

Sobre a Relevância Constitucional da Família

Jorge Miranda*

I

1. As Constituições dos séculos XVIII e XIX consideravam, na fórmula feliz de GUSTAV RADBRUCH¹, o indivíduo “sem individualidade” – quer dizer, desligado da sua condição concreta e da inserção em qualquer substrato social. A sociedade ficava à sua margem e, portanto, também a família.

Ao invés, as Leis Fundamentais do século XX, as nascidas depois ou em consequência da primeira guerra mundial, passaram a dar-lhe crescente atenção. Por certo, no Estado social de Direito, direitos fundamentais continuam a ser essencialmente direitos das pessoas – das pessoas singulares, únicas, irrepetíveis, insubstituíveis – mas compaginam-se com diferentes instituições e formações que se desenvolvem na vida económica, social e cultural; assim como, ao lado dos direitos, liberdades e garantias, se consagram direitos sociais.

A Constituição de Weimar de 1919, que ficaria como modelo deste regime ou tipo de Estado (bem diferente do Estado marxista-leninista e do corporativo-fascizante), dedicaria à família logo três artigos, que vale a pena transcrever:

Artigo 119º A Constituição protege o casamento como fundamento da vida da família e da conservação e desenvolvimento da nação. Ele assenta na igualdade de direitos dos dois sexos.

Incumbe ao Estado e às comunas velar pela pureza, pela saúde e pelo desenvolvimento social da família. As famílias numerosas têm direito a medidas de assistência para ocorrerem aos seus encargos.

A maternidade tem direito à proteção e solicitude do Estado.

Artigo 120º A educação dos filhos em vista do aperfeiçoamento físico, moral e social é o dever supremo e constitui direito natural dos pais; incumbe à comunidade política cuidar da sua fiscalização.

Artigo 121º A lei deve assegurar aos filhos ilegítimos as mesmas condições de desenvolvimento físico, moral e social dos filhos legítimos.

Inspiração diferente seria a da Constituição irlandesa de 1937, declarando a família “grupo primário, natural e fundamental da sociedade”, “instituição moral investida de direitos inalienáveis e imprescritíveis, anteriores e superiores a qualquer disposição positiva” e “base necessária da ordem social e indispensável ao bem-estar da Nação e

* Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

¹ *Filosofia do Direito*. 4ª ed. portuguesa, l. Coimbra: 1961, p. 168.

do Estado” (art. 41º, nº 1); reconhecendo à mulher que dedica a sua vida à família “um contributo indispensável para a realização do bem comum” (art. 41º, nº 2); e protegendo o matrimónio (art. 41º, nº 3).

2. Após a segunda guerra mundial, a família entraria em força nas Constituições².

“A Nação assegura ao indivíduo e à família as condições necessárias ao seu desenvolvimento” (preâmbulo da Constituição francesa de 1946, objeto de receção pela Constituição de 1958).

“A República reconhece os direitos da família como sociedade natural fundada no casamento ...” (art. 29º, nº 1 da Constituição italiana de 1947). – “É dever e direito dos pais manter, instruir e educar os filhos, ainda quando nascidos fora do casamento ...” (art. 30º). – “A República favorece, com medidas económicas e outras providências, a formação da família e o cumprimento dos respetivos deveres, tendo sobretudo em atenção as famílias numerosas ...” (art. 31º).

“O casamento e a família gozam de especial proteção ... – A manutenção e a educação dos filhos constituem um direito natural e um dever fundamental dos pais ... – A sociedade vela pela sua efetivação ... – As mães têm direito à proteção da sociedade” (art. 6º da Constituição alemã de 1949).

“A família enquanto fundamento da conservação e do progresso da Nação assim como o casamento, a maternidade e a infância” (art. 21º da Constituição grega de 1975).

“Os Poderes Públicos asseguram a proteção social, económica e jurídica da família ...” (art. 39º da Constituição espanhola de 1978).

“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (art. 226º da Constituição brasileira de 1988). – “O casamento é civil e gratuita a sua celebração” e “o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (art. 226º, §§1º e 2º). – “Para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” (art. 226º, §3º). – “Entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226º, §4º). – “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações” (art. 226º, §8º). – “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência humanitária, além de colocá-las a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (art. 227º). – “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (art. 229º). – “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas ...” (art. 230º). Por outro lado, prevê-se como direito dos

² Para uma visão comparativa, *Cfr.*, por exemplo, SOARES, Rogério Ehrardt; CAMPOS, Diogo Leite de. A família em Direito Constitucional Comparado. In: *Revista da Ordem dos Advogados*. 1990, p. 5 e segs.; e diversos estudos In: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. 2008, p. 113 e segs.

trabalhadores “salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei” (art. 7º – XII).

