

“Fique em casa.”

| Notas para uma taxonomia dos “familiares” | ⁽¹⁾

Guilherme de Oliveira

[Professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra]

“I ain't got nobody

Nobody cares for me...”

[Roger Graham and Spencer Williams, 1915]

¹ Inspirado pela obra de Jonathan HERRING, sobretudo pelo texto *Making Family Law less sexy... and more careful*, in R. Leckey, «After Legal Equality: Family, Sex, Kinship», Routledge, 2014, p. 25-41.

Resumo: este artigo pretende sublinhar que as regras do confinamento impostas pela pandemia (COVID 19) entregaram à responsabilidade das “casas” (lares) e das pessoas que lá vivem o desempenho das funções que outrora cabiam à família alargada tradicional; pouco importaram os vínculos jurídicos formais que unem aquelas pessoas.

Por outras palavras, o confinamento fez avultar a *prática dos atos de convivência* em detrimento dos *títulos formais de familiar*, contribuindo eventualmente para um alargamento da noção de “familiar”, baseado em critérios funcionais.

Palavras-chave: “familiares”; funções da família; COVID 19; unidades de convivência; companhia; cuidado; encargo de outrem; partilha de recursos; união de facto; economia comum; parentalidade de facto; apadrinhamento civil; guarda de facto.

Abstract: *This text underlines that the practice of social isolation due to COVID 19 have endorsed to “homes” (to people who live together) the responsibility to perform those tasks that where expected to be performed in ancient times by the “extended families”; the kind of formal bonds that link those individuals didn’t matter at all.*

In other words, social isolation has highlighted that fulfilling social relevant goals of living together is much more important than the legal formal bonds that bind individuals; and this more functionalistic approach may help to make broader the usual formalistic concept of “family”.

Key-words: family; functions of family; COVID 19; private living units; companionship; care; dependent; resource sharing; cohabitation; living in common economy; parenting; “apadrinhamento civil (“special guardianship”); informal guardian.

Sumário

- I – Uma definição formal de “familiares”
- II – As *funções* da Família
 - A – As funções de sempre
 - B – Alterações da importância relativa das funções. Companhia, Cuidado, Encargo de outrem e Partilha de recursos
- III – Alargar a noção de “familiares”. As *funções* e os *títulos*
 - A – Nas relações horizontais
 - B – Nas relações verticais
- IV – “Fique em casa”. Famílias e casas (lares)
- V – Conclusões

I – Uma definição formal de “familiares”

É natural que um livro sobre protozoários comece por definir o que eles são, para que se possa entender o objeto do estudo. Pela mesma razão, pode esperar-se que um texto sobre Direito da Família defina o que se entende por “familiares”.

Mas os textos sobre Direito da Família têm grandes dificuldades para encontrar uma definição². Não admira, por duas razões:

– em primeiro lugar, porque talvez a definição não seja muito necessária. De facto, quase sempre que as regras legais atribuem direitos ou impõem obrigações a algumas pessoas que têm maior proximidade com

² Cfr., por exemplo, Jorge Duarte PINHEIRO, *O direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, 6.ª ed., 2018, p. 17-8; Jonathan HERRING, *Family Law*, 9th ed., Pearson, 2019, p. 2-12; Nina DETHLOF, *Familienrecht*, 31. Auf., Munchen, C.H.Beck, 2015, p. 19 e segs; François TERRÉ, Dominique FENOUILLET, *Droit Civil, La Famille*, 8.e éd., Paris, Dalloz, 211, p. 20 e segs; Michele SESTA, *Manuale di Diritto di Famiglia*, 7.ª ed., Padova, CEDAM, 2016, p. 31-2; Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia*, 12.ª ed., Madrid, Tecnos, 2018, p. 5-7.

outra, as leis discriminam as relações familiares a que querem dar relevância (p.ex., arts. 1844.º, 1846.º, 1862.º, CCiv); ou então referem-se genericamente a “familiares”, mas dizem logo quem consideram como tal (“os serviçais que vivam habitualmente em comunhão de mesa e habitação com o locatário ou o locador” – arts. 1040.º, n.º 3, 1050.º, 1072.º, CCiv; para a definição das necessidades da família do usuário ou do morador usuário, cfr. os arts. 1484.º e 1487.º, CCiv).

Só excecionalmente a lei atribui efeitos que dependem da condição genérica de “familiares” ou equiparados a familiares, o que pode tornar equívoca a aplicação do preceito: assim, não se sabe exatamente o que se entende por “assuntos familiares importantes” que justificam ouvir a opinião dos menores, no art. 1878.º, n.º 2, CCiv; certas penas são agravadas se “do facto resultar (...) destruição das relações familiares (...) de outra pessoa” [art. 361.º, n.º1, b)], CPen; pode duvidar-se se a noção de “familiares” do art. 67.º-A do CProcPen abrange pessoas economicamente dependentes, apenas de facto, da vítima; não se concretizam os vínculos que são contidos pela expressão “seus familiares”, no quadro da “Proibição e imposição de condutas”, no art. 200.º, n.º 1, CProcPen; não se definem as “relações (...) familiares” no âmbito da Inquirição de testemunhas (art. 348.º, n.º 3, CProcPen); também pode discutir-se o que se entende por “familiares” no domínio relativo a Informação genética pessoal e informação de saúde (Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, atualizada pela Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, e DL n.º 131/ 2014, de 29 de agosto);

– em segundo lugar, não parece possível encontrar uma noção única e satisfatória.

A definição mais tentadora para os juristas e para as codificações assentará no enunciado taxativo de certas relações jurídicas consideradas “familiares” e que, portanto, ficam sob a alçada do corpo de leis que se designa por “direito da família”; esta foi a solução do código civil português

de 1966³, que se mantém até hoje.

Mas esta definição já foi acusada de várias deficiências⁴: de misturar *fontes* das relações jurídicas familiares (o casamento e a adoção) com o *conteúdo* de outras relações jurídicas familiares (o parentesco e a afinidade).

