

De
LEGIBUS

5/6

2023

**NA ENCRUZILHADA ENTRE A AUTONOMIA
E A VULNERABILIDADE: ONDE ESTAMOS
E PARA ONDE QUEREMOS IR**

**AT THE CROSSROADS BETWEEN AUTONOMY AND VULNERABILITY:
WHERE WE ARE AND WHERE WE WANT TO GO**

TIAGO VITÓRIA CARVALHO

REVISTA DE DIREITO

LAW JOURNAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona

<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

NA ENCRUZILHADA ENTRE A AUTONOMIA E A VULNERABILIDADE: ONDE ESTAMOS E PARA ONDE QUEREMOS IR

AT THE CROSSROADS BETWEEN AUTONOMY AND VULNERABILITY:
WHERE WE ARE AND WHERE WE WANT TO GO

TIAGO VITÓRIA CARVALHO*

SUMÁRIO: Parte I: 1. Mediação familiar e a terceira idade: breve resenha; 2. Legislar para mediar?; 3. Pessoa idosa e acesso à justiça: breves considerações; 4. Família e o conflito no final do ciclo de vida; 5. Palco para a mediação familiar; 6. O papel do Mediador; 7. O regime do maior acompanhado e a representação voluntária: algumas peças do puzzle. Parte II: 1. Autonomia privada e proteção da pessoa idosa: um vislumbre quimérico?; 1.1. Testamento; 1.2. Doação Modal; 1.3. Contrato de renda vitalícia; 1.4. Contrato de alimentos; 2. Da necessidade de tipificar um negócio jurídico de prestação de cuidados; 3. Patrimônio e autonomia: a que custo?; 4. Síntese conclusiva.

RESUMO: No presente estudo, é nosso desiderato destacar e enfatizar reflexões sobre a mediação familiar enquanto método de resolução alternativa de litígios junto das pessoas idosas. Atendendo às particularidades características do conflito entre familiares presentes nesta fase de vida, urge fomentar e cimentar a mediação familiar como o meio privilegiado no desenlace de litígios envolvendo idosos e a sua família. Outrossim, propomo-nos indagar sobre a necessidade da criação de novos instrumentos legais no nosso ordenamento jurídico que permitam a proteção patrimonial e a prestação de cuidados a adultos vulneráveis através da autonomia privada e autorregulação. Nessa medida, importará aferir a viabilidade da tipificação no nosso Código Civil de um contrato com vista à prestação de cuidados, bem como da criação de uma massa patrimonial funcionalizada a favor da pessoa vulnerável.

PALAVRAS-CHAVE: idosos; vulnerabilidade; autonomia; mediação familiar; prestação de cuidados; contratos.

ABSTRACT: The aim of this study is to highlight and emphasize reflections on family mediation as an alternative method for resolving disputes involving elderly individuals. Considering the unique characteristics of conflicts among family members

* Licenciado em Direito, Jurista e Mediador Familiar. tiago.v.carvalho@abreudadvogados.com

during this phase of life, it is crucial to promote and establish family mediation as the preferred method for resolving disputes involving the elderly and their families. Furthermore, we intend to explore the need to create new legal instruments within our legal framework that enable asset protection and the provision of care to vulnerable adults through private autonomy and self-regulation. In this regard, it is important to assess the feasibility of establishing the codification in our Civil Code of a contract aimed at providing care, as well, a functionalized patrimonial estate in favor of the vulnerable person.

KEYWORDS: elderly; vulnerability; autonomy; family mediation; caregiving; contracts

PARTE I

I. MEDIAÇÃO FAMILIAR E A TERCEIRA IDADE: BREVE RESENHA

Será de equacionar a mediação familiar na resolução de conflitos familiares na terceira idade?

A resposta positiva impõe-se, em nosso entender. À primeira vista, a nossa posição favorável funda-se, essencialmente, em dois pontos de vista e de interpenetração: (i) a multiplicidade de situações envolvendo um idoso não levadas a tribunal que motivam a rutura das relações familiares no futuro; (ii) a tónica da mediação familiar investe os idosos na oportunidade de refletir e negociar sobre questões que diretamente os afetam, logrando-se, assim, um estímulo da sua autodeterminação e empoderamento, elementos tendencialmente favoráveis à integração ativa na realidade social e familiar.

A mediação familiar é um processo adequado à autocomposição de diferendos de índole familiar, facultando às partes envolvidas a participação efetiva na criação da solução que melhor as satisfaz¹. A singularidade dos litígios na esfera familiar demanda uma abordagem diferenciada, uma que não perca de vista que as partes continuarão a conviver².

Um processo de mediação conta com o auxílio de um mediador – um terceiro neutro, imparcial, independente e sem poderes de decisão³. O mediador investido na sua formação e experiência cria um espaço seguro que estimula o diálogo entre as partes, permite a identificação de necessidades e procura um consenso. É esta atmosfera que permite aos mediados

1 A Lei da Mediação crisma na alínea a) do artigo 2.º que se entende por “*Mediação*” a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos.

2 “(...) a situação adversarial característica dos procedimentos contenciosos, que desemboca naturalmente na proclamação de um vencedor e de um vencido, não se adequa bem à resolução de conflitos familiares, uma vez que será desejável e, frequentemente, mesmo forçoso, que ambas as partes continuem a relacionar-se no futuro”, Rita Lobo Xavier, “Mediação Familiar e Contencioso Familiar: Articulação da Actividade de Mediação com um Processo de Divórcio”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume IV* (Coimbra: Coimbra Editora, 2009), 1129.

3 Cfr. n.º 1 do artigo 7.º do Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro, e alínea b) do artigo 2.º da Lei da Mediação.

deterem integral controlo no processo de decisão, concebendo um acordo assente na sua vontade (uma solução de ganhos mútuos – *win/win situation*); ao passo que, numa contenda judicial, na ausência de consenso, o resultado é imposto pelo juiz (heterocomposição – *win/lose decision*).

De facto, a mediação familiar não atua à superfície do conflito⁴, esta aloja-se ao dissídio e lapida-o até ao seu ponto nevrálgico, sanando-o de dentro para fora. Já no sistema tradicional de justiça – construído por uma petição inicial, uma contestação, um julgamento e uma sentença –, as partes litigam as suas posições acompanhadas dos respetivos meios de prova, de modo que o tribunal decida a contenda. Neste *iter* processual, não raras vezes, abdica-se do aprofundamento do cerne do conflito. Isto é, o plano emocional, que particularmente carimba as contendas familiares e é, em grande medida, o responsável pela transmutação de um conflito para litígio, é desconsiderado pela via clássica de justiça, arquivada de forma a colocar termo ao *litígio* – declarar um vencedor e um vencido⁵.

Todavia, sublinhamos que a mediação familiar não resolverá todas as contendas familiares e não será adequada a todos os conflitos. O assunto sobre o qual versa o conflito deverá ser mediável. Para se aferir se estamos diante um caso mediável ou não, isso implica saber em que medida o mesmo se encontra na disponibilidade dos mediados – *i.e.* direitos disponíveis ou indisponíveis⁶ –, se se tratar de um assunto de ordem pública e não

4 Apesar de usualmente empregar-se o termo “conflito” e “litígio” indistintamente, cumpre referir que “todo o litígio ou disputa tem na sua génese um conflito, ou seja, um confronto entre perspetivas divergentes. O conflito exprime as diferenças em luta entre si, espelha um clima de oposição ou de hostilidade. Tem, em regra, uma carga negativa e destrutiva, de que o exemplo último é a guerra. Só quando os conflitos são formalmente assumidos e exigem a intervenção de uma instância para os pacificar (assuma ela a forma de conciliação, mediação, arbitragem ou tribunal judicial), passam a designar-se por litígios”, cfr. Catarina Frade, “A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 65 (maio 2003): 108.

5 “A mediação desempenha uma função muito relevante de justiça restaurativa, permitindo o restabelecimento da paz social e das relações interpessoais entre as partes. Enquanto a resolução dos litígios pela via clássica está essencialmente voltada para o passado – perspectiva retrospectiva – a mediação está voltada para o futuro – perspectiva prospectiva – adotando uma visão construtiva do litígio.”, cfr. Manuel Eduardo Bianchi Sampaio, “As alterações sociais, em especial relativamente ao envelhecimento, e o novo paradigma da resolução de litígios”, *Revista Digital da Comissão de Proteção ao Idoso*, Ano 1, Número 7 (julho 2021): 8.

6 Sobre os limites materiais aos acordos de mediação familiar, *vide* Rossana Martingo Cruz, *Mediação Familiar – Limites Materiais dos Acordos e o seu Controlo pelas Autoridades* (Coimbra: Coimbra Editora, 2011), 181-194.

transacionável (*e.g.* questões relacionadas com a filiação, adoção, inibição das responsabilidades parentais, anulabilidade do casamento, *inter alia*), não será mediável; por seu turno, se o conteúdo estiver na disponibilidade das partes, for transacionável e não houver proibição legal expressa que obste à obtenção de acordos extrajudiciais, então será um caso mediável (*e.g.* alíneas a) a h) do artigo 4.º do Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro). Apurada a possibilidade de ingressar com um conflito no recinto da mediação familiar, torna-se necessário ultrapassar um “segundo grau” de triagem, desta vez quanto às características dos mediados. Ou seja, pese embora o assunto seja mediável do ponto de vista legal, este poderá não sê-lo atendendo à postura e intenções dos mediados. Com efeito, se alguma ou ambas as partes, por exemplo, estão comprometidas a nível psicológico ou com a sua saúde debilitada, a mediação familiar poderá não ser aconselhada⁷. A título de exemplo, é compreensível que na constância de uma afasia emocional derivada por acontecimentos associados à desavença – como sejam a falência de um relacionamento, uma traição ou até um processo de luto –, por mais que a mediação se encarregue de acolher emocionalmente os mediados, se estes, a par de exprimir as suas emoções, não conseguirem explicar e aprofundar coerentemente as questões subjacentes ao conflito de forma a discuti-las, a mediação não será um soluto praticável. Ainda para mais, quando esta afasia apenas se verifique num dos mediados – situação que gera um “desequilíbrio de forças” atentatório do princípio da igualdade em sede de mediação (artigo 6.º, n.º 1 da Lei da Mediação⁸). Da mesma forma, se os mediados não estiverem embebidos num espírito cooperativo e dispostos a, cordialmente, obter um convénio, mas antes e tão-só interessados em delegar no mediador a prerrogativa de punir ou atestar a posição de um dos mediados, a mediação não se coadunará a esse fim⁹. Por último – e ainda que sem pretensão de esgotar todas as

7 Neste sentido, considere-se António Farinha, “Relação entre a Mediação Familiar e os Processos Judiciais”, in *Direito da Família e Política Social* (Porto: Publicações Universidade Católica, 2001), 201-202.

8 Pelo disposto no artigo 2.º, n.º 1 do Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro, os princípios da Lei da Mediação são aplicáveis à mediação familiar.

9 Para mais desenvolvimentos e exemplos de casos mediáveis ou não, tanto no prisma legal como interpersoal, veja-se Irma Lovera De Sola, “Potencialidades y Limitaciones de la Mediación Familiar”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, N.º 9 (novembro 2010): 125-135.

questões que, nesta linha de pensamento, poderiam ser formuladas –, havendo violência entre mediados, exige-se uma cautela acrescida na análise do caso e dos mediados. Esta é deveras uma questão particularmente imune ao consenso dos mediadores, onde surgem, essencialmente, três posições¹⁰: (i) contraindicação absoluta da mediação; (ii) não rejeição liminar da mediação em casos de violência; (iii) destrição entre “casos de violência” e “casos com violência”¹¹. Relativamente a este tema, entendemos que pelo acervo normativo composto pelo artigo 7.º da diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008; artigo 48.º, n.º 1 da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica; artigo 5.º, n.º 3 da Lei da Mediação, e pelo artigo 24.º - A do Regime Geral do Processo Tutelar Cível resulta que a mediação familiar não será indicada em casos contaminados por violência¹².