“A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado (art. 51º, nº 1 da Constituição de São Tomé e Príncipe). – “Incumbe, especialmente, ao Estado promover a independência social e económica dos agregados familiares, promover a criação de uma rede nacional de assistência materno-infantil e cooperar com os pais na educação dos filhos” (art. 51º, nº 2).

“A família é o elemento fundamental e a célula base de toda a sociedade” (art. 81º, nº 1 da Constituição cabo-verdiana). – “A sociedade e os poderes públicos protegem a família e promovem a criação de condições que assegurem a estabilidade dos agregados familiares e permitam o cumprimento da sua função social e da sua missão de guardiã dos valores morais reconhecidos pela comunidade, bem como a realização pessoal dos seus membros” (art. 81º, nº 8).

“A maternidade, a infância e a família estão sob proteção do Estado” (art. 38º, nº 1 da Constituição russa de 1993).

“No âmbito da política social e económica, o Estado toma em devida consideração o bem da família. As famílias que se encontrem em situação material e social difícil, sobretudo as famílias numerosas e as mães ou os pais solteiros, têm direito a uma assistência especial por parte dos poderes públicos” (art. 71º, nº 1 da Constituição polaca de 1997).

“À Confederação e aos cantões incumbe, em complemento da responsabilidade individual e da iniciativa privada, ... proteger e encorajar as famílias como comunidades de adultos e de crianças” [art. 41º, c) da Constituição suíça de 1999]. – “No âmbito das suas funções, a Confederação toma em consideração as necessidades da família e pode apoiar as medidas destinadas a proteger a família” (art. 116º, nº 1).

“O Estado protege a família como associação natural da sociedade e como espaço fundamental para o desenvolvimento integral das pessoas ...” – “As crianças e os adolescentes têm o direito de viver, de ser criados e de se desenvolver no seio da sua família de origem” (art. 75º da Constituição venezuelana de 1999).

“O Estado protege a família como célula base da sociedade e condição para o harmonioso desenvolvimento da pessoa” (art. 39º, nº 1 da Constituição timorense de 2002). – “Todos têm direito a constituir e a viver em família” (art. 39º, nº 2). – “A maternidade é dignificada e protegida, assegurando-se a todas as mulheres proteção especial durante a gravidez e após o parto e às mulheres trabalhadoras direito a dispensa de trabalho por período adequado, antes e depois do parto, sem perda de retribuição e de quaisquer outras regalias, nos termos da lei (art. 39º, nº 4).

“A família é o nicho fundamental da organização da sociedade e é objeto de especial proteção do Estado, quer se funde no casamento, quer na união de facto, entre homem e mulher” (art. 35º, nº 1 da Constituição angolana de 2010). – “O homem e a mulher são iguais no seio da família, da sociedade e do Estado, gozando dos mesmos direitos e cabendo-lhes os mesmos deveres” (art. 35º, nº 3). – “O Estado, com

a colaboração da família e da sociedade, promove o desenvolvimento harmonioso e integral dos jovens e adolescentes ..." (art. 35º, nº 7).

Notas comuns a estes textos (e a outros que poderiam ser citados) são a afirmação da família como base ou primeira célula da sociedade e o seu tratamento no âmbito dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, com as inerentes tarefas do Estado.

3. Em Portugal, seria na Constituição de 1933 que a família, pela primeira vez, apareceria, não sem influência de Weimar, no contexto de uma República corporativa baseada, designadamente, "na interferência de todos os elementos estruturais da Nação na vida administrativa e na feitura das leis" (art. 5º) – e em 1971, na última revisão, enunciar-se-iam expressamente como elementos estruturais as famílias a par dos cidadãos, das autarquias locais e dos organismos corporativos (§3º).

O Estado assegurava a constituição e a defesa da família como fonte de conservação e desenvolvimento da *raça* (com a revisão de 1959 passar-se-ia a falar em "*povo português*"), como base primária da educação, da disciplina e harmonia social e como fundamento de toda a ordem política pela sua agregação e representação na família e no município (art. 11º, depois 12º).

