das várias formas de vida familiar. Como afirma Dagmar Coester-Waltjen, “not every relationship that constitutes family life attracts the same level of protection”⁷³. Assim, não há obrigação para os Estados-partes de equiparar o regime jurídico do casamento e da união de facto⁷⁴. Também no que respeita à proteção da vida familiar

⁶⁷ “In the present case, it is clear that the applicants, the first and second of whom have lived together for some fifteen years (see paragraph 11 above), constitute a ‘family’ for the purposes of Article 8 (art. 8). They are thus entitled to its protection, notwithstanding the fact that their relationship exists outside marriage”, como se lê no § 57 da decisão do caso *Johnston e outros c. Irlanda*, nº 9697/82, *cit.* No mesmo sentido também a decisão do caso *Van der Heijden c. Países Baixos*, nº 42857/05, de 03.04.2012.

⁶⁸ Para a afirmação da existência de vida familiar entre pais e filhos, desde o nascimento, não dependente do estabelecimento do vínculo de filiação, mas não sendo bastante o nexo biológico entre eles, veja-se § 44 *Keegan c. Irlanda*, nº 16969/90, *cit.*, § 43 na decisão [GC] do caso *Elsbolz c. Alemanha*, nº 25735/94, de 13.07.2000 e § 51 da decisão do caso *Yousef c. Países Baixos*, nº 33711/96, de 05.11.2002.

⁶⁹ Assim *Katsikeros c. Grécia*, nº 2303/19, de 21.07.2022 (§ 42).

⁷⁰ Na decisão do caso *L. c. Países Baixos*, nº 45582/99, *cit.* (§ 36).

⁷¹ Ilustra-se esse entendimento com a referência à decisão do caso *Kroon c. Países Baixos*, nº 18535/91, *cit.* (§ 30).

⁷² Que o TEDH ilustra com a decisão do caso *K. e T. c. Finlândia*, nº 25702/94, de 12.07.2011, nomeadamente § 150. E O TEDH acrescenta: “Where it concerns a potential relationship which could develop between a child born out of wedlock and its natural father, relevant factors include the nature of the relationship between the natural parents and the demonstrable interest in and commitment by the father to the child both before and after its birth”. *L. c. Países Baixos*, nº 45582/99, de 01.09.2004, nomeadamente § 35. A extensão da proteção da vida familiar a uma relação potencial nos termos acabados de referir é reiterada na decisão do caso *Katsikeros c. Grécia*, nº 2303/19, *cit.* (§ 44).

⁷³ Dagmar COESTER-WALTJEN, “The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law”, *op. cit.*, p. 86. Como afirma o TEDH, na decisão do caso *Babiarz c. Polónia*, nº 1955/10, de 10.01.2017: “While under Article 8, de facto families and relationships are protected, such protection does not mean that particular legal recognition has to be accorded to them” (§ 54).

⁷⁴ Nas palavras do TEDH na decisão do caso *Van der Heijden c. Países Baixos*, nº 42857/05, *cit.*: “States are entitled to set boundaries to the scope of testimonial privilege and to draw the line at marriage or registered partnerships. The legislature is entitled to confer a special status on marriage or registration and not to confer it on other de facto

verticalmente, a proteção pode ser diversa, podendo oscilar entre a afirmação do direito a estabelecer o vínculo jurídico de filiação, o direito a participar no exercício das responsabilidades parentais e o direito de contactar e visitar a criança⁷⁵.

4. Observações conclusivas

Como resulta do que deixámos descrito, constata-se, no ordenamento jurídico português, uma alteração da conceção jurídica de família. Em vez de se delimitarem as relações jurídicas merecedoras de específica proteção jusfamiliar apenas com base na identificação de determinados estatutos assentes na celebração de um contrato, num nexo de filiação (de raiz biológica ou mais recentemente volitiva) ou numa decisão judicial que dá acesso imediato a uma relação familiar, dá-se também relevância ao desempenho efetivo de determinadas funções que se entende participarem de natureza familiar. Este alargamento da noção de família, que nela vem incluindo realidades fácticas tradutoras da existência efetiva de laços pessoais, encontra-se também presente na jurisprudência do TEDH sobre a matéria.