Frisamos, outrossim, que não pretendemos um cego apologismo à mediação desprezando ou refutando a necessidade dos tribunais no âmbito familiar. Apenas preconizamos que antagonismos de índole familiar merecem uma alternativa mais apropriada e humana.

Como bem nos diz Lenard Marlow, a mediação familiar é “(...) *un procedimiento imperfecto, que emplea una tercera persona imperfecta, para ayudar a dos personas imperfectas, a concluir un acuerdo imperfecto, en un mundo imperfecto*”¹³.

Infelizmente, a mediação familiar ainda não atingiu o patamar que se desejava no nosso ordenamento jurídico, sendo os casos de divórcio e regulação

10 Para um estudo sobre estas posições e procedimentos a adotar em casos de mediação envolvendo episódios de violência, considere-se María Lobo Guerra e Fernando Samper Lizardi, “La mediación familiar, ¿es posible en aquellos casos en los que ha existido violencia contra la pareja?”, *Revista de Mediación*, Ano 4, N.º 7 (maio 2011): 8-19.

11 Destrição que resulta da doutrina de Eduardo José Cárdenas, *La mediación en conflictos familiares: lo que hay que saber* (Buenos Aires: Editorial Lumen/Humanitas), 212. Segundo o autor, se no momento em que os mediados ingressam num processo de mediação a violência cessou, então a mediação poderá ser viável.

12 Tome-se nota que a Recomendação n.º R (98) 1, do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-membros (adotada pelo Comité de Ministros, em 21 de Janeiro de 98), princípio III, ponto ix, deixa à consideração dos mediadores e dos Estados a admissibilidade de mediação nas situações de violência.

13 Lenard Marlow, *Mediación familiar: una práctica en busca de una teoría: una nueva visión del derecho* (Buenos Aires: Granica, 1999), 31.

do exercício das responsabilidades parentais que mais a si recorrem. O que se distancia dessa estirpe acaba por ser menos explorado e fica abaixo da linha do horizonte. Onde há família, há espaço para a mediação familiar. Este deve ser o mote de partida para a atualização de legislação e mudança de paradigma na nossa sociedade.

Quanto a nós, almejamos lançar luz sobre a temática da mediação familiar em torno dos mais idosos, deixando a descoberto um caminho que merece ser explorado.

2. LEGISLAR PARA MEDIAR?

Nos tempos hodiernos, assiste-se a uma galopante inversão da pirâmide etária, onde Portugal não é exceção. A sociedade portuguesa, à semelhança de tantos outros países pelo globo fora, paulatinamente evidencia um aumento significativo da longevidade dos seus cidadãos, levantando inúmeras questões que daí resultam para a sociedade (tanto a nível individual, como coletivo), demandando-se soluções nas mais variadas áreas do saber.

No domínio do Direito, a passos curtos e tímidos, vão-se calcando nos seus variados ramos um acervo de direitos inerentes às necessidades e especificidades da pessoa idosa. No que nos compete, cumpre destacar a promoção do acesso ao direito e à justiça junto dos idosos, algo ainda incipiente para o legislador português, onde a resolução alternativa de litígios (doravante RAL), e nesta, mormente a mediação, assume uma válvula de escape à crise da justiça cível.

Quando o Despacho Normativo n.º 13/2018, de 22 de outubro, que regulamenta a atividade do sistema de mediação familiar (SMF), revoga o Despacho n.º 18.778/2007, de 13 de julho (anterior diploma legal responsável por regular o SMF), constatou-se que o legislador sentiu a necessidade de no artigo 4.º instituir a alínea h) – *Prestação de alimentos e outros cuidados aos ascendentes pelos seus descendentes na linha reta* –, que, por sinal, foi a única inovação que surgiu no âmbito da competência material do SMF¹⁴.

14 Comparando o artigo 4.º do Despacho n.º 18.778/2007, de 13 de julho, também este responsável pela competência material do SMF, com o artigo 4.º do Despacho Normativo n.º 13/2018, de 22

É em decorrência deste marco que se pode começar a levantar o véu no que tange às potencialidades da mediação familiar face aos constrangimentos que o acesso e os tribunais implicam para os mais idosos, reconhecendo o legislador a necessidade de atualizar a legislação portuguesa, de modo a manifestar uma efetiva preocupação com a pessoa idosa no acesso à justiça.

3. PESSOA IDOSA E ACESSO À JUSTIÇA: BREVES CONSIDERAÇÕES

Importa-nos saber quem deve ser considerado pessoa idosa, sendo certo que a delimitação deste conceito não é uniforme¹⁵. Alvitramos para os 65 anos de idade¹⁶, dado o envelhecimento da população cada vez mais vagaroso.

Ora, a partir dos 65 anos de idade podemos distinguir duas fases de vida: “(...) a terceira idade, que coincide com o abandono do mercado de trabalho, e que é ainda normalmente uma fase de vida autónoma e com qualidade, e a quarta idade, que se aproxima da infância pela dependência que existe em relação a cuidadores ou membros da família (...)”¹⁷.

Nessa medida, ao falarmos de pessoa idosa não nos podemos olvidar da vulnerabilidade física e psicológica que afetam esta, aliada a uma perda de poder económico e de influência social, dificuldade de acesso à informação, isolamento e dependência económica, física e mental, conjunto este de fatores que podem constituir importantes constrangimentos ao exercício de direitos, *maxime*, no acesso ao direito e à justiça.

de outubro, verifica-se que a única diferença reside na alínea h). Todavia, o legislador faz uso do termo “nomeadamente”, chancelando um elenco não taxativo de matérias subjacentes aos conflitos no âmbito das relações familiares passíveis de mediação familiar.

15 No Código Civil: (i) os 60 anos de idade implica a imposição do regime de separação de bens (artigo 1720.º, n.º 1, alínea b)) e obsta à adoção (artigo 1979.º, n.º 3); (ii) os 65 anos de idade permite a escusa da tutela das crianças (artigo 1934.º, alínea g)); (iii) os 70 anos de idade permite a escusa do cargo de cabeça de casal (artigo 2085.º, n.º 1, alínea a)).

O decreto-lei n.º 391/91, de 10 de outubro, que regula o acolhimento familiar de idosos e de pessoa com deficiência, estipula no artigo 6.º, alínea a) os 60 anos de idade como condição de candidatura.

16 O Parecer 80/CNECV/2014, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, sobre as vulnerabilidades das pessoas idosas, também aponta para os 65 anos de idade (cfr. página 2).

17 Cfr. Maria Paula Ribeiro de Faria, *Os Crimes Praticados contra Idosos* (Porto: Universidade Católica Editora, 2019), 16.

Na verdade, se, com o avançar da idade, a dependência económica, física e psíquica vai-se agravando, os constrangimentos que o idoso terá de suportar para recorrer aos tribunais levam-no a equacionar as suas capacidades para o efeito e a viabilidade dessa via tradicional. Sucede que com o envelhecimento, geralmente, a esfera de conflitos encontra-se comprimida no seio familiar. Desse modo, o recurso aos tribunais enlaça uma dualidade de constrangimentos: por um lado, a carga e o desgaste emocional que o encetar de um processo judicial contra um familiar abarca, bem como o aumento da tensão entre as partes potencializador de rutura familiar; por outro lado, os recursos financeiros necessários e a morosidade característica dos processos judiciais no âmbito do Direito da Família e Sucessões, quando a fase do ciclo de vida em que se encontram estes sujeitos exige uma resposta mais humanizada, eficaz e em tempo útil. Toda esta conjuntura é responsável por uma atitude de *resignação* – a pessoa idosa identifica o conflito, mas não o formaliza, evitando, assim, confrontar a parte contrária. *Um cidadão resignado é um cidadão que não recorre à justiça.*

A resignação é o produto de diversos fatores, desde económicos, sociais, culturais, até psicológicos. Furtar-se à litigância pode passar, desde logo, pela descrença na justiça que hodiernamente paira sobre a sociedade portuguesa, pela impossibilidade de reunir recursos financeiros suficientes para recorrer aos serviços de um advogado especialista como, ainda, pela renúncia a um processo estigmatizante e emocionalmente nocivo¹⁸. Em bom rigor, o paradigma do acesso à justiça tem como exórdio a conversão ou não de um conflito em litígio e os motivos pelos quais os interessados não reclamam a intervenção de uma instância com credibilidade e legitimidade para acolher e resolver a contenda. Como nos ensina Catarina Frade, a RAL “(...) pelas suas características de informalização, procura do acordo, celeridade, custo tendencialmente mais reduzido e menor estigmatização pessoal e social, são procedimentos favoráveis a uma maior procura de tutela jurídica por parte de cidadãos que não se reveem no modelo clássico dos tribunais e que acabam por não reagir perante as agressões aos seus direitos. Por isso, ao garantir o

18 Cfr. Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques, João Pedroso e Pedro Lopes Ferreira, *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português* (Porto: Afrontamento, 1996), 304.

acesso à justiça, a RAL contribui para o reforço da cidadania e do Estado democrático.”¹⁹ A autora advoga ainda que a RAL fomenta o aumento da litigiosidade, “(...) ao expandir a procura de tutela jurídica por parte de novos litigantes e de novas categorias de litígios – os que exprimem as novidades no panorama dos conflitos sociais e os que provêm de uma procura de tutela que até aí se encontrava suprimida por nunca chegar aos tribunais. (...) os procedimentos de RAL não vêm substituir a função adjudicatória por uma função consensual. Apenas se apresentam como mecanismos que, nuns casos, concorrem e, noutros, complementam a actividade pacificadora dos tribunais”²⁰.

Destarte, o que almejamos com a mediação familiar junto da população idosa é a garantia do efetivo exercício ao direito e à justiça. Acreditamos que a mediação permite, em larga medida, superar as causas supra apontadas responsáveis por uma atitude de resignação²¹. O acesso ao direito e à justiça só se torna efetivo quando os cidadãos têm conhecimento dos seus direitos, não se resignam face à sua lesão ou ameaça de lesão e conseguem reunir condições para fragmentar as barreiras culturais, sociais, económicas e psicológicas para aceder à entidade mais adequada para a resolução do seu conflito – seja ela os tribunais judiciais ou uma instância extrajudicial^{22/23}.

19 Frade, “*A resolução*”, 114.

20 *Idem*, 115.

21 *Vide infra* ponto 4.

22 Cfr. João Pedroso, Catarina Trincão e João Paulo Dias, *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão* (Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa/Centro de Estudos Sociais, 2002), 26.

23 “(...) o modelo tradicional de Administração da Justiça, assente num quase monopólio da atuação dos Tribunais, não se coaduna com o atual conceito de Estado de Direito democrático nem com um novo modelo de cidadania. Uma cidadania ativa, participativa e responsável que reclama uma maior intervenção no espaço público e, consequentemente, no acesso à Justiça. Nesta senda, os meios extrajudiciais de resolução de conflitos têm vindo a afirmar-se como concretizadores da justiça de cada caso, não contrariando o art. 6.º da CEDH, mas antes densificando os comandos operativos desta norma atendendo à conceção atual de justiça, que pretende incluir os cidadãos na sua realização. Estes objetivos e moderna concetualização encontram-se, de resto, refletidos na Agenda 2030 da ONU para o Desenvolvimento Sustentável, em concreto no seu desafio (ODS) 16 que almeja a construção de sociedades pacíficas e inclusivas, devendo proporcionar-se o acesso à justiça a todos e a construção de instituições eficazes e responsáveis em todos os níveis.”, cfr. Cátia Marques Cebola e Susana Sardinha Monteiro, “A mediação como instrumento de promoção do direito de acesso à justiça e construção de sociedades pacíficas e inclusivas”, in *Atas da II Conferência Euro-Americana para o Desenvolvimento dos Direitos Humanos: Agenda 2030 – Um Novo Capítulo para a Evolução dos Direitos Humanos* (Coimbra: Edições JUS.XXI, 2020), 323.