A constituição da família assentava no casamento e na filiação legítima, na igualdade de direitos e deveres dos dois cônjuges quanto à sustentação e educação dos filhos legítimos e na obrigatoriedade do registo do casamento e do nascimento dos filhos (art. 12º). Mas essa igualdade entre os cônjuges ficava diminuída por se ter admitido até 1971 diferenças, quanto à mulher, resultantes da sua natureza e do *bem da família* (art. 5º, § único).

Entre outras incumbências, o Estado e as autarquias locais tinham-nas de favorecer a constituição de lares independentes e em condição de salubridade, e a constituição do casal de família, a de proteger a maternidade e a de regular os impostos de harmonia com os encargos legítimos da família e promover a adoção do salário familiar (art. 13º, depois 14º).

Pertencia privativamente às famílias o direito de eleger as juntas de freguesia, através dos respetivos chefes (art. 17º). E também aqui se verificaria a desigualdade entre marido e mulher³.

4. A Constituição de 1976 retomaria a matéria com orientações bem diversas, embora com alguns resultados convergentes. Orientações diversas, em face da mudança da ideia de Direito e da impregnação democrática dada ao ordenamento. Alguns resultados próximos quanto a certas incumbências do Estado⁴.

³ Cfr. MIRANDA, Jorge. A igualdade de sufrágio político da mulher. In: *Scientia Juridica*. 1971, p. 1 e segs.; e sobre o poder paternal. In: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. 1990, p. 23 e segs.

⁴ Sobre a fórmula na Constituição de 1976, v. CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I. 4ª ed. Coimbra: 2007, p. 561 e segs. e 856 e segs.; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, I. 2ª ed. Coimbra: 2010, p. 807 e segs. e 1359 e segs. E ainda, sem ser a título exaustivo, MENDES, João De Castro. Art. 36º, nº 1 (*Família e casamento*). In: *Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, I. Coimbra: 1977, p. 571 e segs.; MELO, António Barbosa De. A família na Constituição da República.

No plano sistemático sobressai o dualismo de tratamento: por um lado, o art. 36º (e o art. 26º, nº 2), no título dos direitos, liberdades e garantias, e, por outro lado, o art. 67º (assim como outros preceitos, a indicar adiante).

5. No art. 36º encontram-se, em primeiro lugar, verdadeiros direitos, liberdades e garantias:

– Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento, em condições de plena igualdade (nº 1 – preceito este a ser interpretado, por força do art. 16º, nº 2º, à luz do art. 16º, nº 1 da Declaração Universal, que se refere a homem e mulher)⁶;

– A lei garante mais de uma forma de celebração do casamento, pois ela regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração (nº 2)⁷;

– Os cônjuges têm iguais direitos quanto à capacidade civil e política (nº 3, 1ª parte);

– Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à manutenção e à educação dos filhos (nº 3, 2ª parte, e nº 5);

– Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e as leis ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação (nº 4);

– Os filhos só podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial (nº 6).

Encontram-se, no segundo lugar, garantias institucionais:

– A própria família, definida, em lugar menos próprio (o art. 67º, nº 1, 1ª parte) como “elemento fundamental” e na Declaração Universal (art. 16º, nº 3) como “o elemento natural e fundamental” da sociedade⁸;

In: Communio. 1986, p. 496 e segs.; MEDEIROS, Rui. Constitution et famille(s). *In: Annuaire International de Justice Constitutionnel*. 2008, p. 285 e segs. Noutro plano, Cfr. XAVIER, Rita Lobo. A vinculação do Direito da Família aos direitos da Família. *In: João Paulo II e o Direito*, obra coletiva. Cascais: 2003, p. 147 e segs.

⁵ Sobre o art. 16º, nº 2, v. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, IV. 5ª ed. Coimbra: 2012, p.183 e segs.

⁶ No acórdão nº 121/2010, de 8 de abril (*in: Diário da República*. 2ª série. de 28 de abril de 2010), o Tribunal Constitucional sustentou que o sentido da norma do art. 16º, nº 2 da Constituição era o de alargar a cobertura constitucional de direitos fundamentais e não o de os restringir ou limitar, extensiva ou intensivamente; que funcionava do “lado” jurídico-individual dos direitos fundamentais e não quando conduzisse a uma solução menos favorável aos direitos fundamentais do que a interpretação “endógena” da Constituição.