Sobretudo, o que se pode censurar nesta definição é o seu carácter *puramente formal*⁵, tanto nas relações familiares horizontais quanto nas relações familiares verticais. Isto é, pressupõe-se que só cabem na noção de Família as relações jurídicas familiares que tenham passado por uma certificação prévia oficial, de acordo com os critérios dominantes do sistema jurídico, independentemente do conteúdo real da relação que seja demonstrável de algum modo. Por exemplo, esta definição dá um valor absoluto à celebração de um casamento, ainda que o vínculo tenha durado, na realidade, três semanas, enquanto nega a natureza de relação familiar a uma união de facto que tenha durado, porventura, trinta anos. Haverá também quem possa estranhar que um irmão radicalmente desavindo com outros, durante toda a vida, seja considerado como membro da família dos outros, para todos os efeitos, e para sempre, apenas porque todos têm um ascendente biológico comum em primeiro grau, enquanto um “amigo fraterno”, colaborante e até cuidador, será considerado pelas leis como um estranho. Pode acrescentar-se, também, que a demonstração da prática continuada da prestação de cuidados parentais ao longo de toda a infância tem menos valor, em face da lei, do que um progenitor formalmente reconhecido, mas que é negligente e até perigoso⁶.

Em qualquer destes casos, a crítica acentuará um excessivo

³ Art. 1576.º CCiv: “São fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção”.

⁴ F. M. Pereira COELHO, *Curso de Direito da Família* (policop.), Coimbra, 1981, p. 7.

⁵ Jorge Duarte PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 13-4.

⁶ Antes de se passar por uma eventual inibição de responsabilidades parentais e por uma adoção *intuitu personae*, por aquele cuidador concreto e não por alguém escolhido dentro da lista nacional de candidatos.

formalismo da definição de “familiares” que reconhece facilmente vínculos socialmente desinteressantes, mas exclui outros que contêm e mostram um valor comunitário muito mais robusto.

O segundo problema que uma definição formal de “familiares” não consegue evitar é que está *condenada a envelhecer*. De facto, os critérios formais que certificam as relações de Família em certa época acabam por ser pressionados no sentido do seu alargamento pelos movimentos sociais emergentes dos setores excluídos. Em hipóteses conhecidas, as definições formais resistem apenas porque deixam entrar para o seu seio relações jurídicas que começaram por ser ignoradas – assim aconteceu com os *casamentos de pessoas do mesmo sexo*. Na aparência, o critério formal e antigo do casamento pareceu manter-se incólume mas, na realidade, o que aconteceu foi que ele não resistiu ao alargamento feito pela pressão social que fez aprovar a lei avulsa que reconheceu os novos casamentos homossexuais. Assim aconteceu, muito tempo antes, com o *reconhecimento dos “filhos ilegítimos”*. Na aparência, o critério formal do parentesco manteve-se incólume mas, na realidade, o critério formal do parentesco alargou-se muito quando várias normas admitiram e promoveram a constituição livre do estado de filho nascido fora do casamento. Este alargamento pode ter começado ainda antes, de um modo fraudulento, através da prática tolerada das *“perfilhações de complacência”*, que ficcionava uma progenitura onde havia apenas uma prática de facto no sentido do desempenho da função parental; o critério formal da progenitura era substituído pelo critério substancial da realidade prática, embora, na aparência, nenhuma alteração formal transparecesse.

Talvez qualquer noção formal de Família – quer comece mais acanhada ou mais generosa – tenha sempre de vir a sofrer os embates de *novas realidades que aspiram a um reconhecimento formal*. Refiro-me, por exemplo, à relação de *apadrinhamento civil* que, não tendo a intensidade de

outros vínculos familiares – e sob a aparência de ter vindo apenas substituir a adoção restrita – tem a natureza pessoal e a vocação de perpetuidade que lhe acrescentam valor em face daquela forma modesta e rara de adoção, ou em face da tutela. Se, como se espera, o apadrinhamento civil vier a despertar na Sociedade para servir o seu propósito de gerar um “acolhimento familiar duradouro” (que tantos profissionais têm reclamado, embora ainda sem consequências) talvez se venha a reconhecer uma nova relação formal de família que a velha definição ainda não podia avaliar, na época em que nasceu. Também é o caso evidente da *união de facto*. Depois de ter conquistado a área do direito social, onde se impôs pelo seu valor de proteção dos mais vulneráveis (ainda que a palavra não estivesse então na moda), a união de facto entrou pelas mesmas razões no código civil, em 1977 (art. 2020.º). Entrou, mas, como não cabe nas formas que integram a definição de Família implícita no velho art. 1576.º, ainda não conseguiu unanimidade como fonte de uma relação familiar, embora dificilmente alguém possa afirmar que – substancialmente – os seus membros não formam uma família.

Em suma: ou a definição se vai atualizando espontaneamente ou a pressão dos *lobbies* e da doutrina vai “forçando” o seu alargamento.

II – As *funções* da Família

A – As *funções* de sempre

Ao longo da história, a Família já foi, predominantemente, uma *unidade de poder cívico e religioso*, fortemente hierarquizada sob o comando do *paterfamilias*, englobando vários casais dependentes e incluindo serviçais, para garantir o exercício dos poderes na cidade e o culto dos mortos; já foi uma *unidade de produção* na economia agrária, e na era pré-industrial, quando as carroças recolhiam o produto artesanal da fiação, ou os tecidos

caseiros; já foi o modo de *conservar e de transmitir as fortunas* dos comerciantes percussores do capitalismo; e, desde os tempos das Luzes, cuja influência se estendeu até há pouco tempo, desempenhou a função de *preservar a moralidade* dominante e garantir a *geração de filhos educados* de uma forma útil às nações.

Entretanto, foi-se alterando o interesse social relativo das funções antigas e, por outro lado, é difícil identificar a “moralidade dominante”, em face do pluralismo que se tem instalado nos países que nos são próximos.

Desde há bastante tempo⁷, atribui-se à Família a função de *propiciar o desenvolvimento emocional e afetivo dos seus membros*; os indivíduos procuram no seio da Família otimizar as suas aspirações livres e autónomas, deixando implícito que a Família pode durar enquanto for capaz de satisfazer aquela função⁸.