4. FAMÍLIA E O CONFLITO NO FINAL DO CICLO DE VIDA

No Sul da Europa, o núcleo familiar assume o exercício de responsabilidade pública face às pessoas idosas, fruto das tradições de ajuda intrínsecas à família e dos fracos recursos financeiros dos sistemas de proteção social. Nessa senda, com o envelhecimento dos seus elementos, a família sofre uma mutação ao nível da sua composição e dos papéis assumidos por cada membro até então, brotando uma série de desafios potencializadores de conflitos²⁴.

Decerto, o conceito de família não é estático, sendo a família uma célula fundamental da sociedade (artigo 67.º da Constituição da República Portuguesa), que possui interesses próprios²⁵, e é influenciada pela sociedade, cultura, moral, economia e ciência. Deste modo, na contemporaneidade, o conceito de família é diferente daquele que vigorava aquando da criação da generalidade das normas que compõem a base do Livro IV do Código Civil português (daqui adiante CC) – pense-se, entre outras formas de família, nas relações de união de facto, afastadas do elenco das fontes de relações jurídicas familiares constantes do artigo 1576.º do CC, que hoje é inequivocamente considerada como fonte jurídico-familiar. Todavia, é importante para nós ressaltar que a delimitação jurídica do conceito de família não figura a gênese da prática da mediação familiar, pelo que *não devemos limitar a sua aplicabilidade a um conceito meramente jurídico*²⁶.

No que concerne ao conflito familiar, podemos definir este, em sentido amplo, como qualquer querela inscrita no ciclo de vida familiar, no caso em apreço, envolvendo uma pessoa idosa²⁷. Naturalmente, o conflito familiar está presente em todas as fases do ciclo de vida, constituindo este “(...) uma forma de luta *sui generis*, porque se realiza numa unidade orgânica fundada

24 Cfr. Ana Paula Monteiro e Pedro Cunha, *Gestão de Conflitos na Família* (Pactor Edições, 2019), 126.

25 Cfr. Diogo Leite de Campos e Mónica Martínez de Campos, *Lições de Direito da Família* (Coimbra: Livraria Almedina, 2020), 23.

26 A respeito, concordamos que “Deve ser considerado como o verdadeiro limite da mediação familiar o que, em cada caso, seja percebido como família”, *vide* Inmaculada García Presas, “Dois modelos de implantação da mediação familiar – Portugal e Brasil”, *Revista Scientia Iuridica*, Tomo LVII, n.º 316 (2008): 719.

27 Cfr. Monteiro e Cunha, *Gestão de Conflitos na Família*, 130.

na intensidade dos laços internos, na conexão social e económica e na presunção de unidade entre os seus membros”²⁸. Muitas das vezes, o conflito familiar numa fase do ciclo de vida mais adiantado é o culminar da contaminação das relações ao longo de vários anos em estado latente, pois se as relações entre familiares são enfermas ao longo da vida, e não sendo estas sanadas atempadamente, no final de vida essas relações problemáticas persistirão (podendo até, agudizar-se).

Efetivamente, são infindáveis os exemplos de conflitos que podem surgir com o envelhecimento, doença e dependência da pessoa idosa, os quais podem ser oportunamente tratados em sede de mediação familiar²⁹. Destes podemos destacar:

I) A discórdia na escolha do familiar que acomodará o idoso no seu domicílio, e concomitantemente, a natureza e intensidade da prestação de cuidados;

II) Divergências entre pais-filhos e filhos-filhos, quanto à alternância de residências e cuidadores como medida ao exercício conjunto do dever de respeito, auxílio e assistência (artigo 1874.º, n.º 1 do CC);

III) A desaprovação por parte de familiares face aos trabalhos do cuidador, ou entre cuidadores, quando haja rotatividade no exercício de cuidados entre familiares;

IV) Desentendimentos originados na ausência de cooperação e não prestação de cuidados e alimentos (2009.º do CC);

V) Administração do património;

VI) Processos de divórcio sem consentimento (artigos 1773.º, n.º 3 e 1781.º do CC);

28 George Simmel, *Sociología 1 – Estudios sobre las Formas de Socialización* (Madrid: Alianza Editorial, 1986), 147.

29 Como nos elucida Anabela Quintanilha (um nome incontornável no âmbito da mediação familiar em Portugal), “Surge, no entanto, cada vez mais a consciência de que conflitos entre gerações, como por exemplo filhos maiores, que carecem de apoio económico e que têm de recorrer à via judicial para o conseguir, ou conflitos entre irmãos que não conseguem estabelecer regras de apoio a pais idosos, quando estes se tornam dependentes do auxílio de terceiros, serão adequados para uma intervenção da mediação familiar. Outra situação muito apropriada para este meio alternativo de resolução de conflitos é a abertura de heranças com dificuldade em concretizar a partilha. Apesar das suas grandes vantagens face aos meios judiciais, o recurso à mediação familiar é ainda muito escasso nestas últimas situações apontadas.”, *vide* Anabela Quintanilha, “Sistemas de Mediação Familiar”, (Tese de Mestrado em Justiça Alternativa, Instituto Superior Bissaya Barreto – Fundação Bissaya Barreto, 2012), 30.

VII) Processos no âmbito do regime do maior acompanhado (artigo 138.º e seguintes do CC);

VIII) Processos de inventário (artigo 1082.º e seguintes do Código de Processo Civil português), e

IX) Conflitos relativos ao convívio entre avós e netos (artigo 1887.º - A do CC).

5. PALCO PARA A MEDIAÇÃO FAMILIAR

Dada a conjuntura atual do nosso país (demográfica, social e jurídica) e por todos os motivos evidenciados até ao momento, é inelutável que a mediação familiar carrega consigo um notável potencial na prevenção e resolução de conflitos que envolvam pessoas idosas.

Seguindo os ensinamentos de Rossana Martingo Cruz, a mediação familiar é o meio de RAL primado nos conflitos familiares. Dada a singularidade destes conflitos no prisma emocional e a sua complexidade humana, privilegia-se outras vias que não a judicial³⁰. “O facto de a mediação restaurar o diálogo, não impondo uma solução, faz com que se torne numa forma mais apelativa de justiça.”³¹ Dessa forma, é alcançada uma humanização no acesso à justiça, evidenciando-se uma primazia pelos recursos pessoais e emocionais das partes, face ao plano jurídico da contenda.

Ora, o final do ciclo de vida revela-se um período particularmente desafiante e complexo na esfera familiar, pelo que a mediação poderá mitigar alguns aspetos e ultrapassar outros. Sucede que os princípios de celeridade, de proximidade e de flexibilidade subjacentes à mediação permitem, desde logo, três principais benefícios:

I) O fator tempo, no sentido de ser expectável que um processo de mediação familiar seja mais rápido que um processo judicial. Dada a singularidade deste estágio de vida, é importante ter em conta que o tempo legal e o tempo “psicossocial” e emocional não coincidem, exigindo-se uma atuação

30 Cfr. Rossana Martingo Cruz, *A mediação familiar como meio complementar de Justiça* (Coimbra: Livraria Almedina, 2018), 27.

31 *Idem*, 26.

cautelosa e sensível³². A obtenção de um acordo³³ sob os auspícios da mediação familiar é timbrada pela celeridade e maior facilidade com que as partes o aceitam e honram;

II) A possibilidade de as sessões de mediação ocorrerem onde se satisfaça as necessidades do idoso e onde se revele mais cómodo para o mesmo, isto é, em casos de mobilidade reduzida ou em que a deslocação importe constrangimentos à saúde do idoso, a mediação ocorrerá onde este se encontre (*e.g.* lares, casas particulares, clínicas, hospitais e estabelecimentos congéneres), e

III) Fruto da plasticidade da mediação, esta molda-se à medida de cada caso, dispensando os formalismos dos tribunais, imperando um processo simples e adaptável aos mediados. A flexibilidade inerente à mediação é igualmente transportada aos acordos que advenham da mesma, na medida em que o adensar da idade poderá ser volátil – pense-se em situações de doença e o seu agravar ou convalescença – sendo necessário acordos sensíveis a possíveis alterações/ajustes, com vista a corresponder às constantes mutações de um ciclo de vida marcado pela exigência para os idosos e as suas famílias.

A par das potencialidades enumeradas, teremos como consequência da RAL a redução substancial dos custos em antítese aos meios tradicionais de justiça (sem prejuízo de eventuais isenções ou reduções de taxas³⁴), o que se mostra particularmente benéfico quando se trata de idosos que vivem, muitas das vezes, com reduzidas reformas. Ainda como consequência da RAL, e do

32 Cfr. Ignacio Bolaños Cartujo, *Hijos alienados y padres alienados: mediación familiar en rupturas conflictivas* (Madrid: Reus, 2008), 22.

33 Note-se que a lei atribui força executiva ao acordo de mediação “(...) desde que reunido um conjunto de condições, independentemente da homologação judicial. A exequibilidade resulta da conjugação do artigo 9.º da Lei da Mediação com a alínea d) do n.º 1 do artigo 703.º do Código de Processo Civil. Significa isto que, por força da lei e sem que seja necessário qualquer ato adicional das partes, o acordo de mediação serve de base, em caso de incumprimento, para a propositura da correspondente ação executiva, que será de pagamento de quantia certa, de entrega de coisa certa ou de prestação de facto, consoante a obrigação que conste do título executivo (cfr. artigo 10.º, n.ºs 5 e 6, do Código de Processo Civil).”, cfr. Lurdes Varregoso Mesquita, “Executoriedade do acordo de mediação em matéria civil e comercial – um princípio em múltiplas facetas”, in *A Lei da Mediação de Conflitos: Estudos sobre a sua aplicação* (Coimbra: Livraria Almedina, 2023), 98.

A força executiva do acordo de mediação familiar dá às partes confiança no termo do litígio, tal como se tivesse sido determinado por um juiz.

34 Vide artigo 33.º da Lei da Mediação e artigo 6.º, n.º 2, alíneas a), b) e c) do Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro.

ambiente que caracteriza a mediação³⁵, a pessoa idosa sentir-se-á mais confortável, longe de estigmas e “desonra” que gerações mais antigas associam ao recurso aos tribunais (especialmente em processos de índole familiar).

A essência da mediação familiar e a sua gênese de pacificação social “oferece uma abordagem que promove a colaboração e a coordenação entre os membros da família, facilita a reorganização dos papéis familiares e o ajustamento de expectativas e normas. Fomenta a coesão familiar e a ajuda mútua, minimiza a hostilidade e o conflito, e mobiliza os sistemas de apoio familiar”³⁶. Outrossim, devemos considerar a mediação familiar como um método preventivo da vulnerabilidade da pessoa idosa, na medida em que o seu recurso pode e deve ser prévio a um dissídio já existente³⁷ – veja-se situações de conflito onde a sua escalada aumenta as tensões vividas, podendo levar à cristalização das posições e, conseqüentemente, colocar em causa a viabilização de um processo de mediação³⁸.

A mediação não visa apenas o apoio à realização da justiça, desde logo, por esta comportar uma vertente pedagógica enquanto sistema para ensinar os cidadãos de forma pacífica a resolverem os seus conflitos pelos seus próprios meios, através do diálogo e da negociação, pois baseia-se na ideia de que a responsabilidade de resolver a contenda é dos próprios contendores, e não tanto para que os poderes públicos se subtraíam da sua responsabilidade de alcançar a paz social, mas de devolver aos cidadãos a competência na gestão dos seus próprios assuntos. Enquanto as sociedades mais atrasadas se caracterizam pelo uso da força ou pela delegação ao poder público para resolver os seus conflitos, evitando qualquer responsabilidade na matéria, uma sociedade avançada caracteriza-se por ter indivíduos capazes de resolver os seus diferendos de forma pacífica, porque ninguém melhor do que estes sabe o problema que os afeta e a forma como terminar com ele; é por

35 A mediação prima por um ambiente informal e consensual, longe da atmosfera pesada e opositiva dos tribunais judiciais, contando com o mediador que não julga, não toma partidos, nem representa as partes.