Mas não. Em primeiro lugar, o art. 36º da Constituição não pode ser visto só do prisma dos direitos fundamentais, também comporta, como se diz no texto, uma menção de garantias institucionais, e é o próprio instituto histórico e dogmático do casamento que está em causa. Em segundo lugar, nada inculca que a interpretação e a integração segundo a Declaração Universal não possa abranger normas limitativas de direitos ou de exercício dos direitos como são os do art. 29º, nº 2 da Declaração.

⁷ Cfr. o art. 10º, alínea b) da Lei nº 16/2001, de 22 de junho (Lei de liberdade religiosa).

⁸ No entanto, como observa ANTÓNIO BARBOSA DE MELO (*op. cit., loc. cit.*, p. 498-499), “o texto constitucional está longe de nos apresentar um modelo acabado daquilo que admite ou perfilha como família. (...) Na decisão constituinte, a família, além de ser reconhecida como “elemento fundamental da sociedade”, constitui um espaço de “realização pessoal dos seus membros” (nº 1 do art. 67º) onde devem ser satisfeitas certas exigências organizacionais mínimas (art. 36º). Mas é claro que isto não chega, de acordo com as regras gerais da interpretação/aplicação das normas jurídicas, para operacionalizar na prática o conceito jurídico-constitucional em referência. (...) “Porém, longe de causar uma deficiência do texto constitucional, o silêncio do poder constituinte dá aqui origem a uma virtude da nossa Lei Fundamental. Com efeito, o conceito constitucional de família tem de valer, assim, como um conceito jurídico aberto às ideias, princípios e valores dominantes na consciência ético-jurídica

- O casamento (art. 36º, nºs 1 e 2);
- O divórcio (art. 36º, nº 2);
- A adoção (art. 36º, nº 7).

Por seu lado, o art. 26º, nº 2 prevê medidas de proteção do Estado: a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e a utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e às famílias⁹.

6. Os direitos sociais atinentes à família aparecem sob a forma de incumbências (art. 67º, nº 2).

– quanto à independência social e económica dos agregados familiares [alínea a)], o que vem a par da de regular os impostos e os benefícios sociais – de harmonia com os encargos familiares [alínea f)], e como se lê, já no título do sistema financeiro e fiscal, o do imperativo de o imposto sobre o rendimento pessoal ter em conta “as necessidades e os rendimentos do agregado familiar” (art. 104º, nº 1, 2ª parte);

– quanto a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família [alínea b), 1ª parte];

– quanto a uma política de terceira idade [alínea b), 2ª parte];

– quanto à cooperação com os pais na educação dos filhos [alínea c)];

– quanto à informação e ao acesso aos métodos de planeamento familiar, no respeito da liberdade individual, e à organização das estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e uma paternidade conscientes [alínea d)];

– quanto à regulamentação da procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana [alínea e)];

– quanto a uma política familiar de carácter global e integrado [alínea g), 2ª parte] e à concertação das várias políticas sectoriais [alínea f), 1ª parte]¹⁰.

da comunidade nacional, isentando-se, em larga medida, do “decisionismo” dos detentores do poder político por ser determinado em função de vetores culturais indisponíveis para qualquer autoridade constituída. Para integrar em cada caso o exato sentido e alcance deste conceito constitucional os operadores jurídicos da sociedade (os legisladores, os juizes, os juristas) nunca podem deixar de fazer trabalho de intérpretes ou hermeneutas, confrontando *pari passu* as suas próprias hipóteses tentativas de demarcação com as ideias político-jurídicas e ético-jurídicas objetivas, em constante movimento na consciência social (dir-se-ia, as ideias “de toda a gente que não são de ninguém”). O que coloca o conteúdo normativo deste ponto do texto constitucional em larga sintonia com a evolução social, fazendo dele um mecanismo regulativo e moderador da realidade e não um espartilho desta”. Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 856-857.

⁹ Sobre este conceito, v. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e portecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: 2003, p. 37 e segs., e MIRANDA, Jorge. *Manual ...*, VI. 4ª ed. Coimbra: 2013, p. 368 e segs. e Autores citados.