Porém, sem prejuízo de concordar genericamente com esta ideia geralmente tão bem aceite, creio que a formulação é *demasiado vaga* para nos orientar para uma definição justa. E quando digo “justa” quero dizer com potencialidades para discriminar certas funções específicas e para acolher relações familiares novas, quando for oportuno.

A formulação é demasiado vaga (mesmo para quem se renda à inevitabilidade de o legislador estar impotente para ditar verdadeiras normas cogentes, à maneira tradicional, e aceite que as leis apenas podem transmitir mensagens pedagógicas⁹) porque contém em si uma mensagem que se reduz à consagração do primado de um liberalismo individualista que parece

⁷ Cfr. a informação sumária em Francisco Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, *Direito Matrimonial*, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 2016, p. 118 e segs, acessível em <https://www.studocu.com/pt/document/universidade-lusofona-de-humanidades-e-tecnologias/direito-da-familia/outro/e-book-curso-de-direitopdf-pereirab-coelho-familia-suprimento-conjuge-consentimento-etc/6540041/view>.

⁸ Jonathan HERRING, *Family Law*, 9th ed., Pearson, 2019, p. 8-9; Gillian DOUGLAS, *Obligation and Commitment in Family Law*, Hart, 2018, p. 60 e segs; AAVV, *apud* Guilherme de OLIVEIRA, *Precisamos assim tanto do direito da família?* in «Lex Famíiae», ano 10, n.º 19, 2013, p. 8-9.

⁹ Jonathan HERRING, *Family Law*, *ob. cit.*, p. 27-8; Gillian DOUGLAS, *Obligation...*, *cit.*, p. 228.

esquecer a vida de relação em que cada pessoa se encontra inevitavelmente, e parece ignorar qualquer valor dos compromissos que cada pessoa livremente assume. Ora, ainda que a Família não possa ser mais a instituição autoritária e opressiva que já foi, também não pode ser idealizada e consagrada como uma relação entre indivíduos que simplesmente não existem, isto é, indivíduos radicalmente livres e absolutamente irresponsáveis. Na verdade, depois de se ter proclamado *ad nauseam* que o indivíduo é um ser social, hoje parece reconhecido que todos somos condicionados também pelas nossas próprias vulnerabilidades¹⁰ – o que implica condicionamentos permanentes e inescapáveis – a que se acrescenta uma vivência necessária em relação com o outro.

Dito isto – e sem prejuízo da ideia generalizada de promover a satisfação emocional e afetiva dos indivíduos que integram a Família – ao mesmo tempo que se pode reconhecer a persistência de alguns objetivos tradicionais, é necessário *sublinhar funções* que as exigências sociais contemporâneas sugerem.

Assim, parece razoável afirmar que, de entre as funções tradicionais que se cometiam à Família, a função de reprodução e de socialização das crianças mantém-se. Quer se parta do critério tradicional da biologia, da procriação, como fonte da substituição dos indivíduos humanos, quer se acrescentem as técnicas de PMA que assentam, em parte, na vontade de gerar novas crianças (procriação com dador, gestação de substituição), a multiplicação dos indivíduos e a sua educação continua a ser uma função vital que se comete à Família.

¹⁰ Jonathan HERRING, *ob. cit.*, p. 26 e os autores aí citados.

B – Alterações da importância relativa das funções. Companhia, Cuidado, encargo de outrem e Partilha de recursos

Porém, as exigências contemporâneas apontam para outras direções.

Não se pode falar, propriamente, de funções *novas*, pois elas são antigas e foi sempre preciso desempenhá-las, de qualquer modo – e era fácil desempenhá-las no quadro da família alargada, onde vários pequenos grupos conviviam no mesmo lugar, contribuía com os seus recursos, revezavam-se. Mas são funções que parece terem-se tornado *mais difíceis de satisfazer*, por duas razões: em primeiro lugar, pela ascensão dos direitos fundamentais e pela procura da felicidade cá na Terra, identificada com o bem-estar material, que tornou os indivíduos mais exigentes; em segundo lugar, pela segmentação da frágil “família nuclear”, que facilmente perde suportes e substitutos quando é preciso satisfazer necessidades prementes. Ou seja, em vez do quadro da robusta família alargada, as funções de sempre têm de ser desempenhadas no âmbito de unidades pequenas e frágeis – as famílias nucleares restantes, e os fragmentos delas que resultaram dos divórcios, das recomposições e da crescente mobilidade social.

a) Companhia

Tem sido cada vez mais estudado o fenómeno da *solidão*. Várias instituições, em vários países, mostram a extensão do problema e os efeitos sobre a saúde da pessoa sem companhia, ao ponto de já se afirmar que esta é uma questão de saúde pública¹¹. Afinal, a solidão contemporânea é o contrário da aspiração no sentido da satisfação emocional e afetiva das pessoas que se espera, generalizadamente, da Família; portanto, a promoção de relações pessoais estáveis que evitem o sentimento de solidão deve ser um

¹¹ Portugal precisa de um Ministério da Solidão? <https://rr.sapo.pt/2018/01/27/pais/portugal-precisa-de-um-ministerio-da-solidao/noticia/103915/>.

objetivo das políticas públicas. Por outras palavras, é preciso fomentar *modos de viver em companhia*. A Família, sob qualquer forma – ou sem uma forma oficialmente consagrada – precisa de desempenhar esta tarefa e de ter os apoios materiais e imateriais da Sociedade e do Estado. E é necessário averiguar qual é a parte que cabe, neste papel, ao Direito da Família.

b) Cuidado

De certo modo, quem assinala o problema da solidão – com as consequências danosas referidas – pode estar a mencionar, afinal, o *tema do cuidado*, pois pode dizer-se que a simples companhia pode já ser uma manifestação de cuidado recíproco. Mas, evidentemente, a prestação de cuidado pode ser bem *mais específica*, sempre que exija o desempenho efetivo de tarefas necessárias em favor de um dos membros, ou em favor de ambos, reciprocamente.