36 Cfr. Monteiro e Cunha, *Gestão de Conflitos na Família*, 135.

37 *Idem*, 131.

38 Com efeito, se as partes já cristalizaram as suas posições no conflito ao ponto de ser impossível resgatar o diálogo, fica inquinada a viabilidade de um processo de mediação, uma vez que o seu *core* é precisamente o diálogo entre os envolvidos.

isso que a mediação é uma forma extraordinária de educar as pessoas para serem cidadãos³⁹.

Nesse sentido, com o recurso à mediação, não só se promove oportunidades educacionais para a pessoa idosa e para o seu ambiente social e familiar, como se alcança a gestão das emoções, das dinâmicas de conflitualidade e das tensões entre os membros envolvidos, ajudando os idosos a tornarem-se hábeis no desenlace ou prevenção dos seus conflitos. É, pois, uma clara oportunidade de remir o seu bem-estar, segurança e uma interação familiar harmoniosa, inclusive, para gerações futuras.

Chegados a este ponto do nosso estudo, questionamos: no atual estado de direito, quantos conflitos envolvendo um idoso poderiam ser levados a tribunal, mas não o são? Quantos desses conflitos poderiam ser endereçados à mediação familiar?

De facto, a pessoa idosa visada no conflito até poderá tentar resolvê-lo diretamente com a contraparte, mas caso não alcance êxito nessa pretensão, forte é a probabilidade de que não requeira a intervenção de uma entidade neutra para autonomamente impor uma solução. Isto porque o idoso poderá resignar-se, considerar os factos não merecedores de tutela jurídica – ainda existe a crença nos cidadãos de idade avançada de que a família e o direito são duas realidades que não se misturam, rejeitando-se, assim, a ideia de avocar os tribunais aos conflitos familiares –, ou, numa situação geral de dependência e de insegurança, nutrir o receio de represálias se recorrer aos tribunais.

Entendemos que a mediação familiar poderá criar um escudo excludente contra a inércia ou acomodação do idoso em resolver a sua contenda. Se à primeira vista o idoso concebe a via judicial como inacessível, demorada, economicamente inviável, estigmatizante e emocionalmente penalizadora; no anverso, poderá ver na mediação familiar um processo restaurativo, conservador das relações interpessoais entre as partes, célere, de custos reduzidos (sem necessidade de constituir mandatário, embora preconizemos a sua constituição) e exequível num ambiente informal e consensual. A contraparte, por seu turno, quando não seja esta a propor a mediação familiar, usualmente reage com maior receptividade a uma alternativa de

39 Cfr. Juan Francisco Mejías Gómez, *La mediación como forma de tutela judicial efetiva* (Madrid: El Derecho Y Quantor SL, 2009), 37.

autocomposição do litígio, face à heterocomposição e litigância da via tradicional.

A nosso ver, a mediação familiar é tanto instrumento ou meio, como condição necessária e suficiente para a concretização do acesso ao direito e à justiça, e é-o, essencialmente, porque configura um procedimento que aproxima a justiça dos cidadãos – as suas características são suscetíveis de alimentar uma maior procura de tutela jurídica por parte daqueles que declinam os tribunais e acabam por não reagir perante situações que lesam os seus direitos e/ou geram desconforto. Todavia, chamamos à colação o princípio da voluntariedade (artigo 4.º da Lei da Mediação), para sublinhar que todos os envolvidos devem prestar o seu consentimento para iniciar um processo de mediação, que, por sua vez, pode ser revogado durante o processo.

6. O PAPEL DO MEDIADOR

O mediador é quem dá corpo à alma da mediação. Este é um terceiro independente, neutro e imparcial que auxilia os mediados na busca de um consenso, tentando restaurar a comunicação e o diálogo; é um “agente catalisador”⁴⁰ que contribui para a manutenção e restituição da paz social.

Nessa senda, o mediador garante a fluidez de discussões que ajudem a pessoa idosa e a sua família, criando um espaço privado, seguro e voluntário, onde todos são ouvidos, têm espaço e voz, de modo que os mediados expressem os seus interesses e as suas preocupações e, no caso de se lograr qualquer acordo, se sintam envolvidos na sua formação e o honrem.

Processos de mediação familiar envolvendo a terceira e quarta idade poderão ser particularmente desafiantes para o mediador, exigindo uma sensibilidade acrescida e conhecimentos sobre o processo de envelhecimento e das situações que possam colocar em risco a segurança e saúde da pessoa idosa. Com frequência, paira sobre o idoso e o seu núcleo familiar um manto sombrio que oculta diversos tipos de abuso⁴¹, os quais numa primeira análise

40 Cfr. Cruz, *A mediação* (2018), 65.

41 Note-se que entre 2013 e 2018, a APAV registou um total de 6878 processos de apoio a pessoas idosas, em que 5482 foram vítimas de crime e de violência, tendo sido identificado um total de 12 815

poderão não ser perceptíveis, demandando ao mediador um olhar especialmente atento, de modo que, numa fase inicial, consiga averiguar da exequibilidade e adequação da mediação e, no decurso do processo, cesse a mediação quando as circunstâncias o justifiquem⁴² (a par da quebra do princípio da confidencialidade em situações de abuso – artigo 5.º da Lei da Mediação).

Para além desta filtragem e cautela casuística, haverá que averiguar eventuais vícios da vontade⁴³ e de que modo os intervenientes, mormente o idoso, reúnem uma vontade livre, esclarecida e ponderada, bem como plena consciência dos efeitos que eventuais acordos produzirão na sua esfera jurídica⁴⁴.

Este é deveras um terreno movediço na mediação, porém fértil à criatividade do mediador. Desde logo, pelo uso da faculdade de suscitar a intervenção de técnicos/peritos e profissionais que lidem quotidianamente com o idoso (como psicólogos e outros técnicos especializados), bem como familiares ou conviventes, visto que a intervenção destes terceiros poderá ser útil no dissipar de dúvidas e prestação de esclarecimentos quanto a questões que dificultam a resolução do diferendo – imagine-se o contributo de profissionais da

factos criminosos. O número de autores/as de crime contabilizados/as no mesmo período ultrapassou o número de vítimas, ascendendo aos 5754, significando que existem pessoas idosas que são vitimadas por vários/as agressores/as simultaneamente. Para mais detalhes veja-se “Estatísticas APAV – Pessoas Idosas Vítimas de Crime e de Violência 2013-2018”, acesso em 02 de junho de 2023, https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/FI_VCPI_2020.pdf.

42 Lamentavelmente, existe um leque bastante vasto de conflitos que brotam com o envelhecimento, conflitos esses que podem escalar até à violência. Lançar mão de um processo de mediação será mais virtuoso na vigência de um conflito que se encontra isento de violência, uma vez que as famílias contagiadas pelo conflito de longa duração e/ou violência estarão menos disponíveis para prestarem apoio e cuidados aos seus membros mais velhos ou com qualquer incapacidade funcional ou cognitiva. Estas famílias, muitas das vezes, estão enroladas numa enorme teia de tensões e traumas intergeracionais que se torna mais enleada na velhice de um dos seus integrantes, intensificando-se as tensões e o stress entre os cuidadores e o idoso. Nesse sentido, *é exigido compreender como é que as famílias dirimem as suas contendas e em que medida estas podem ser sujeitas a mediação de forma a não sujeitarem os membros mais velhos a situações de perigo*. Há uma panóplia de fatores que expõem os idosos a um risco acrescido de violência, sendo de destacar: a dependência da pessoa idosa dos cuidadores, incapacidade funcional ou cognitiva do idoso, adição dos agressores, o isolamento, a pobreza e a exclusão social. Ao lado destes fatores, temos também as formas mais comuns de abuso praticadas pelos familiares ao idoso, onde se salienta: o abuso físico, psicológico, verbal, emocional, sexual, financeiro e a negligência. O mediador familiar é o baluarte da mediação e dos seus princípios, dada a moldura umbrosa que pode perseguir os idosos, é inegável que o mediador irá defrontar um campo da mediação que *exigirá um especial aguçar das suas capacidades e habilidades, imperando uma especial sensibilidade que permita assegurar da possibilidade ou cessão da mediação em prol do bem-estar e segurança dos mediados*.

43 Artigos 240.º a 257.º do CC.

44 Competindo, todavia, aos mandatários (Advogados ou Solicitadores) dos mediados a função de elucidar os mesmos quanto às consequências jurídicas dos acordos.

área da saúde no entendimento da melhor solução no que concerne a cuidados a prestar ao idoso no caso de diferendo entre pais-filhos e/ou filhos-filhos na escolha desses cuidados. A prerrogativa de poder lançar mão do recurso à mediação, enquanto mecanismo que irá alicerçar e muscular a mediação, sobretudo em casos de heranças e partilhas (quer em vida, quer *mortis causa*) com múltiplos intervenientes – aqui o mediador poderá coligar-se a outros mediadores permitindo, com maior fluidez e destreza, identificar os focos de tensão, as fraquezas e as forças da família e colocar os mediados a comunicar. E em casos que tanto por intempestividade da mediação *online*, como por questões de saúde ou debilidade física do idoso, o mediador tenha de ir ao encontro deste e dos restantes mediados, coloca-se a necessidade de o mediador, com os recursos de que dispõe, criar um ambiente que estimule sinergia e confiança (*e.g.* iluminação, disposição de mesas e cadeiras, quadro-branco, água, etc.).

7. O REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO E A REPRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA: ALGUMAS PEÇAS DO PUZZLE

Para nós, será indispensável analisar o impacto do regime do maior acompanhado⁴⁵ e da representação voluntária⁴⁶ na mediação familiar (embora não se trate de um problema exclusivo da idade avançada, analisaremos aqui a questão centrando-nos na mesma), cumprindo, dessa forma, descortinar aquelas que consideramos ser as principais potencialidades e vicissitudes destes regimes na mediação, não sendo, porém, esta a sede para analisar estes institutos jurídicos *per si*.

Começaremos desde logo com a seguinte questão: será possível, nos bastiões da mediação familiar, a elaboração de um acordo da génese do regime do maior acompanhado (sem efetivamente instaurar este instituto)? No nosso entender, tamanha interrogação merece parecer afirmativo; com efeito “(...) a mediação consiste justamente em dar uma oportunidade de mudança nas famílias, muitas vezes descartando as soluções habituais e estereotipadas

45 Instituto previsto nos artigos 138.º e seguintes do CC.

46 Artigos 262.º e seguintes do CC.

(...)”⁴⁷. Mas, para uma resposta fundada, cumpre aferir se a temática em apreço é aprovada no “teste da mediabilidade”, isso implica saber, fundamentalmente, se: (i) o assunto pode ser objeto de mediação familiar; (ii) as partes têm capacidade para a eventual celebração de um acordo; (iii) a produção de um acordo respeita os princípios gerais de direito e da boa fé, não podendo o mesmo patrocinar um abuso do direito ou violação da ordem pública. Ora vejamos.

Relativamente ao primeiro requisito – saber se o assunto é passível de mediação familiar –, nos termos do artigo 140.º do CC, o acompanhamento permite assegurar ao beneficiário o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, *existindo situações que afastam o acompanhamento quando o objetivo deste já se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam* (como é o caso dos cônjuges⁴⁸ e de pais e filhos⁴⁹), tratando-se, pois, de uma medida supletiva⁵⁰. O princípio da subsidiariedade crismado no n.º 2 do artigo 140.º do CC visa a adoção de meios menos formais, de carácter menos intrusivo, em detrimento das medidas de carácter institucional, quer tais meios sejam produto da autodeterminação, quer resultado da intervenção de terceiros⁵¹. Os deveres de cooperação e assistência entre familiares são direitos/deveres que estão ao alcance da livre conformação pelas partes, podendo estas negociar relativamente ao seu modo, tempo e lugar sem ter de

47 Cfr. Cruz, *Mediação Familiar* (2011), 185.

48 O artigo 1672.º do CC diz-nos que *os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência*. Já o artigo 1674.º do CC adianta que *o dever de cooperação importa para os cônjuges a obrigação de socorro e auxílio mútuos e a de assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram*.