¹⁰ Vale a pena aqui transcrever, de novo, BARBOSA DE MELO (*op. cit., loc. cit.*, p. 499-500): “Tomado isoladamente, este preceito constitucional poderia ser interpretado como se pusesse o destino da família na inteira disponibilidade do Estados, impondo aos órgãos competentes (Assembleia da República, Governo?) uma verdadeira programação da vida familiar. Porém, tendo em conta a relevância em sede dos direitos de liberdade e o dado constitucional de ela dever ser um espaço de ‘realização pessoal (portanto, em autonomia) dos seus membros’, logo se vê que tal interpretação seria descabida. (...) Enquadrada no sistema constitucional, a *al. f*) do nº 2 do art. 67º tem de ser entendida no sentido de ‘a política de família com carácter global e integrado’ não comprometer, em caso algum, o conteúdo essencial da autonomia ético-jurídica da família e a sua dinâmica social própria frente ao Estado (isto é, o poder político por excelência). Os conteúdos desta política haverão de

Consagra-se também, no âmbito da democracia participativa (art. 2º, *in fine*) à semelhança do que sucede em várias outras disposições sobre direitos sociais (arts. 60º, nº 3; 63º, nºs 2 e 5; 66º, nº 2; 70º, nº 3; 71º; 73º, nº 3), o direito de audição das associações representativas das famílias [art. 67º, nº 2, alínea *g*], 2ª parte]¹¹.

7. A relevância da família aparece outrossim, não raro de forma repetitiva, em várias outras disposições:

– Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a *vida familiar* [art. 59º, nº 1, alínea *b*]);

– O sistema de segurança social protege os cidadãos na (...) velhice, (...) *viuvez e orfandade* (...) (art. 63º, nº 3);

– O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a atividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objetivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea *b*) do nº 2 do artigo 67º, no artigo 69º (...) e nos artigos 71º e 72º (art. 63º, nº 5);

– Todos têm direito, para si e para *a sua família*, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a *privacidade familiar* (art. 65º, nº 1);

– O Estado adotará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o *rendimento familiar* e de acesso à habitação própria (art. 65º, nº 3);

– *Os pais e as mães* têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país (art. 68º, nº 1);

– *A maternidade e a paternidade* constituem valores sociais eminentes (art. 68º, nº 2);

– As mulheres têm direito a especial proteção durante *a gravidez e após o parto*, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias (art. 68º, nº 3);

se harmonizar e concordar sempre com a posição primordial que a família ocupa na estrutura constitucional. E é nesta linha de pensamento que cobra todo o sentido a incumbência constitucional, constante da *al. f*) do nº 2 do art. 67º, de o Estado formular de modo global e integrado a sua política de família. A função normativa de tal preceito só pode ser esta: obrigar o Estado a definir claramente em cada período o que se propõe quanto à proteção e apoio da família, de modo que os cidadãos e as instituições sociais, tomando por referência e consciência ético-jurídica da sociedade, possam examinar, criticar e controlar livremente as intenções dele e, se necessário, fazê-las infletir ou anular. Impondo a *publicidade* à política de família e a concatenação dos respetivos objetivos, a *al. f*) não só afasta ações do Estado pontuais, esporádicas ou a esmo em relação à família, como também combate a *arcana imperii* neste domínio, incrementando as chances da *argumentação comunicativa* (Habermas) e, por isso, a saúde da ordem pública democrática”.

¹¹ As associações de famílias estão reguladas pela Lei nº 9/97, de 12 de maio.

– A lei regula a atribuição às mães e aos pais de direitos de dispensa de trabalho por período adequado, de acordo com os interesses da criança e as necessidades do *agregado familiar* (art. 68º, nº 4);

– As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da *autoridade na família* e nas demais instituições (art. 69º, nº 1);

– O Estado assegura especial proteção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de *um ambiente familiar normal* (art. 69º, nº 2);

– O Estado, *em colaboração com as famílias* (...) fomenta e apoia as organizações juvenis (...) (art. 70º, nº 3);

– O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efetiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos *direitos e deveres dos pais ou tutores* (art. 71º, nº 2);

– As pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e *convívio familiar* e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social (art. 72º, nº 1);

– Na realização da política de ensino incumbe ao Estado assegurar *aos filhos dos emigrantes* o ensino da língua portuguesa e o acesso à cultura portuguesa; e *aos filhos dos imigrantes* apoio adequado para efetivação do direito ao ensino [art. 74º, nº 2, alíneas i) e j)];

– A lei regula as formas de participação das associações de professores, de alunos, *de pais*, das comunidades e das instituições de carácter científico na definição da política de ensino (art. 77º, nº 2).

É impressionante esta lista de preceitos. Mas que distância entre a sua letra e a prática! Quantas inconstitucionalidades por omissão subsistem!