Já se tem discutido se a responsabilidade pelo cuidado, ou a prestação do cuidado, cabe ao Estado ou cabe à Família. Apesar dos argumentos em favor da primeira opinião, adiro à ideia de que a prestação necessária e efetiva de cuidados tende a ser urgente e, por esta razão, deve ser assegurada por alguém que esteja presente junto da pessoa necessitada. Isto não quer dizer que o Estado não se mobilize, do ponto de vista técnico e financeiro, para assegurar a responsabilidade e até garantir a prestação efetiva¹², mas em lugar subsidiário.

Dito isto, logo se vê que serão múltiplos os fatores de natureza pública que podem contribuir para a satisfação adequada destas necessidades dos cidadãos. Mas importa, também aqui, perguntar qual a parte que cabe ao Direito da Família.

¹² Cfr. Jonathan HERRING, *Making Family Law less sexy... cit.*, p. 29.

c) Encargo de outrem

Acrescento, também, a função *encargo de outrem*. Tomo em consideração as dificuldades que o Estado Social vem sentindo, por força das debilidades financeiras, em contraste com as necessidades crescentes cuja satisfação os cidadãos pedem; e noto o que se pode chamar o regresso à solidariedade da Família¹³, no que se refere à partilha de recursos e ao suporte financeiro das necessidades de outras pessoas, ainda que não sejam familiares no sentido formal tradicional.

Considero previsível que, num futuro próximo de maior escassez e de generalização recomendável de uma frugalidade que tem andado esquecida, o Estado fique mais distante quanto à prestação de benefícios e a Sociedade civil – sobretudo a Família – se encarregue do auxílio básico de pessoas próximas desfavorecidas. Assim, as “casas” (os lares) podem incluir – como já foi tradicional noutros tempos – crianças ou adultos que dependem economicamente dos recursos disponíveis e partilhados, apesar de não terem qualquer vínculo formal com os restantes conviventes.

Também aqui, há que perceber o que pode fazer o Direito da Família.

d) Partilha de recursos

As mesmas razões acabadas de apontar – e, em geral, a premência de um modo de vida sustentável – impõem o caminho da partilha de recursos, no quadro de uma vida em comum, para aumentar a utilidade dos bens escassos e para potenciar a satisfação de necessidades pessoais. A apropriação privada de bens de com uma utilização eventual e rara é hoje malvista, por implicar desperdício.

Para além de outros e variados instrumentos públicos, o Direito da

¹³ Michele SESTA sublinha esta revalorização da solidariedade familiar e o chamamento da família ao desempenho das funções de que parecia ter abdicado em favor da assistência pública – *ob. cit.*, p. 29-30.

Família tomará parte neste percurso.

III – Alargar a noção de “familiares”. As *funções* e os *títulos*

A – Nas *relações horizontais*

– Seria justo considerar a *união de facto* como uma relação de família. Esta relação de convivência tem todas as características do matrimónio, com exceção de não assentar numa celebração formal. A união de facto preenche todas as funções essenciais que o Estado e a Sociedade esperam de uma Família – a procriação, a socialização das crianças, a companhia, o cuidado, o encargo e partilha de recursos.

A única decisão problemática parece ser a impor um regime legal semelhante ao do matrimónio a quem não pretendeu celebrar um casamento. Mas este não seria um problema para quem aceite um regime legal daquele tipo e apenas não celebre um casamento porque objeta a que o Estado intervenha num *ato* que considera pertencente à estrita vida privada. Para quem não aceitar o próprio *regime*, poderia discutir-se a coexistência de uma união de facto com efeitos do casamento (registada) ao lado de uma união de facto (não registada), com efeitos mais limitados, de carácter protetivo.

Numa versão demasiado limitada – sublinhando só a função do *cuidado* – poderia aceitar-se que vive numa relação familiar, beneficiando de um leque mais ou menos extenso de efeitos, o “*cuidador informal*” que viva em união de facto com a pessoa cuidada – cfr. a Lei 100/2019, de 6 de setembro, art. 2.º, n.º 2.

– Parecem merecer, igualmente, a qualificação de Família as *unidades de convivência duradouras* que se organizam como “*Pessoas que vivam em*

economia comum”, segundo a Lei n.º 6 /2001, de 11 de maio¹⁴. Na verdade, este tipo de relação de convivência de mesa e habitação¹⁵ supõe um mínimo de duração e estrutura-se com base em propósitos de ajuda mútua e/ou partilha de recursos financeiros. Por definição, pretende desempenhar algumas das funções essenciais que o Estado e a Sociedade esperam das *unidades de convivência duradouras* organizadas pelos cidadãos – pelo menos a companhia e o cuidado recíproco, a partilha de recursos, e porventura, ainda, a socialização de filhos de algum ou alguns dos seus membros.

Neste contexto, poderia mencionar-se a relação de “*cuidado informal*” (Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro).

Porém, a prática do cuidado apenas faz eleger o cuidador para a obtenção dos benefícios previstos quando ele já é familiar da pessoa cuidada segundo os vínculos clássicos (com exceção do cuidador e pessoa cuidada em união de facto) – cfr. o art. 2.º, n.º 2. A menção pode valer, porém, como uma dúvida relativamente ao carácter estrito da lei, em favor de uma noção mais ampla de cuidador elegível, designadamente aquele que não tivesse qualquer relação jurídica familiar prévia com a pessoa cuidada.

B – Nas relações verticais

– Os arts. 1901.º e seguintes mostram que, seja qual for a relação entre os progenitores – formal ou informal – ambos devem exercer as responsabilidades parentais; por outras palavras, este regime mostra a equiparação substancial da responsabilidade em face dos filhos, sejam os pais casados, divorciados, solteiros, unidos de facto ou separados de facto. Deste

¹⁴ As relações teriam autonomia plena quando as pessoas não vivessem em união de facto, embora a lei atual não o exclua (art. n.º 1, n.º 3).

¹⁵ A eventualidade da comunhão de leito remeteria o caso para a qualificação da união de facto.

modo, foram superadas as diferenças que ainda existiam, antes de 2008, no direito português. Fundamentalmente, o regime já era assim quando os pais eram casados, na constância do casamento; mas não era assim quando os pais não estavam casados.