Resulta claro, ademais, que, no plano substantivo interno e na leitura do sistema convencional feita pelo TEDH, não existe, no presente uma noção unívoca de família jurídica que valha para todos os ramos em que o direito sói dividir-se. Concluiu-se, então, que a operação de identificação do perímetro familiar protegido pelo direito dependerá de uma operação de interpretação da previsão normativa cujo efeito jurídico se encontra em análise, fazendo uso dos vários instrumentos da hermenêutica jurídica, dentro do contexto de direito positivo vigente em cada momento em que a norma interpretada se insere. A falta de um conceito único de família e a “coexistência de vários

types of cohabitation. Marriage confers a special status on those who enter into it; the right to marry is protected by Article 12 of the Convention and gives rise to social, personal and legal consequences” (§ 69).

⁷⁵ Dagmar COESTER-WALTJEN, “The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law”, *op. cit.*, p. 86.

conceitos de família no sistema jurídico” é, aliás, uma “resposta tipicamente pós-moderna”, à luz do pluralismo que caracteriza a sociedade atual⁷⁶.

Destacámos, neste trabalho, como uma importante linha orientadora da evolução referida a abertura a uma dimensão concreta material do desenrolar fáctico e efetivo das relações interpessoais. Nesta operação de busca e fixação da materialidade subjacente, dá-se também, no plano do direito consuetudido e da devida interpretação que dele se faça, a adequação da proteção jurídica à concreta realidade familiar que se considere⁷⁷.

Como elemento unificador da realidade familiar para efeitos jurídicos, pode sublinhar-se que a família aparece, no presente, como o principal núcleo de concretização da solidariedade interindividual no plano privatístico. A família desempenha, pois, essencialmente, funções de assistência e de proteção dos seus membros face a terceiros e de apoio perante as vicissitudes com que cada um é confrontado ao longo da sua vida, carreando para o efeito recursos de natureza patrimonial, psicológica, afetiva e emocional⁷⁸.

A evolução referida ocorre a par de outra transformação que pode sintetizar-se através da ideia de promoção autonomia privada no âmbito familiar: um movimento, frequentemente denominado com recurso à expressão “*From Status to Contract*” cunhada por Henry Sumner Maine⁷⁹.

Trata-se, no entanto, de um caminho que coloca um desafio significativo à intervenção jurídica na realidade familiar: aquele de se conseguir

⁷⁶ Neste sentido, ilustrando com a questão da forma de compaginação entre a família biológica e a família social e as inerentes dificuldades no estabelecimento da filiação, Erik JAYME, “Pós-modernismo e direito da família”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVIII, 2002, p. 214. O pluralismo é, como destaca o Autor, um dos traços identificadores do pós-modernismo como corrente da filosofia contemporânea que se manifesta em vários domínios. Estando presente também no mundo jurídico, o “modo [pós-modernista] de configurar as questões jurídicas entra também nas disciplinas jurídicas específicas” (p. 209). Particularmente no Direito da Família ganham evidência algumas características identificadoras da pós-modernidade que corporizam outras tantas tendências da evolução recente deste ramo do Direito. Destaca-se o “pluralismo jurídico” (enquanto tradução de uma ideia de ecletismo), a “narração” (com emprego de previsões normativas abertas a múltiplos significados), a “comunicação” (com a multiplicação de deveres de informação) e “o regresso dos sentimentos”.

⁷⁷ Num esforço que, idealmente, procuraria visa dar cumprimento, dentro do juridicamente possível, à máxima “À chacun sa famille, à chaque famille son droit”, recorrendo, aqui, à expressão sintética de Jean CARBONNIER, “À chacun sa famille, à chacun son droit” é o título de um artigo incluído nos *Essais sur les lois, Deffrénois*, 2ª ed., 1995.

⁷⁸ As relações familiares apresentam-se muitas vezes perante o Direito como “caring relationships”. Sobre esta conceção de família em que o cuidado (“*caring*”) se encontra no centro do Direito da família, estando na base das pretensões a que o Direito dá cobertura jurídica, Gillian DOUGLAS, *Obligation & Commitment in Family Law*, Oxford, Hart, 2018, em especial, pp. 192 e ss.

⁷⁹ Henry Sumner MAINE, *Ancient Law. Its connection with the early History of society and its relation to Modern ideas*, originariamente publicado em 1866, New Jersey, Transaction Publishers, 2002.

articular o reconhecimento de espaço crescente à autonomia dos particulares na configuração das relações intersubjetivas em que se dá o desempenho efetivo de funções especificamente jusfamiliares sem prejudicar a necessária intervenção heterónoma do direito tuteladora dos interesses (*familiares*) merecedores de tutela específica, em particular através de mecanismos de promoção de solidariedade intersubjetiva.