8. Acrescentem-se, por último, além do já mencionado art. 104º, nº 1, dentro da parte II do texto constitucional, de organização económica:

– A lei define a composição do Conselho Económico e Social, do qual farão parte, designadamente, representantes do Governo, das organizações representativas dos trabalhadores, das atividades económicas e *das famílias*, das regiões autónomas e das autarquias locais (art. 92º, nº 2);

– Na prossecução dos objetivos da política agrícola o Estado apoiará preferencialmente os pequenos e médios agricultores, nomeadamente quando integrados em unidades de *exploração familiar*, individualmente ou associados em cooperativas, bem como as cooperativas de trabalhadores agrícolas e outras formas de exploração por trabalhadores (art. 97º, nº 1).

9. Tirando as normas do art. 36º, de carácter estatutário, quase todas as demais normas sobre a família reconduzem-se a normas programáticas. Isso não significa, porém, que não tenham eficácia jurídica, porque, enquanto integradas na Constituição, gozam da força jurídica a ela inerente¹².

Donde:

a) Só por constarem da Constituição devem ser tidas em conta na procura do sentido das restantes normas, por via da interpretação sistemática;

b) Através da analogia, podem contribuir para a integração de lacunas;

c) Fixam critérios para o legislador nos domínios sobre que versam — donde ainda inconstitucionalidade material, por desvio de poder, quando haja afastamento desses critérios;

d) Proíbem a emissão de normas legais contrárias e proíbem a prática de comportamentos que tendam a impedir a produção de atos por elas impostos – donde, também, inconstitucionalidade material em caso de violação;

e) Depois de concretizadas através de normas legais, estas não podem ser pura e simplesmente revogadas, retornando-se ao vazio ou à completa inexecutabilidade – o que não significa, em contrapartida, que seja de acolher, em termos absolutos um princípio de não retrocesso social¹³.

II

10. É conhecida a dicotomia igualdade jurídica-igualdade social ou igualdade perante a lei (como é mais frequente dizer) – igualdade na sociedade; e tomando-se a primeira como mera igualdade jurídico-formal e a segunda como igualdade jurídico-material, ligada a uma atitude crítica sobre a ordem social e económica existente e à consciência da necessidade e da possibilidade de a modificar (seja qual for a orientação política que se adote).

Distinguem-se assim não tanto duas espécies de princípios jurídicos quanto dois momentos ou planos: o da atribuição dos direitos em igualdade e o da fixação das incumbências do Estado e da sociedade organizada perante as condições concretas das pessoas. Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem.

Já não seria correta a contraposição, se se supusesse estar diante de dois princípios estanques ou opostos: 1º) porque a igualdade social como igualdade *efetiva, real, material, concreta, situada* (como quer que se designe) pode ou deve considerar-se imposta pela própria noção de igualdade jurídica, pela necessidade de lhe buscar um conteúdo pleno; 2º) porque, mesmo quando a igualdade social se traduza na concessão de certos direitos ou até de certas vantagens especificamente a determinadas pessoas – as que se encontram

¹² Cfr. *Manual ...*, II, 6ª ed. Coimbra: 2007, p. 292 e segs.

¹³ Cfr. *Manual ...*, IV, *cit.*, p. 485 e segs.

em situações de inferioridade, de carência, de menor proteção – a diferenciação ou a discriminação (positiva) tem em vista alcançar a igualdade e tais direitos ou vantagens configuram-se como instrumentais em face desses fins¹⁴.

11. O que acaba de ser dito permite compreender melhor o que diz a nossa Constituição no art. 13º e no art. 9º, alínea *d*). No art. 13º, todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, pelo que se vedam quaisquer privilégios ou discriminações. No art. 9º, alínea *d*): incumbe ao Estado *promover a igualdade real* entre os portugueses, mediante a transformação e a modernização das estruturas económicas e sociais.

E também a diferença entre privilégios, discriminações e discriminações positivas. Os privilégios são situações de vantagem *não fundadas* e as discriminações situações de desvantagem também *não fundadas*, ao passo que as discriminações positivas são situações de vantagem *fundadas*, desigualdades de direito em consequência de desigualdades de facto e tendentes à superação destas¹⁵.