– A Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro¹⁶ instalou no direito português a figura do *Apadrinhamento civil*. Este regime pretendeu dar satisfação a uma carência sublinhada pelo “*Relatório das audições efectuadas no âmbito da “avaliação dos sistemas de acolhimento, protecção e tutelares de crianças e jovens”*”, no quadro da Comissão de assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias, da Assembleia da República, em 2006, dirigidas por Maria do Rosário Carneiro. Na verdade, uma das “Recomendações” quanto aos modelos de protecção foi a “ponderação de outros modelos de acolhimento (famílias profissionais, famílias de acolhimento prolongado)”.

O Apadrinhamento civil propunha-se dar uma família duradoura às crianças em perigo, sem eliminar das suas vidas a família biológica. Os padrinhos/madrinhas, porém, seriam os detentores das responsabilidades parentais, embora pudesse ficar estabelecida uma certa partilha de responsabilidades que conviesse à criança. O Apadrinhamento civil, em resumo, havia de desempenhar a maior parte das funções que se esperam da Família – haviam de promover a socialização, o cuidado e o encargo. Não é costume¹⁷, porém, considerar os padrinhos/madrinhas como “familiares”.

– Apesar da propensão “formal” no reconhecimento das relações verticais, assentes na verdade biológica da procriação, o sistema jurídico dá um relevo pacífico à *guarda de facto*. A Lei de Protecção das Crianças e Jovens

¹⁶ Regulamentada pelo DL n.º 121/2010, de 27 de outubro e atualizada pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

¹⁷ Deve ter-se em conta que a figura ainda não se tornou conhecida e amplamente praticada.

em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de setembro) define a guarda de facto como “a relação que se estabelece entre a criança ou o jovem e a pessoa que com ela vem assumindo, continuamente, as funções essenciais próprias de quem tem responsabilidades parentais” [art. 5.º, b)]. Depois, toma em consideração a pessoa que exerce a guarda de facto em várias circunstâncias importantes – cfr. os art. 9.º, n.ºs 1 e 5; art. 11.º, n.º 1, g); art. 14.º, n.º 3, a); art. 53.º; art. 68.º, e); art. 72.º, n.º 1; art. 85.º; art. 88.º, n.º 3; art. 91.º, n.º 1; art. 93.º, a); art. 95.º, n.º 1; art. 103.º, n.ºs 1 e 2; art. 104, n.º 1; art. 105.º, n.º 2; art. 107.º, n.º 1, b) e n.º 3; art. 110.º, n.º 3; art. 112.º; art. 114.º, n.ºs 1 e 4; art. 123.º, n.º 2. E também no Estatuto da Vítima se toma em consideração a pessoa que tem a guarda de facto (Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, art. 22.º, n.ºs 2 e 3).

A pessoa que tem a guarda de facto é um pai ou mãe? Não estamos habituados a dizer que sim, como não dizemos que um tutor ou um padrinho/madrinha civil são pai ou mãe – certamente por força do paradigma biologista que conforma o sistema português. Porém, é evidente que a Lei de Proteção trata estes representantes legais e aqueles guardas de facto como *equivalentes* a pai ou a mãe, pela razão simples de que desempenham as funções que se esperam do pai ou da mãe; ou seja, embora não tenham o *estatuto* de pai ou de mãe, desempenham as *funções* que lhe são próprias.

– O direito português nunca deu relevância jurídica às relações de parentalidade *de facto* (parentalidade *socioafetiva*)¹⁸.

É verdade que o sistema reconheceu vínculos verticais da

¹⁸ No primeiro artigo que publiquei, em 1976, fiz uma breve referência a esta realidade – cfr. [*Sobre a verdade e a ficção do Direito da Família*](#). Coimbra, Faculdade de Direito, 1976, Sep. do «Bol. Direito da Universidade de Coimbra», 51; também publicado em *Temas de Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2001, p. 5-16, sobretudo p. 13-16. Voltei a mencionar a questão aqui e acolá, mas sem ter tido capacidade para imaginar um regime concreto.

parentalidade que não assentavam sobre a descendência biológica – quando dificultava muito a impugnação da paternidade do marido ainda que este, manifestamente, não fosse o progenitor; quando, na prática, “fechava os olhos” às perfilhações de complacência; quando protege e promove a adoção; quando aceita a inseminação com dador, a transferência de ovócitos ou de embriões; quando permite a dupla maternidade no quadro da PMA; quando autoriza a gestação de substituição. Porém, em todos estes casos excepcionais, a relação de parentalidade tinha ou tem uma génese *formal* – uma presunção de paternidade do marido, uma perfilhação, um ato de adoção, ou um procedimento equivalente no quadro da PMA.

O que se pode discutir – como tema novo – é o reconhecimento de vínculos verticais assentes na *mera prática parental continuada*; por outras palavras, pode perguntar-se se a *posse de estado* de pai ou de mãe, isto é, a vivência pública como pai ou mãe e filho, pode sustentar a *qualificação do estatuto de pai ou de mãe*. É claro que a tradicional posse de estado sempre constituiu um indício forte de progenitura no âmbito dos processos formais de estabelecimento da filiação; mas não é desse valor indiciário da progenitura que estou a falar – estou a discutir se a mera prática da posse de estado pode fazer reconhecer um vínculo de filiação antes e independentemente do seu reconhecimento formal no âmbito de um processo tradicional; estou a falar, afinal, daquilo que os juristas brasileiros designam por paternidade ou maternidade socioafetiva, que *confessadamente não assenta sobre a progenitura, mas apenas na prática do cuidado continuado que se espera de um pai ou mãe, no interesse do filho*. Segundo esta ideia, a prática da parentalidade pode fundamentar o estabelecimento da filiação, ainda que seja patente a ausência da progenitura. Dito de outro modo, a paternidade jurídica pode resultar da constituição de uma adoção tal como pode resultar da verificação de uma

posse de estado de filho¹⁹⁻²⁰.

– Uma segunda discussão, na sequência desta, diria respeito ao estatuto da progenitura – seria a de admitir o conhecimento das origens biológicas, que poderia coexistir com a parentalidade socioafetiva? Conhecida a origem biológica, o progenitor poderia assumir uma segunda parentalidade jurídica? Na hipótese de se ter conhecido sempre a progenitura, poderia prever-se o contacto entre os pais biológicos e os pais socioafetivos?