49 O artigo 1874.º, n.º 1 do CC estabelece que *pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência*, aludindo o n.º 2 do mesmo preceito que *o dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar*. A este respeito, Jorge Duarte Pinheiro, indica que “(...) os deveres paternofiliais perduram ao longo de toda a relação de filiação, não cessando com a maioridade ou a emancipação do filho. Contudo, a sua projeção não é uniforme. Estão ‘encobertos’ durante a menoridade do filho pelas responsabilidades parentais. Evidenciam-se na altura da ‘segunda adolescência’. Perdem intensidade quando o filho sai de casa dos pais para organizar a sua própria vida de um modo independente. E ressurgem, com força, sobretudo ao serviço dos pais, quando estes envelhecem.” – Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo* (Lisboa: AAFDL Editora, 2018), 205.

50 Cfr. Ac. Rel. Lisboa, de 07-10-2021, P.º 1562/19.4T8CSC.L1-6, disponível em www.dgsi.pt.

51 Cfr. Ana Prata (coord.), *Código Civil Anotado, Vol. I — Artigos 1.º a 1250.º* (Coimbra: Livraria Almedina, 2019), 172.

recorrer, imperativamente, a uma instância judicial. Pese embora a alínea h) do artigo 4.º do Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro se refira à *prestação de alimentos e outros cuidados aos ascendentes pelos seus descendentes na linha reta*, a natureza não taxativa do artigo *in concreto* estende a alínea h) a outros familiares vinculados a esses deveres⁵²; da mesma forma que reconhece ao SMF competência material para atuar no âmbito dos deveres jus-familiares inscritos no Direito da Família.

Sendo o acordo de mediação um negócio jurídico, os intervenientes devem possuir capacidade para a sua celebração e reunir condições para exprimir uma vontade livre, esclarecida e ponderada. Só assim se supera o segundo requisito que supra adiantámos.

Indo ao encontro do terceiro requisito – enquadramento legal do acordo –, o mediador deverá adotar especial cautela, pois se a pretensão dos mediados envolver direitos indisponíveis ou relativamente indisponíveis, quer pela imperatividade resultante da lei, como pelos critérios mínimos e princípios⁵³ que terão de ser acautelados no que concerne ao teor do acordo⁵⁴, este deverá

52 No conceito de familiares, integramos os unidos de facto. Estes podem, num contrato de coabitación, clausular um direito a alimentos. A par dessa contratualização ou não, se os unidos de facto organizam a sua vida familiar em torno de uma união de facto, da sua manutenção extrai-se que estejam dispostos a cuidar um do outro. Assim, defendemos que estes possam ser parte num processo de mediação familiar que tenha como escopo o estímulo da coesão familiar *de forma a garantir a subsidiariedade do instituto do maior acompanhado relativamente a um ou ambos os membros dessa união*. Aliás, cremos que a nossa posição está em consonância com o próprio regime do maior acompanhado, quando na alínea b) do n.º 2 do artigo 143.º do CC reconhece o unido de facto como uma das pessoas cuja designação como acompanhante melhor salvaguarda o interesse imperioso do beneficiário. Na doutrina, António Menezes Cordeiro entende que a regra da supletividade ínsita no n.º 2 do artigo 140.º do CC tem em vista “(...) em primeira linha, os artigos 1674.º e 1675.º do Código Civil; mas admite-se que eles possam resultar de outra fonte; seria ideal que estivessem em causa as situações das pessoas que vivam em economia comum (Lei nº 6/2001, de 11 de maio) e em união de facto (Lei nº 7/2001, de 11 de maio); infelizmente, os competentes regimes não consagram expressamente os deveres de cooperação e assistência, *embora se chegue lá pela boa-fé (destaque nosso)*” – cfr. António Menezes Cordeiro, “Da situação jurídica do maior acompanhado - Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, 119, acesso em 17 de novembro de 2023, http://www.smmpt.pt/wp-content/uploads/Estudo_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf.

53 Acreditamos que deverão ser respeitados os princípios subjacentes ao acompanhamento que conferem o bem-estar e autodeterminação do idoso, nomeadamente o “imperioso interesse” (artigo 143.º, n.º 2 do CC.), que, segundo o Supremo Tribunal de Justiça, deverão ser interpretados à luz do teor da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – cfr. Ac. STJ, de 19-01-2023, P.º 4060/19.2T8LRS.L1.S1, in www.dgsi.pt.

54 De modo a preservar direitos de personalidade, humanos e constitucionais, hipotéticas restrições, de qualquer cariz, deverão limitar-se ao necessário (artigo 145.º, n.º 1 do CC.).

alertar as partes da sua improcedência e, se necessário, encaminhar as partes para o processo judicial de acompanhamento. O mediador só deverá permitir a feitura de qualquer acordo se o bem-estar, recuperação, pleno exercício de direitos e cumprimento de deveres do “beneficiário” puder ser acautelado com o recurso aos deveres de proteção e de acompanhamento próprios de qualquer situação familiar^{55/56}. Para isso, pode (e deve) suscitar a intervenção de técnicos/peritos e profissionais responsáveis por emitir um parecer que ateste a solução do acordo enquanto adequada o suficiente para acautelar o visado.

Concebemos, assim, a mediação familiar como uma porta aberta para soluções que promovam a autonomia, reconhecendo-se o papel autorregulador das famílias e a sua aptidão para dar resposta às necessidades especiais do membro mais vulnerável.

Não é difícil conceber que, se uma família se encontrar desavinda, a sua solidariedade (moral e legal) mostrar-se-á menos disponível para fazer face às necessidades do idoso. Ora, o entrosamento da mediação familiar com questões eminentemente emocionais poderá resgatar a solidariedade familiar e, conseqüentemente, resgatar os deveres familiares⁵⁷, fazendo destes um refúgio de bem-estar e autonomia do idoso. Isto é, escudar o idoso num

55 “(...) estes deveres gerais de cooperação e assistência constituem medidas informais de acompanhamento e, por isso, subtraídas à decisão judicial. Mas constituem verdadeiras medidas de apoio e, como tal, também neste caso a vontade e as preferências da pessoa devem ser respeitadas (...). Por outro lado, na análise da necessidade, ou não, de medida de acompanhamento judicialmente decretada, deve ser ponderado com muita cautela se, ainda que se verifiquem em abstrato os deveres de cooperação e assistência, o maior é devida e efetivamente assistido, estando assegurado o seu bem-estar, a sua recuperação, assim como o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres.” – cfr. Margarida Paz, “Maior Acompanhado – Lei nº 49/2018, de 14 de agosto,” in *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado* (Lisboa: Centro de Estudos Judiciários – Coleção Formação Contínua, 2019), 119.

56 “A medida de acompanhamento de maior só é decretada se estiverem preenchidas duas condições: – uma positiva (princípio de necessidade): tem de haver justificação para decretar o acompanhamento do maior e uma das medidas enumeradas no Art.º 145, n.º 2 do C.C., sendo que, na dúvida, não é decretada nenhuma medida de acompanhamento; – uma negativa (princípio de subsidiariedade): a medida de acompanhamento é subsidiária perante deveres gerais de cooperação e assistência, nomeadamente de âmbito familiar (Art. 140.º, n.º 2, C.C.), não devendo o tribunal decretar essa medida se estes deveres forem suficientes para acautelar as necessidades do maior.” – cfr. Ac. Rel. Lisboa, de 04-02-2020, P.º 3974/17.9T8FNC.L1-7, in www.dgsi.pt.

57 Para mais desenvolvimentos sobre os deveres familiares de auxílio aos idosos, vide Paula Távora Vítor, “O dever de cuidar dos mais velhos”, *Separata de Lex Familiae, Revista de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10 (Coimbra: Coimbra Editora, 2008), 46 e ss.

núcleo familiar unido, em prol do seu bem-estar, onde os deveres familiares asseguram o objetivo do acompanhamento, é, em grande medida, promover a capacidade das partes no apuramento da melhor solução para as suas necessidades, enaltecendo o seu poder e confiança (*empowerment*).

O ingresso num processo de mediação familiar também poderá ser virtuoso nos casos em que, efetivamente, é necessário recorrer a um processo judicial de acompanhamento. Num cenário desta natureza, as próprias partes formulam e estabelecem *ab initio*, em sede de mediação, todos os contornos subjacentes ao acompanhamento, assente na participação e consenso de todos os envolvidos, para posterior apresentação ao tribunal como proposta de acompanhamento⁵⁸. Com efeito, o desiderato é o de alcançar um ponto de equilíbrio entre os interesses dos mediados, de modo a que seja possível, relativamente ao futuro acompanhado: (a) realizar uma listagem das suas necessidades básicas, destriçando aquelas que está apto a realizar, daquelas outras em que denota algumas limitações; (b) estabelecer as prioridades de intervenção; (c) elencar os recursos pessoais e patrimoniais disponíveis; (d) avaliar as alternativas de intervenção não jurisdicionais existentes; (e) respeitar os desejos e vontades manifestados pela pessoa a ser acompanhada⁵⁹.

Esta via permite que numa fase embrionária do acompanhamento se sanem eventuais conflitos entre o idoso e os seus familiares, garantindo um pacífico acesso no processo judicial. Dada a vertente pedagógica da mediação, aliada ao empoderamento dos mediados, estes sentir-se-ão capazes de colocar termo a um futuro dissídio, ou então, privilegiarão a mediação para o seu desenlace, uma vez que esta já consta no seu leque de opções.

Ora, é certo que este aspeto demanda o conhecimento de alguns limites e exigências legais do plano jurídico do regime do maior acompanhado por parte do mediador, o que poderá não acontecer, pese embora a multidisciplinariedade deste. Assim sendo, é imperiosa a intervenção de Advogados e Solicitadores responsáveis pelo aconselhamento jurídico dos mediados e pela

58 Sem prejuízo do tribunal poder contrariar o estabelecido pelas partes, por força do artigo 145.º do CC. Todavia, se as partes trabalharam ativamente para o desfecho alcançado e estão satisfeitas com o seu acordo (que não viola direitos indisponíveis nem normas imperativas), não será o desmantelamento jurídico deste que irá impelir as partes de o honrarem, pois, na verdade, é fruto do consenso (excluindo-se, obviamente, o que apenas opera em virtude da lei, como é o caso de disposições patrimoniais).

59 Cfr. Ac. Rel. Porto, de 26-09-2019, P.º 13569/17.1T8PRT.P1, em www.dgsi.pt.

revisão do acordo de uma perspetiva legal, de modo a blindar todo o processo de mediação contra a carência do plano jurídico.

Situação diversa é aquela em que os familiares e/ou o idoso pretendem dar início a um processo judicial com vista ao acompanhamento, recorrendo *a priori* à mediação com o único intuito de escolherem o acompanhante, um cenário suscetível de gerar conflitos e dificuldades várias. Nessa senda, o recurso à mediação ajudará o idoso e a sua família na harmonização da escolha do acompanhante que melhor sirva os interesses do acompanhado e que permita a todos os envolvidos garantir a operacionalização desde regime de forma serena e coesa; sem prejuízo desta escolha não revestir carácter vinculativo, atendendo à supremacia do tribunal que prevalece face à vontade do acompanhado⁶⁰.