Na Constituição são discriminações positivas: a regulamentação dos impostos e dos benefícios sociais de harmonia com os encargos familiares [art. 67º, nº 2, alínea *f*)]; a especial proteção das crianças órfãs, abandonadas ou privadas de ambiente familiar normal (art. 69º, nº 2); a política de reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias (art. 71º, nº 2), inclusive através do ensino especial [art. 74º, nº 2, alínea *g*)]; a política de terceira idade (art. 72º, nº 2); a proteção e o apoio às pequenas e médias empresas e às iniciativas e empresas geradoras de emprego e fomentadoras de exportações ou de substituição de importações [arts. 86º, nº 1, 2ª parte, e 100º, alínea *d*)]; o apoio preferencial aos pequenos e médios agricultores, às cooperativas de trabalhadores agrícolas e a outras formas de exploração por trabalhadores (art. 97º, nº 1).

Na legislação ordinária, refiram-se, por exemplo, o crédito bonificado para jovens, os lugares reservados em transportes públicos para grávidas, o trabalho protegido e as rampas de acessibilidade em edifícios para pessoas portadoras de deficiência ou os transportes públicos mais baratos para idosos.

12. Não se deparam na Constituição portuguesa, ao contrário do que sucede noutras, atrás indicadas, nenhuma referência a famílias numerosas. Isso

¹⁴ Cfr. NEVES, Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: 1983, p. 142-143: a definição de uma igualdade jurídica abstrata não pode considerar-se como fim último que a si se baste, mas tão só como um primeiro e relativo momento, como um instrumento e ponto de apoio para uma igualdade material que há de conseguir-se para além daquela através da complementar intervenção das outras duas dimensões. E desse modo o estatuto abstrato, sem pretender ser rígido e de determinação acabada, tem não só de aceitar os desenvolvimentos e a integração normativa de uma igualdade participada e constitutiva realização histórica do direito como terá ainda de sofrer as diferenciações e modificações concretas exigidas por uma material intenção de igualdade e justiça sociais. Com aqueles desenvolvimentos e integrações, por um lado, e estas diferenciações, por outro lado – sendo certo que aqueles primeiros se virão as mais das vezes a traduzir nestas segundas – se atuará, corrigirá e controlará a intenção de igualdade definida abstratamente, em termos de ela ter de se mostrar sempre materialmente justificada e real.

¹⁵ Cfr. MIRANDA, Jorge. *Manual ...*, IV. *cit.*, p. 280 e 281 e Autores citados.

Como escreve ALEXYS, Robert. *Theorie der Grundrechte* (1986), trad. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: 1993, p. 404: quem deseja criar igualdade de facto tem de aceitar desigualdade *de jure*.

não obsta, evidentemente, que não possam – e que não devam mesmo – vir a granjear discriminações positivas; ou, se se quiser seguir por outro trilha, a receber um tratamento ajustado ao número dos seus membros com base no postulado de tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual¹⁶.

Sem negar a liberdade de conformação do legislador perante o art. 67º, nº 2, alínea f) e 104º, nº 1, não devem ser tributadas no regime do imposto sobre o rendimento pessoal ou obter os mesmos benefícios os cidadãos independentemente das suas responsabilidades familiares – terem ou não terem filhos ou ascendentes a seu cargo, terem mais ou menos filhos menores, terem ou não terem filhos com deficiência.

As técnicas fiscais podem variar e são discutidas na doutrina e na jurisprudência. O que não pode é deixar de se atender aí às famílias numerosas, sob pena de inconstitucionalidade por ação (arts. 204º e 280º a 282º) ou de inconstitucionalidade por omissão (art. 283º)¹⁷.

A Lei geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de dezembro, pareceu atender ao problema (ou poderia ser um ponto de partida para que se atendesse), ao dispor que a tributação respeita a família, reconhece a solidariedade e os encargos familiares e deve orientar-se no sentido de que o conjunto dos rendimentos do agregado familiar não esteja sujeito a impostos superiores aos que resultariam da tributação autónoma das pessoas que o constituem (art. 6º, nº 3). No entanto, está-se também muito longe de concretizar essas intenções.

13. Os arts. 67º, nº 2, alínea f) e 103º, nº 1 da Constituição concernem a matérias tributárias. Ora, o princípio que lhe subjaz – a proteção da família – justifica a atribuição às famílias numerosas, sobretudo perante a gravíssima crise de natalidade que o país atravessa, outras formas de apoio e incentivo, tais como majorações do subsídio de nascimento e dos abonos de família, assistência pediátrica ou dispensa ou redução de taxas moderadoras, até porque, incoerentemente, continua a interrupção voluntária de gravidez em estabelecimentos oficiais a ser gratuita¹⁸.