Posto o problema, é forçoso reconhecer que a relevância direta da parentalidade socioafetiva seria uma alteração importante no direito português.

Vejamos algumas dificuldades.

a) A prova da relação de facto é muito mais difícil do que a demonstração de um ato formal constitutivo; seria preciso atestar a duração, a intensidade e a publicidade dos cuidados parentais, em vez de fazer uma prova resultante do registo civil, de um ato de adoção ou de um certo procedimento de PMA.

Poderia responder-se, no entanto, que esta dificuldade real não seria maior do que a dificuldade conhecida e superada sempre que se pretendeu fazer a prova da posse de estado nos processos tradicionais.

b) Depois de constituída a parentalidade socioafetiva, o que aconteceria se terminassem clara definitivamente os cuidados parentais de facto? Seria preciso “impugnar” de algum modo a parentalidade estabelecida

¹⁹ A aceitação deste valor da posse de estado de filho poderia ter consequências no âmbito da relação de padrasto/madrasta e enteado: esta relação poderia deixar de se enquadrar apenas no vínculo de afinidade (dependente do *casamento* do padrasto/madrasta com o outro progenitor) para se tornar um vínculo de filiação socioafetiva.

²⁰ Seria provável determinar que a parentalidade socioafetiva apenas teria efeitos quanto ao autor da prática da posse de estado, e não também para os membros da família tradicional deste. Coisa diferente seria admitir a constituição direta de um vínculo socioafetivo de avô/avó ou equiparado a outro laço de parentesco.

antes?

A resposta seria: não. Depois de constituída a parentalidade, ela não cessa, mas podem ser limitados ou inibidos os poderes do pai ou mãe, nos termos habituais, para efeitos de proteção.

c) Não temos já o instituto da adoção, que serve exatamente para construir uma parentalidade que não se funda na procriação? Se alguém quiser ser considerado pai ou mãe socioafetivo, não pode já seguir o caminho de se tornar pai ou mãe adotivo?

Esta última afirmação em parte é verdadeira, mas merece algumas observações.

Por um lado, a adoção não está desenhada para “consagrar” como pai ou mãe a pessoa que habitualmente cuida de uma criança; por outras palavras, e em princípio, a adoção não é *intuitu personae*, não está organizada para ligar uma certa criança a um certo homem ou mulher. Na verdade, e em princípio, os candidatos a adotantes estão inscritos numa lista nacional; e depois procura-se fazer o encontro ideal com a criança adotável. Mas também é verdade que, numa situação em que uma criança já vive com um adulto, julga-se, sem dúvida, que o melhor é manter essa relação de facto e “consagrá-la” como relação adotiva, afastando a regra geral; e estão criados os meios técnicos para isto²¹.

Por outro lado, o processo de adoção ganhou fama de ser muito demorado e exigente – o que pode afastar os candidatos; na verdade, todos os esforços de alteração legislativa para aumentar a rapidez e o volume de adoções têm sido baldados. Assim, talvez uma alternativa equivalente pudesse ter sucesso.

Diga-se, ainda, que o universo dos utilizadores do processo adotivo não coincidiria com o universo dos potenciais pais e mães socioafetivos. Em

²¹ Cfr. o art. 3.º, n.º 2, f), da Lei n.º 147/99 (LPCJP).

princípio, os candidatos à adoção ainda não prestam cuidados parentais ao potencial filho adotivo; os candidatos ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva já praticam essa parentalidade, de facto, por definição. Assim, os dois institutos serviriam para situações e interesses diferentes.

Acrescente-se que a constituição de uma parentalidade jurídica socioafetiva tem potencial para dar mais garantias de segurança do que o processo de adoção, porque a primeira pode mostrar uma ligação pessoal mais espontânea, prolongada e robusta do que a relação breve, construída e observada durante o processo de adoção.

d) Finalmente, talvez possa afirmar-se que a parentalidade socioafetiva – tão generalizada e acarinhada no Brasil – é mais própria para um país com um Estado regulador mais distante e com mais crianças sozinhas do que o pequeno Estado português; é mais própria de um país onde a sociedade civil é mais forçada a resolver espontaneamente os seus problemas.

Formulados estes problemas e acrescentadas algumas respostas possíveis, deve perguntar-se o que se ganharia com o reconhecimento da parentalidade jurídica baseada diretamente no facto de uma parentalidade praticada. A resposta singela diria que pode ganhar-se o modo de *trazer para o mundo do direito da família um vínculo real que desempenha a maior parte das funções que a Sociedade e o Estado esperam de uma Família*.

A segunda questão a que me referi é a questão de saber qual seria o *estatuto da parentalidade biológica*.

Poderia averiguar-se a progenitura da criança? A resposta seria negativa, se se aplicasse o mesmo regime que vale para a adoção (at. 1987.º CCiv); e seria positiva se preferíssemos o regime que vale para a PMA, quanto ao conhecimento da identidade do dador, no seguimento do acórdão do

tribunal constitucional de 2018²².

No caso de ser possível averiguar a progenitura, poderíamos chegar a atribuir ao progenitor o estatuto jurídico de pai ou mãe? A resposta positiva já não seria de estranhar num sistema que admite a dupla maternidade, em PMA, embora sem analogia (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, art. 20.º, n.º 1); mas a resposta seria negativa se se aplicasse o regime tradicional que vale para os dadores em PMA.

Em que termos poderia coexistir uma parentalidade biológica e uma parentalidade socioafetiva? A jurisprudência brasileira mostra que as duas formas de paternidade devem coexistir, no interesse do filho²³. Mas haveria necessidade de esclarecer se resultam efeitos plenos da relação filial em face dos dois pais ou mães, designadamente, direitos sucessórios e alimentares; e como se articula uma eficácia plena em face de todos os intervenientes com o rompimento das relações com a família biológica que a lei impõe na hipótese da adoção²⁴.