Naturalmente, constrangimentos em torno da figura do acompanhante também acontecem após a decretação do acompanhamento⁶¹. Não seria de estranhar uma previsão no nosso Código Civil acerca da possibilidade de se recorrer à mediação familiar nos casos em que se enfrentam disputas entre familiares quanto ao exercício do cargo, o que não significa, porém, que a sua ausência o impeça, mas a sua previsão num diploma de tamanha importância permitiria que as partes, e até o próprio tribunal, pudessem suscitar

60 *Vide* artigo 143.º do CC.

61 Na jurisprudência encontramos diversas contendas nesse sentido, veja-se: Ac. Rel. Guimarães, de 02-06-2022, P.º 45/21.7T8VLN.G1; Ac. STJ, de 10-03-2022, P.º 2076/16.0T8CSC.L2.S1 – “Evidenciando os autos que a requerida *não tem bom relacionamento com a requerente, sua mãe* (sublinhado nosso), e que sempre se opôs a que esta fosse nomeada sua acompanhante, tanto basta para afastar essa nomeação, pois isso implicaria não só uma violação injustificada da vontade da acompanhada como constituiria uma ofensa à sua dignidade humana e à sua autonomia.”; Ac. Rel. Coimbra, de 03-11-2020, P.º 156/19.9T8OHP.C1 – “Tendo o Requerido declarado na contestação, através do defensor nomeado, que *não tem bom relacionamento com a Requerente, sua esposa* (sublinhado nosso), a qual pretende ser nomeada sua acompanhante, e que não quer que ela seja nomeada para esse cargo, tal declaração é, em regra, suficiente para impedir que essa pessoa seja nomeada acompanhante.”; Ac. Rel. Lisboa, de 07-10-2021, P.º 1562/19.4T8CSC.L1-6 – “*Por fim, é clara a existência de quezília entre as partes (filha e companheira do beneficiário) e eventual interesse pelos bens patrimoniais do requerente sendo impossível aferir, do ponto de vista médico-legal, quem terá em mente o melhor interesse do beneficiário* (sublinhado nosso), e Ac. Rel. Guimarães, de 17-09-2020, P.º 315/18.1T8MAC.G – “O Tribunal *a quo* quis sobretudo harmonizar e conciliar os interesses entre os irmãos que se encontram de relações cortadas, ao invés de pensar essencialmente no que seria melhor, e mais adequado, à defesa dos interesses da beneficiária, os únicos que verdadeiramente deveriam estar em jogo.”, “Reconhecendo a sentença *existir contenda entre irmãos, considerando a existência de desentendimentos, sabendo que os mesmos se encontram desavindos e que existe, afinal, corte de relações entre ambos* (sublinhado nosso), como a sentença reconhece e declara, é perfeitamente antagónico, e contraditório, concluir-se, (...), que se afigura ‘como desejável estabelecer um regime de acompanhamento repartido’”, todos acessíveis em www.dgsi.pt.

a mediação ao caso. Dirimir um conflito desta natureza no respaldo de um crivo heterocompositivo é dirimi-lo sobre um eclipse ao nível emocional do conflito, que à luz de uma decisão poderá assumir contornos lancinantes, toldando, por vezes de forma inultrapassável, qualquer forma de comunicação. Será um cenário desta natureza complacente para o acompanhado, numa fase da sua vida onde a união e a entreatada familiar podem marcar a diferença?

Vejam, a título de exemplo, a situação vertida num Acórdão da Relação de Lisboa⁶², onde consta que os dois descendentes do acompanhado só descobriram, após um ano, que este fora sujeito a um processo de acompanhamento e que foi nomeada como acompanhante o seu cônjuge. Todo o processo aconteceu à margem dos descendentes por força de animosidades familiares, o que, após a descoberta, os levou a peticionar a sua constituição como acompanhantes ou a integração no conselho de família, pretensões que viram negadas – “Na verdade, face ao que é a experiência comum, a nomeação simultânea dos requerentes e da mulher do beneficiário como acompanhantes, *poderia até potenciar e agravar o antagonismo que a dedução do presente incidente já patenteia* (sublinhado nosso). Isto sem esquecer que a nomeação dos requerentes, como acompanhantes ou membros do conselho para a gestão ou supervisão da gestão de assuntos de natureza patrimonial do beneficiário apenas daria primazia às preocupações de ordem patrimonial daqueles”⁶³.

É certo que a relação entre estes familiares já não era a desejável, especialmente para o acompanhado. Note-se que a acompanhante nem sempre permitia um qualquer momento de privacidade entre o acompanhado e os seus filhos, fazendo questão de procurar assistir a todos e quaisquer diálogos que os filhos procurassem estabelecer com o acompanhado. Como supramencionado, o tribunal almejou não agravar o dissídio existente, não nomeando para o efeito, os filhos como acompanhantes. Ainda assim questionamos: como ficou afetada a esfera familiar do acompanhado após esta decisão e de que modo isso tem reflexos no seu bem-estar? Não haverá um aumento da tensão entre os descendentes e o cônjuge do beneficiário patrocinado pela

62 Ac. Rel. Lisboa, de 27-10-2022, P.º 1121/20.9T8CSC-A.L1-8, em www.dgsi.pt.

63 *Idem*.

decisão em apreço? De facto, se as posições das partes já não se cristalizaram, nada as impede de se submeterem a um processo de mediação familiar. Nesse processo, com a assistência de um mediador familiar, as partes procurariam tanto restaurar/amainar a conflituosidade – em seu proveito e do acompanhado –, como chegar a um acordo sobre a constituição dos filhos do acompanhado enquanto acompanhantes ou a sua integração no conselho de família. Formulado um acordo nesse sentido, este seria remetido ao tribunal, o qual decidiria pela viabilidade de carrear para o processo de acompanhamento o seu conteúdo, atendendo, sobretudo, ao imperioso interesse do beneficiário – uma vez instaurado um processo de acompanhamento, o juiz é o seu baluarte, o que significa que *as partes não detêm a prerrogativa de conformar autónoma e livremente as decisões a serem tomadas no seu âmbito*⁶⁴. O recurso à mediação familiar também poderia ser prévio à subsunção da contenta em juízo ou durante o próprio processo judicial, ficando sempre *à consideração do tribunal* imiscuir no processo de acompanhamento um eventual acordo ou parte dele.

Atentemos ainda a uma outra factualidade plasmada num Acórdão da Relação de Guimarães⁶⁵ – “Verifica-se que a beneficiária tem cinco filhos. Todos os filhos se recusaram a exercer as funções de acompanhantes. Fizem-no quer por escrito, quer nas declarações que prestaram no tribunal *a quo*. A filha M. C. declarou que, atualmente, devido à sua situação de saúde, não tem possibilidade de assumir sozinha o cargo de acompanhante. Está de acordo que sejam nomeados vários acompanhantes, ou que se institua acompanhamento em regime rotativo ou até que outro irmão assumira o cargo de acompanhante. No entanto, ela própria, sozinha, não consegue neste momento desempenhar tal cargo. As filhas A. C. e T. M., ora recorrentes, declararam que têm problemas de saúde e que não têm disponibilidade para exercer o cargo de acompanhante. Os filhos J. C. e H. J. também não revelaram disponibilidade para assumirem sozinhos o referido cargo

64 Caso o tribunal não atenda ao conteúdo do acordo, nem por isso as partes empregam esforços na mediação familiar “desnecessariamente”. O estímulo do diálogo e dos laços que unem os membros de uma família que a mediação catalisa, perdura mesmo que a ordem jurídica não reconheça um acordo dos envolvidos. Indubitavelmente, será deveras diferente para o beneficiário enfrentar um momento desta delicadeza em união e harmonia familiar, do que na presença de uma família incompatibilizada.

65 Ac. Rel. Guimarães, de 20-01-2022, P.º 215/20.5T8EPS.G1, em www.dgsi.pt.

de acompanhante. *Assim, três dos filhos da beneficiária apenas se manifestaram indisponíveis para exercer o cargo de forma exclusiva, ao passo que as ora recorrentes se manifestaram indisponíveis de forma absoluta* (sublinhado nosso).” É de notar ainda que, no que concerne às diligências atinentes à escolha do acompanhante as mesmas decorreram *desde dezembro de 2020 até outubro de 2021, ou seja, cerca de dez meses*. Dessa forma, o tribunal decidiu que “Numa situação em que todos os cinco filhos da beneficiária manifestam indisponibilidade para exercer o cargo de acompanhante, o qual se resume a assuntos de natureza patrimonial e burocrática, visto a beneficiária estar a residir num Lar e a generalidade das suas despesas ser paga por débito direto em conta bancária, *justifica-se a nomeação de todos os filhos como acompanhantes, em regime de rotatividade, por períodos temporais de seis meses* (destaque nosso), por ser a que melhor salvaguarda o imperioso interesse da beneficiária.”

Os factos apontados levam-nos a considerar de que forma a falta de solidariedade familiar evidenciada será benéfica para a acompanhada. Mais, que estima e zelo terão os acompanhantes pelo desempenho de um cargo imposto, quando estes o recusaram veemente? Segundo o ares-to, estes cinco irmãos não nutrem uma relação de proximidade, sendo a comunicação entre os mesmos deficitária. Ora, a ser assim e tendo sido imposto um regime de rotatividade, por períodos temporais de seis meses, temos sérias dúvidas acerca de uma cooperação salutar entre estes irmãos em prol da beneficiária. Se a cada seis meses temos um dos cinco irmãos a desempenhar o papel de acompanhante, o acompanhante que “passa o testemunho” deverá transmitir todas as informações e preocupações relativas à beneficiária (sem prejuízo de o dever fazer no decurso do seu “turno”), o que pressupõe uma comunicação sadia entre todos os envolvidos. Talvez se as partes, consensualmente e com o apoio de um mediador, lograssem um acordo, o honrassem com zelo e o tornassem efetivo. Abrigar esta mãe e os seus cinco filhos no colo da mediação, quiçá, permitisse uma solução amigável, mais vinculativa do que uma decisão imposta por um terceiro com poder para tal. Com a defesa da mediação familiar no caso *sub judice* – e na generalidade dos processos de acompanhamento – não queremos ajuizar por uma dispensa *in toto* do tribunal, mas por

uma *complementaridade*. Atendendo ao cânone restaurativo/preservador das relações familiares que norteia a mediação familiar, antes de se rubricar uma família com o cunho heterocompositivo de uma decisão judicial, à luz do artigo 273.º, n.º 1 do Código de Processo Civil⁶⁶, os seus membros podem ser convidados a dirimir a querela na alçada da mediação. No caso em análise, a mediação familiar não visaria “decidir” o acompanhamento *per si*, mas tão-só: (i) auxiliar o tribunal, ao desbloquear com celeridade uma contenda fundamental no processo – a escolha do(s) acompanhante(s)⁶⁷; (ii) dar espaço e oportunidade aos cinco irmãos de estimular o cimento socioafetivo que os une e formular um acordo que os satisfaça. Obtido um acordo, o tribunal decidiria pela sua vinculação ao processo de acompanhamento ou não.