¹⁶ Sobre o tratamento fiscal da família, Cfr. NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: 1998, p. 524 e segs.; FERREIRA, Eduardo Paz. anotação ao art. 105º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, II. Coimbra: 2006, p. 290 e 291; CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *op. cit.*, I, p. 1100; SANCHES, J. L. Saldanha. *Manual de Direito Fiscal*. 3ª ed. Coimbra: 2007, p. 290 e 291; MACHADO, Jónatas; COSTA, Paulo Nogueira Da. *Curso de Direito Tributário*. 2ª ed. Coimbra: 2012, p. 182 e segs.

¹⁷ Infelizmente, o Tribunal Constitucional pareceu ignorar o problema no recente acórdão nº 187/2013, de 5 de abril (*Diário da República*, 1 série, de 22 de abril de 2013), ao admitir (10.1) – a respeito da redução das deduções à coleta relativas a despesas de saúde, educação e formação, respeitante a pensões de alimentos e encargos com lares – as alterações aos arts. 78º e 85º do Código do Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Singulares, em nome da liberdade de conformação do legislador. O princípio da capacidade contributiva, segundo se lê no acórdão, surgiria como um critério ordenador do sistema fiscal, que não forneceria uma resposta precisa sobre o *quantum* das deduções e os seus limites.

¹⁸ Cfr. *Manual ...*, IV, *cit.*, p. 227 e 228: A laicidade do Estado, a aconfessionalidade, o princípio da não dominação de qualquer visão do mundo sobre as demais podem, no limite, fundamentar ou explicar a despenalização ou a desproteção penal de qualquer bem jurídico, quando uma parte da sociedade entenda que ele deve ser protegido por outras formas ou que nem sequer tenha de ser protegido. Em contrapartida, em nome dessa mesma laicidade, aconfessionalidade e não dominação pode outra parte da sociedade pretender que não seja legalizado, e não apenas tornado ilícito, aquilo que considera ilícito — pois redundando em legalização, e não apenas em despenalização e liberalização, organizar a interrupção voluntária da gravidez até dez semanas por mera opção da mulher em estabelecimento de saúde legalmente autorizado.

Por certo, um serviço nacional de saúde tendencialmente gratuito tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos [art. 64º, nº 2, alínea *a*)] e um ensino básico e secundário gratuito [arts. 74º, nº 1, alínea *a*), e 16º, nº 1] representam, só por si, importantes auxílios, mas são universais. Ora, a discriminação positiva em favor das famílias numerosas exige mais, em face de uma interpretação constitucionalmente adequada das alíneas *a*) e *c*) do art. 67º, nº 2, de modo a dar-se plena efetivação à independência social e económica dos agregados familiares e à educação dos filhos¹⁹.

A inércia ou a mora legislativa implicam, não menos, inconstitucionalidade por omissão.

14. O Decreto-Lei nº 113/2011, de 29 de novembro, veio regular o acesso às prestações do Serviço Nacional de Saúde por parte dos utentes no que respeita ao regime das taxas moderadoras e à aplicação de regimes especiais de benefícios, tendo por base a definição das situações determinantes de isenção de pagamento ou de comparticipação, como situações clínicas relevantes de maior risco de saúde ou situações de insuficiência económica.

Consideram-se em situação de insuficiência económica os utentes que integrem agregado familiar cujo rendimento médio mensal seja igual ou inferior a uma vez e meia o valor do indexante de apoios sociais (IAS) (art. 6º, nº 1).

A determinação dos rendimentos, a composição do agregado familiar e a capitação dos rendimentos do agregado familiar, bem como os meios de comprovação do direito a isenção de taxas moderadoras e a isenção de encargos com transporte não urgente, relativamente à verificação da condição de insuficiência económica, são estabelecidos em portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças, da saúde e da segurança social (art. 6, nº 3).

Na sequência desse diploma, viria a ser publicada a Portaria nº 311-D/2011, de 27 de dezembro, de muito duvidosa constitucionalidade por dois motivos:

- Por, contra o art. 112º, nº 5 da Constituição, integrar aquele decreto-lei – ou seja, por, não sendo um ato legislativo, exercer funções próprias de um ato legislativo²⁰;
- Por as regras sobre insuficiência económica e sobre capitação (arts. 2º e 4º) parecerem ignorar as famílias numerosas.

¹⁹ Cfr. *Manual ...*, ll. *cit.*, p. 306 e 307.

²⁰ Cfr. *Manual ...*, V. 4ª ed. Coimbra: 2010, p. 225 e segs.