Pode dizer-se, ainda, que falta tomar em consideração um vínculo que já teve relevo no direito português; a relação (autónoma) de *encargo de outrem*²⁵. De facto, o direito social já equiparou aos familiares em sentido tradicional “formal” outras pessoas que se encontravam a cargo do titular de algum benefício²⁶. Assim, no caso de *acidente de trabalho*, “outras pessoas a

²² N.º 225/2018 de 24 de abril, Processo n.º 95/17, acessível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.

²³ São muito claros, neste sentido, vários acórdãos desde, pelo menos, 2014; sublinhe-se, naturalmente, a decisão do Supremo Tribunal Federal, de 22/9/2016.

²⁴ Cfr. estas dúvidas em Anderson SCHREIBER, *STF Repercussão geral 622: multiparentalidade e seus efeitos*, acessível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>.

²⁵ Cfr. o meu *Encargo de outrem e “família alimentar” no direito social português e francês* (policop.), Coimbra, 1977, acessível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Encargo-de-outrem-e-familia-alimentar.pdf>.

²⁶ Note-se que estou a sublinhar a *relação de encargo autónoma*, que vale por si só, relativamente a pessoas simplesmente acolhidas de facto; não me refiro à relação de encargo

seu cargo” impediam uma redução da pensão temporária, durante o internamento (Lei n.º 2127, de 1965, Base XVI, n.º 2); o *seguro de desemprego* era majorado quando houvesse familiares a cargo, ainda que a dependência económica fosse meramente de facto (DL n.º 183/77, art. 8.º, n.º 5). Ou seja, neste âmbito do “direito social” – onde os objetivos das leis são de socorro económico, os critérios “formais” de Família presentes no direito civil não eram adequados, e o Estado reconhecia a equiparação dos meros dependentes económicos aos familiares “de sangue”. Merece ainda referência a *relação de amparo*, reconhecida pela Lei do serviço militar (Lei n.º 174/99, de 21 de setembro), e pelo respetivo Regulamento (DL n.º 289/2000, de 14 de novembro). De acordo com este regime, eram “amparos de família” os indivíduos que tivessem a seu cargo certas categorias de familiares “formais” “ou ainda a pessoa que os tivesse criado e educado, e que comprovadamente não tivesse meios de prover à sua manutenção” (Lei n.º 174/99, art. 41.º, n.º 1). Isto é, de acordo com este regime, o “amparo de família” podia adiar sucessivamente a prestação efetiva de serviço enquanto estivesse a “retribuir” o suporte financeiro que recebera quando era criança, salvo caso o extremo de perigo de guerra ou agressão iminente ou efetiva [Lei n.º 174/99, art. 41.º, n.º 2 e 34.º, n.º 6, b)].

IV – “Fique em casa”. Famílias e casas (lares)

Os serviços públicos – assoberbados com a luta técnica contra a pandemia recente (COVID 19), com a organização de serviços públicos de apoio e com a administração geral do país – tiveram de contar com a

que se limita a dar efeitos a uma outra relação familiar clássica ou, pelo menos, a uma confiança determinada por uma entidade oficial – como é vulgar no direito social quando as leis mencionam “pessoa a cargo”, ou ainda, no código civil, quando se impõe aos afins padrasto ou madrasta o dever de alimentos em favor do enteado menor que esteja ou tenha estado a cargo do cônjuge [art. 2009.º, n.º 1, alínea f), do Código Civil].

organização da sociedade civil através das *unidades de convivência duradoura*. A confinção sublinhou a necessidade social de reconhecimento e valorização da companhia, do cuidado, do encargo e da partilha de recursos; mostrou em abundância que a Sociedade e o Estado, ao promoverem o isolamento social como o procedimento mais eficaz (e mais antigo) contra a propagação da doença, confiaram àquelas *unidades* a satisfação das necessidades básicas das pessoas e a minoração dos sacrifícios resultantes do confinamento.

As “casas” (lares) que têm desempenhado as funções essenciais para garantir o isolamento social albergam vários tipos de *unidades de convivência duradouras*²⁷. Para a Sociedade e para o Estado – que se empenharam como nunca vimos na promoção do confinamento – *não tem qualquer relevo o caráter formal ou informal do vínculo pessoal em que a convivência assenta*; não importou se os conviventes confinados são casados, unidos de facto, vivem em economia comum, são parentes, são adotantes e adotados, são cuidadores e beneficiários de cuidados duradouros, ou estão simplesmente a cargo de outrem. O que importou – exclusivamente – foi o respeito do isolamento recomendado, e a entreaajuda perante um modo de vida desconfortável e prolongado; o que importou foi a manutenção da convivência sob uma forma capaz de proteger a saúde comunitária e capaz de salvar vidas. Por outras palavras, o que importou foi o desempenho efetivo das funções que sustentam a convivência e que promovem a satisfação das aspirações pessoais e comunitárias; *o que importou foi ser... Família*.

Algumas dessas *unidades de convivência duradouras* desempenharam todas as funções típicas das velhas *famílias alagadas* – *formais ou informais* –

²⁷ Excluo, naturalmente, as instituições com um caráter profissional, como os lares para crianças ou os lares para a terceira idade, que não revestem o caráter informal e espontâneo que agora me interessa. E também excluo as unidades de convivência com finalidades temporárias ou permanências curtas, como as típicas casas de estudantes.

com vários casais e várias gerações reunidos sob o mesmo teto, gerando e educando filhos, fazendo companhia, cuidando, sustentando, partilhando recursos; outras *unidades de convivência duradouras*, assentes em vínculos mais singelos, estiveram focados apenas em algumas dessas funções.

Aparentemente, quanto mais pessoas estiveram presentes, organizadas segundo vários tipos de vínculos, desempenhando mais funções, as “casas” foram mais resilientes, como as velhas famílias alagadas – distribuíram papéis, garantiram substituições, permitiram períodos de descanso. Ou seja, a *dimensão* tornou a “casa” mais forte. Nas *unidades de convivência duradouras* mais pequenas, a *proximidade física* entre “casas” que mantêm uma relação de intimidade de qualquer tipo terá facilitado apoios, conselhos, trocas e abastecimentos. Ou seja, a proximidade entre “casas” que estiveram ocupadas por pessoas que integram uma família alargada – formal ou informal – terá tornado as *unidades de convivência duradouras* mais confiantes e resistentes.