Em sequência das questões consideradas supra, surge a representação voluntária, onde também nascem preocupações e precauções a ter em conta. É sabido que frequentemente a pessoa idosa celebra procurações revestidas de alcance pessoal e patrimonial com familiares ou outras pessoas (sendo variados os critérios para a escolha do procurador), visando suprir, de algum modo, incapacidades que esta reconheça ou que a sua família perspetive como o meio mais adequado a salvaguardar os seus interesses. Contudo, o uso destas procurações por parte de familiares ou outras pessoas pode constituir uma inesgotável fonte de abusos, que ficam sem controlo quando o próprio autor da procuração deixa de estar

66 *Em qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa.*

67 Relembramos que, por conta do antagonismo, foi necessária uma dilação temporal *de cerca de dez meses* para que o tribunal determinasse os cinco filhos como acompanhantes. Já em sede de mediação familiar, “(...) ainda que o DN 13/2018 efetivamente não tenha previsto uma duração máxima para os procedimentos de mediação desenvolvidos no contexto do SMF, importa ter em consideração, para efeitos da duração máxima do procedimento, que nos casos em que o procedimento de mediação tenha lugar na pendência de um processo judicial, seja com iniciativa na autoridade judiciária ou das partes, a duração do procedimento de mediação não poderá comprometer o prazo fixado ou aplicável supletivamente para a suspensão da instância e que será, *no máximo, de 3 meses* (destaque nosso) [cf. disposições conjugadas da alínea c) do n.º 1 do artigo 269.º; n.º 2 do artigo 272.º e 273.º do Código de Processo Civil (...)], cfr. Marta Lobo San-Bento, “O sistema de mediação familiar à luz da lei da mediação, do seu ato regulatório e da prática”, in *A Lei da Mediação de Conflitos: Estudos sobre a sua aplicação* (Coimbra: Livraria Almedina, 2023), 232.

em condições de a revogar⁶⁸. Assim, são arquitetadas duas situações (pelo menos) que merecem a nossa atenção: os cuidados do mediador perante tais procurações e a hipótese de um processo de mediação em que o idoso seja representado por procurador.

De facto, o artigo 18.º da Lei da Mediação prevê no seu n.º 1 a possibilidade de os mediados se fazerem representar. Com efeito, à semelhança de outros autores⁶⁹, discordamos e desaconselhamos o uso de tal faculdade, especialmente sendo um idoso o representado; *o carácter pessoalíssimo da mediação familiar deverá prevalecer, este é mister para alcançar o desiderato de um processo de mediação.*

Destarte, caso um idoso se apresente como mediado, representado através de outrem investido de uma procuração com poderes bastantes para o efeito, exige-se particular cautela do mediador, pois, como evidenciámos, tal procuração poderá vigorar pese embora o idoso não a tenha revogado por deixar de reunir as condições para o efeito. Nessa senda, o mediador deverá suscitar a presença do idoso, de modo a aferir da sua vontade, como também, para devolver ao idoso capacidade decisória e empoderá-lo, na medida em que se sentirá envolvido nas decisões que lhe dizem respeito. Em casos de inflexibilidade e recusa injustificada quanto à presença do idoso, a mediação familiar não será aconselhável⁷⁰, pois poderá até ser um meio de perpetuar eventuais abusos que se concretizem ao abrigo de tal representação. A presença do idoso deverá ser sempre privilegiada, atendendo ao seu estado (físico e cognitivo) e ao grau de conflituosidade entre os familiares⁷¹ casuisticamente apurados.

68 Cfr. Faria, *Os Crimes*, 62.

69 Vide Dulce Lopes e Afonso Patrão, *Lei da Mediação Comentada* (Coimbra: Livraria Almedina, 2021), 120-121; Cruz, *A mediação* (2018), 66, e Fernando Martín Díz, “Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 2 (2014), 9.

70 Se houver indícios para tal, o mediador deverá quebrar o princípio da confidencialidade e o sigilo profissional para denunciar a situação.

71 Caso o conflito em torno dos familiares seja exacerbado numa fase inicial da mediação, em fases mais adiantadas da mediação é esperado um amainar da conflituosidade sendo um momento propício à intervenção do idoso, de modo a salvaguardá-lo da exposição a intensa conflituosidade.

PARTE II

1. AUTONOMIA PRIVADA E PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA: UM VISLUMBRE QUIMÉRICO?

Na segunda parte do nosso estudo procuraremos, com alguma brevidade, traçar algumas linhas de reflexão a respeito do papel da autonomia privada na proteção da pessoa idosa. Para isso, num primeiro momento, seremos guiados pelas seguintes questões: *(i)* existirá no nosso ordenamento juscivilista um negócio jurídico que vise a prestação de cuidado e auxílio a outrem? *(ii)* na sua ausência, as figuras contratuais atualmente tipificadas no nosso Código Civil podem servir esse desígnio? *(iii)* haverá necessidade de tipificar um contrato com esse teor? Para cumprir com o desejado, sempre que se afigure oportuno, faremos um contraponto com o estado da arte no direito comparado. Num segundo e último momento, iremos ao encontro de uma breve introdução à funcionalização do património em benefício da pessoa idosa.

Antes de tecermos quaisquer considerações, tome-se nota de que, ao falarmos de “cuidados”, falamos num conceito indeterminado e mutável que é preenchido com as necessidades e circunstâncias do caso concreto. A plasticidade do termo permite, assim, que este se traduza nas mais variadas prestações, como sejam: apoio domiciliário e acompanhamento diário; serviços domésticos (*e.g.* preparação e confeção das normais refeições diárias, lavagem e tratamento de roupas de uso pessoal e doméstico, limpeza e conservação da casa); serviços de companhia pessoal; prestação de cuidados de assistência médica e medicamentosa, fornecimento de medicamentos, meios e exames auxiliares de diagnóstico, artigos pessoais de conforto, higiene pessoal e equipamentos auxiliares da autonomia física, *inter alia*.

Efetivamente, constatamos que o nosso Código Civil não acompanhou a tendência europeia de tipificar um contrato com vista à prestação de cuidados. Nos tempos hodiernos, através da jurisprudência portuguesa é possível mapear uma certa tendência por parte dos sujeitos que nutrem vontade e necessidade de, através de um contrato, utilizar o seu património como contrapartida do recebimento de cuidados, socorrerem-se de contratos

típicos que não foram diretamente pensados para a sua pretensão; chegando, por vezes, a diluírem a essência desses contratos de tal forma que acabam por ingressar na dimensão dos contratos mistos⁷² ou atípicos⁷³ – legitimados, é certo, pelo princípio da liberdade contratual (artigo 405.º do CC).

Assim, com o intuito de deixar a descoberto uma realidade um tanto quanto problemática (no mínimo), é demandada uma breve análise aos negócios jurídicos com vista à prestação de cuidados a que recorre a pessoa idosa no nosso ordenamento jurídico, bem como às adversidades que cada um representa.

1.1 TESTAMENTO

É através do testamento (artigo 2179.º do CC) que uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles.

72 Sobre a problemática do regime jurídico aplicável a tais contratos, veja-se, na doutrina: João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral* Vol. I (Coimbra: Livraria Almedina, 2000), 287-294.

Já na jurisprudência, no que concerne a contratos mistos com vista à prestação de cuidados, *vide* o Ac. Rel. Coimbra, de 27-02-2007, P.º 1588/05.5TBVNO.C1, disponível em www.dgsi.pt – “Pelo denominado ‘Contrato de Prestação de Serviços’, a requerida e um responsável do referido A..., aceitaram, reciprocamente, que este último pagaria àquela a mensalidade de 150000\$00, no ano de 2000, e a requerida prestava ao primeiro estadia, alimentação, assistência médica, de enfermagem, de acompanhamento e vigilância, sendo a mensalidade paga, adiantadamente, em relação ao mês a que respeita, e, no caso de saída ou falecimento, ainda que o respectivo mês não tenha terminado, não seriam reembolsadas quaisquer despesas a ele referentes. (...) Assim sendo, o contrato celebrado entre a requerida e o falecido A... assume a natureza de um *contrato misto de prestação genérica de serviço e de albergaria ou hospedagem* (destaque nosso), que colhe a sua regulamentação essencial no contrato de mandato.” *Note-se que o contrato de hospedagem já nem se encontra tipificado no Código Civil.*

73 Para um maior aprofundamento sobre a disciplina aplicada a estes contratos veja-se, na doutrina: Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos* (Coimbra: Edições Almedina, 2000), 142-160, e Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos* (Coimbra: Livraria Almedina, 2009), 293-321.

Na jurisprudência, veja-se a respeito de contratos atípicos com vista à prestação de cuidados o Ac. Rel. Porto, de 10-03-2015, P.º 2/14.0T8PVZ.P1 – “A Requerente celebrou, em 25/09/2008, um ‘Contrato de admissão e assistência’ em ‘Lar de Internamento’” com a C..., através do qual, a C... se obrigou perante a requerente a: Instalar a utente em quarto duplo, a ser ocupado apenas pela Requerente, com a ressalva de que, em situação de acamada, poderia ser transferida para enfermaria. Prestar alimentação à utente, quer enquanto sã, quer enquanto doente. Prestar assistência médica e medicamentosa, directamente ou através do SNS. Proporcionar assistência religiosa católica, através do seu Capelão. A realizar o funeral da utente, cujas despesas assumiu. (...) a Requerente doou à requerida 50.000 euros, o seu apartamento e entrega-lhe mensalmente 80% da sua pensão para poder ocupar um determinado quarto no C1 (...) entendemos que estamos em presença de um contrato atípico e, assim sendo, a sua constituição, desenvolvimento, modificação ou extinção não estão tipificados e também não foram regulados pelas partes.” e o Ac. STJ, de 17-10-2006, P.º 06A2741, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

Vagueando pela nossa jurisprudência^{74/75}, deparamo-nos com três hipóteses em que a pessoa idosa, o testamento e a prestação de cuidados se

74 Na doutrina, para um aprofundamento da matéria através de comentários a jurisprudência, vide Paulo J. Moreira, “Os acordos com vista à prestação de cuidados vitalícios (Dos embaraços dos expedientes utilizados no presente às dificuldades na construção de uma figura típica)”, *Lusitana. Direito*, n. 27/28 (janeiro), 195-201.

Para um enquadramento do Direito Sucessório na proteção da pessoa idosa, considere-se Daniel Morais, *Direito das Sucessões e Direito da Família: Eternas questões, respostas atuais* (Lisboa: AAFDL Editora, 2023), 41-80.

75 Veja-se: o Ac. STJ, de 30-04-2019, P.º 3755/15.4T8LRA.C2.S1 – “(...) a causa de pedir correspondente ao pedido principal é constituída pelos factos essenciais traduzidos no acordo estabelecido entre a ré e o seu marido e os autores, mediante o qual aqueles prometeram instituir estes como únicos beneficiários do seu património imobiliário em contrapartida dos vários serviços prestados. (...) no caso dos autos: *durante mais de 5 anos, os autores, crentes na promessa feita pela ré e seu marido (entretanto falecido) de que instituiriam a autora como única beneficiária do seu património imobiliário, o que não aconteceu, prestaram-lhe serviços de vária ordem.* (sublinhado nosso)”; o Ac. STJ, de 26-02-2004, P.º 03B4157; o Ac. STJ, de 30-11-2004, P.º 04A3864 – “Dispondo o testador de um imóvel a favor da autora na condição desta cuidar dele até à sua morte, *não fica impedido de revogar o testamento nem confere aquela o direito a exigir o bem legado. A revogação do testamento não justifica o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa* (sublinhado nosso)”; o Ac. Rel. Lisboa, de 11-10-2006, P.º 8495/2006-1 – “O facto de a falecida Ré ter pedido aos Autores que cuidassem dela, prometendo-lhes que, como contrapartida por esses serviços por eles prestados, os instituiria, por testamento, únicos e universais herdeiros de todos os seus (dela) bens e que esses demandantes aceitaram essa proposta, passando a tomar conta da Ré e a prestar-lhe serviços, *não prova que entre essas partes tenha sido celebrado um contrato de prestação de serviço. É inaceitável afirmar-se que a promessa feita por essa falecida Ré, de instituir os Autores como únicos e universais herdeiros dos seus bens, constitui, em sentido técnico-jurídico uma recompensa pelos serviços a ela prestados pelos ora apelantes* (destaque nosso). A vontade do testador, pela relevância social do ato, tem que ser, até ao final da vida, totalmente livre de qualquer constrangimento.”; o Ac. STJ, de 08-09-2015, P.º 201/09.6TBVRM-A.G1.S1; o Ac. Rel. Guimarães, de 11-02-2016, P.º 1307/07.1TBFAFG.2 – “O Réu, que é solteiro e tem 76 anos, é padrinho de ambos os AA, e, a solicitação do próprio, os AA prestaram-lhe diversos serviços e dele cuidaram, bem como da sua companheira, sendo que, então, dizia o Réu que lhes pagava e, ademais, de há uns anos a esta parte afirmava também que futuramente seriam os AA os seus herdeiros, pois que já tinha feito o testamento para os compensar de tudo o que com ele tinham gasto. Sucede que, no final de 2006, o Réu cortou relações com ambos os AA, o que fez sem que apresentasse e tivesse qualquer justificação, começando a dizer a várias pessoas que estava a ser roubado. As relações de afecto recíproco existentes por vários anos entre afilhado e padrinho, e, bem assim, o amparo e a protecção conferida pelo segundo ao primeiro durante vários anos, justifica concluir pela existência de uma obrigação natural em sede de prestação de alimentos do afilhado ao padrinho. A falta de causa do enriquecimento do demandado carece de ser pelo autor/empobrecido alegada e provada, *maxime* e v.g. deve ele alegar e provar que as deslocações patrimoniais – v.g. do A/afilhado para o R/padrinho – se verificaram no pressuposto, entretanto não verificado, de o autor vir a ser instituído pelo segundo como seu herdeiro.”; o Ac. Rel. Guimarães, de 20-09-2018, P.º 5717/17.8T8VNEG1 – “A filha que residindo no mesmo edifício em que habitam os pais, que acede ao pedido dos últimos no sentido de deixar a sua atividade profissional de empregada de balcão para passar a dedicar-se, exclusivamente, a cuidar dos pais face à idade avançada e aos problemas de saúde destes, *age no cumprimento de uma obrigação natural e, como tal, não lhe assiste o direito a reclamar da herança aberta por óbito de seus pais o montante das retribuições que deixou de auferir durante o período de tempo em que deixou de exercer a sua atividade profissional para passar a cuidar exclusivamente dos pais, no cumprimento daquele pedido* (sublinhado nosso)”, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