E é de esperar que, atenuado o perigo da doença, as Sociedades e os Estados fiquem mais pobres, com a consequência óbvia de deixarem as *unidades de convivência duradouras* mais entregues às funções prementes de companhia, de cuidado, de encargo e partilha de recursos.

Depois desta época, pode esperar-se que o Direito alargue a sua definição do que entende por Família até onde puder, formulando uma noção geral – reconhecendo as unidades de convivência formais (os casamentos e as relações de parentalidade constituídas com base na procriação, na adoção e na PMA com dador), as *unidades de convivência duradouras* informais (uniões de facto)²⁸, as relações de parentalidade de

²⁸ Pode haver sistemas que não queiram equiparar o casamento à união de facto pelo motivo razoável de não lançar os efeitos do casamento para cima dos conviventes que não quiseram celebrar o matrimónio – por ignorarem a opção (como os latoeiros irlandeses antigos – cfr. M. A. GLENDON, *The transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, 1996 paperback, p 6-10) ou pela convicção de que o Estado não deve meter-se na vida privada dos

facto (parentalidade socioafetiva)²⁹; e abrangendo, porventura, relações que desempenham funções mais limitadas, como as relações de economia comum, de encargo de outrem e de guardião de facto.

É agora que deve ponderar-se como as novas *unidades de convivência duradoura* – por vezes mais frágeis do que a chamada “família nuclear” – estão a fazer o seu caminho em direção ao reconhecimento jurídico como entidades “familiares”. Por outras palavras, ainda são, com frequência, meras “entidades de facto” que esperam a qualificação formal de entidades familiares, porque já desempenham funções que outrora cabiam, indiscutivelmente, à “família alargada”; e também às “famílias nucleares” autónomas que emergiram daquela, durante o tempo em que conseguiram

cidadãos. Mas isto não obstará a que considerem as uniões de facto como Família, segundo um critério material, por desempenharem o essencial das funções que a Sociedade e o Estado atribuem à Família.

²⁹ O critério formal de estabelecimento das relações familiares verticais assenta na descendência biológica, na prova do vínculo.

O regime tradicional, em Portugal, antes da reforma de 1977 já consagrava este critério, embora se desviasse com frequência dele para satisfazer, designadamente, a promoção da “legitimidade” resultante do casamento, que determinava quase imperativamente que o pai era o marido da mãe; e, fora do casamento, para satisfazer a vontade do pai que era livre de perfilhar, ou não, apesar de esta ideia ter começado a ser nitidamente desmentida quando o código civil de 1966 admitiu a averiguação oficiosa dos vínculos.

Mas no direito português atual são bem visíveis os sinais de que há relações familiares verticais na ausência de ligação biológica.

O instituto da adoção fornece o exemplo definitivo desse tipo de casos; embora se possa obter que o processo que constitui a adoção serve bem como substituto formal do vínculo biológico – na verdade, se a questão é a do caráter ostensivo e claro do vínculo, se é a questão da prova do vínculo, o processo de adoção é, na verdade, eficaz.

Por outro lado, os regimes da PMA mostram que o pai jurídico pode não ser o progenitor (no caso da inseminação com dador) e que pode haver uma segunda mãe que não tem qualquer ligação biológica com o filho; é certo, também aqui, que há um formalismo associado à constituição destes dois tipos de vínculos jurídicos, que não resultam de meros factos.

Em suma, a Família já contém relações verticais que assentam em vários tipos de forma externa e demonstrável – seja a ligação biológica, seja um procedimento a que a lei atribui o poder de constituir a relação familiar. A questão, agora, será a de reconhecer como Família as relações que emergem do puro facto da convivência. Dito de outro modo, a questão é a de saber se pode haver relações familiares verticais com uma origem semelhante à das relações horizontais de união de facto, isto é, assentes na prática de uma parentalidade não previamente formalizada.

manter a coerência indispensável³⁰.

V – Conclusões

– A defesa contra a pandemia mostrou que as *unidades de convivência duradouras* foram instadas a desempenhar as funções essenciais próprias da Família, e que eram desempenhadas no quadro da antiga “família alargada”.

– Essas unidades estiveram maioritariamente organizadas em “casas” (lares), com uma dimensão reduzida; são as “famílias nucleares” que restam, e os fragmentos daquelas que a evolução social desagregou por divórcio e pela mobilidade laboral.

– A época que estamos a viver sugere que conceito jurídico de Família diminua o seu pendor formal e traga para dentro do seu perímetro entidades informais, mais ou menos novas, que desempenham *funções substanciais* indispensáveis.

(maio de 2020)

³⁰ Recordo, por fim, – com o devido destaque – algumas frases de A. Vaz SERRA, *Reparação do dano não patrimonial*, in «BMJ», n.º 83, ano 1959, p. 69-111, nos trabalhos preparatórios do que viria a ser o art. 496.º do código civil, a propósito da legitimidade para pedir reparação pelo dano da morte causada por terceiro: “Pareceria, assim, que por família, para este efeito, deveriam entender-se as pessoas que, segundo as circunstâncias materiais do caso concreto, desempenham de facto as funções de família (...). Essas pessoas seriam as que, pelas especiais relações com a vítima, é de presumir sofrerem mais, na sua afeição, com a morte dela [abrangendo a concubina?]. O critério não seria, pois, jurídico, mas de facto (Por exemplo, a vítima vivia com um estranho à família, o qual a tinha educado e alimentado de maneira a estar colocado de facto na situação de filho ou outra análoga. Não será razoável que essa pessoa tenha direito de satisfação, tal como o teria um verdadeiro pai?). [O A. dá notícia das divergências manifestadas em vários países quanto à concubina]. Dadas as razões que podem ser invocadas num sentido ou noutro, talvez seja preferível usar uma fórmula que permita à jurisprudência decidir como lhe parecer melhor, ou, reconhecendo, em princípio, o direito de satisfação aos parentes, permitir que se atribua tal direito a pessoas estranhas à família mas ligadas à vítima de modo a constituírem de facto família dela [...]”