coligam: (i) o idoso e o prestador de cuidados formulam um verdadeiro acordo que tem por objeto a prestação de trabalho contra o correspondente de uma deixa testamentária; (ii) “não existe qualquer acordo, mas unicamente uma promessa verbal, mais ou menos precisa, por parte do testador de que se recordará no testamento daquele que prestou o serviço”⁷⁶; (iii) “a prestação de trabalho é feita espontaneamente a favor daquele em cuja herança se tem alguma esperança, de modo a garantir algum benefício, ou seja, o caso em que a situação, objetivamente observada, parece subentender que os serviços prestados serão objeto de uma compensação equitativa”⁷⁷.

Pela análise da jurisprudência, concomitantemente, descobrimos de imediato os embaraços que estas práticas implicam, pois, de facto, são múltiplas as situações em que, aquando da morte do beneficiário, os prestadores de cuidados não se veem contemplados no testamento daquele, seja porque: (i) celebraram um pacto sucessório – *nulo pelo disposto no n.º 2 do artigo 2028.º do CC*⁷⁸; (ii) a promessa verbal não permite, em sentido técnico-jurídico, que os prestadores exijam qualquer direito da herança aberta por óbito do idoso; (iii) a invocação do enriquecimento sem causa (artigo 473.º do CC) é de aplicação subsidiária (artigo 474.º do CC), carecendo o “empobrecido” de invocar e provar o conjunto cumulativo de pressupostos prescritos no n.º 1 do artigo 473.º do CC, a isso acresce o facto de que “o ónus da prova e a proximidade relacional entre o prestador de cuidados e quem deles beneficia pode ser um obstáculo à aplicação do instituto do enriquecimento sem causa”⁷⁹.

*O testamento não é o negócio jurídico de eleição para acautelar conformemente os interesses de ambas as partes, frustrando-se, não raras vezes, a contrapartida dos prestadores de cuidados. O enquadramento legal e a dogmática do testamento claudica a viabilidade de disposições *mortis causa* com carácter sinalagmático. É certo que, do ponto de vista do*

76 Moraes, *Direito das Sucessões*, 73.

77 *Idem*.

78 Não distinguindo o artigo em apreço entre pactos a título oneroso ou gratuito, *a proibição abrange ambos*.

79 Moreira, “Os acordos”, 201.

idoso, em certa medida, ao instrumentalizar o testamento como “moeda de troca” em relação aos cuidados que lhe são prestados – fazendo-o de boa ou má fé –, garante por uma dilação temporal mais ou menos longa, e sem dispor em vida do seu património, a prestação de cuidados que podem promover a sua autonomia e/ou proteção⁸⁰. Todavia, essa autonomia e proteção não podem ser hipostasiadas de tal modo que acabem por obnubilar as exigências de igualdade e de justiça devidas à contraparte.

1.2. DOAÇÃO MODAL

Mais empregue que o testamento, temos a doação modal (artigo 963.º do CC) com vista a garantir a prestação de cuidados. Através de uma simples pesquisa a respeito deste contrato nos meandros da jurisprudência portuguesa, deparamo-nos com um sem-número de arestos que deixam a olho nu uma prática corrente e os seus embaraços. É possível destrinçar, como principais fragilidades⁸¹:

I) *O cumprimento e incumprimento do encargo pelo donatário* – “É válida a cláusula modal que consagra o encargo dos donatários tratarem da doadora, na saúde e na doença, fornecendo esta os meios necessários a tal enquanto os seus proventos forem suficientes e, uma vez esgotados, serem aqueles suportados pelos donatários. Se não for respeitado esse encargo, pode o doador exigir judicialmente o seu respeito ou pedir a resolução da doação fundada no não cumprimento do encargo, esta, apenas, no caso desse direito lhe ser conferido, *expressis verbis*, pelo contrato (art. 966º, do Código Civil), podendo, ainda, desde que verificados os requisitos necessários – a provar pelo doador –, exercer o direito à revogação da doação, por

80 Sem prejuízo de, em cenários mais obscuros, o prestador de serviços ver-se tentado a adotar uma conduta com vista a lograr o decesso do beneficiário, de modo a receber a sua contrapartida celeremente e encurtar a linha temporal (incerta) pela qual deve prestar os seus serviços. Assim, o que à primeira vista parece tentador para o idoso, poderá servir em seu desfavor.

81 Com maior aprofundamento sobre cada uma das fragilidades, bem como jurisprudência analisada e comentada, *vide* Moreira, “Os acordos”, 201-212.

ingratidão do donatário (cfr. art. 970º, 974º, 2034º e 2166º, todos daquele diploma legal).”^{82 83 84};

II) *Limite do encargo* – O n.º 2 do artigo 963.º do CC admite a recusa do donatário em cumprir o encargo quando ele fique onerado em mais do que o valor da coisa ou direito;

III) *Interpretação da cláusula modal* – “O contrato de doação com cláusula modal por que se estabelece que os donatários ficam constituídos para com a doadora na obrigação de ‘a tratarem e acompanharem na saúde e na doença, fornecendo os donatários os meios necessários para tal’, deve interpretar-se por aplicação dos arts. 236.º ss. do Código Civil. (...), o Tribunal da Relação de Guimarães aplicou, como devia, os critérios de interpretação das declarações de vontade negocial dos arts. 236.º e 238.º do Código Civil, para concluir que *da interpretação do contrato de doação com cláusula modal concluído entre os Autores e Ré não decorre que os Autores tenham a obrigação de suportar todas as despesas de saúde, alimentação e habitação da Ré*”⁸⁵;

82 Ac. Rel. Guimarães, de 17-01-2019, P.º 2838/17.0T8BCL.G1, disponível em www.dgsi.pt.

83 Num aresto, cuja doadora era uma *idosa de 84 anos* e o encargo enxertado na doação tinha como escopo os donatários cuidarem dela até ao seu decesso, pode ler-se: “A revogação da doação por ingratidão exige que o donatário se torne incapaz, por indignidade, para suceder ao doador, ou que se encontre em alguma das situações justificativas de deserdação. As causas da revogação são apenas as que estão contempladas no artigo 974º do C.C. e, por isso, mesmo que o doador, por qualquer motivo, se arrependa da liberalidade que efetuou, tendo-a o donatário aceite, fica-lhe vedada a possibilidade de voltar atrás em relação ao que assumiu.” – Ac. Rel. Porto, de 14-03-2016, P.º 463/13.4TBFLG.P1, in www.dgsi.pt.

84 Veja-se ainda, a situação em que o doador fica impedido de resolver o contrato em caso de incumprimento por parte do donatário (no caso, seu filho): “Ao distinguir entre a condição e o modo, é de adotar o critério enunciado pela doutrina segundo o qual *‘a condição resolve, mas não obriga, enquanto o modo obriga mas não resolve’*; aplicando-o ao caso dos autos, temos que a cláusula aposta ao contrato de doação celebrado entre a autora e o 1.º réu, seu filho, ao impor a este o encargo de cuidar da doadora, configura uma cláusula modal e não uma condição resolutiva. Em resultado da aplicação deste regime, num caso como o dos autos em que o contrato de doação reconhecía à doadora o direito de, ocorrendo incumprimento do encargo modal, resolver o contrato (art. 966º do CC), os efeitos da resolução operada pela autora encontram-se disciplinados pelas regras gerais da resolução dos arts. 432º e ss do CC. No que concerne aos efeitos relativamente a terceiros, valem as normas aplicadas pela Relação e previstas no art. 435º do CC, sendo a regra a inoponibilidade da resolução a terceiros, sem distinção entre terceiros de boa fé e terceiros de má fé; e a exceção a oponibilidade da resolução a terceiros se estiver em causa acção de resolução respeitante a bens imóveis ou móveis sujeitos a registo e se a acção tiver sido registada antes do registo do direito do terceiro ou terceiros. *No caso dos autos não se encontra preenchido o requisito da anterioridade do registo da acção em relação ao registo do direito do terceiro adquirente (o aqui 2.º réu) nem dos terceiros credores hipotecários (os aqui intervenientes) pelo que lhes é inoponível a resolução do contrato de doação celebrado entre a autora e o 1º réu* (sublinhado nosso) - Ac. STJ, de 03-10-2019, P.º 1574/13.1TBFIG.C2.S1 disponível em www.dgsi.pt.

85 Ac. STJ, de 04-07-2019, P.º 190/16.0T8BCL.G1.S2, disponível em www.dgsi.pt. O aresto em análise chama ainda à *colação um acervo de cláusulas modais atinentes à prestação de servi-*

IV) *Reserva de usufruto* – “Numa doação em que o doador reservou para si o usufruto dos bens doados, entre eles uma casa de habitação, o donatário, enquanto proprietário apenas da raiz da propriedade, não tem o direito de ocupar essa casa e impedir o doador de gozá-la de forma plena e exclusiva, não se tendo convencionado na respectiva escritura que o cumprimento dos encargos aí estipulados estava dependente da condição do donatário nela viver.”⁸⁶;

V) *Fragilidade das liberalidades face ao Direito das Sucessões* – “E foi, provavelmente, o pleno conhecimento e consciência desta incontornável realidade, ou seja, da possibilidade de a doação do valor integral do prédio poder ofender a legítima, que terá levado os doadores a estipularem o pagamento em espécie dos serviços prestados pelos donatários de modo a assegurar que os mesmos receberiam uma contrapartida ou compensação adequada e justa pela prestação desses serviços, o que se lhes afigurou poder concretizar, *ou por efeito da doação integral do valor do bem, que, a operar-se, concretizaria a intenção liberatória e originaria um enriquecimento dos donatários, ou, na eventualidade de a mesma vir a ter de ser reduzida por inoficiosidade, para preenchimento da legítima, e, portanto, de os donatários não poderem vir a ficar com a totalidade do valor desse bem, e apenas nessa situação, através do pagamento de uma remuneração mensal de 600,00 €, que de algum modo pode ser considerada, embora não em termos de rigorosa equivalência, como compensatória dessa redução, ou dito de outro modo, como forma de manter o carácter liberatório da doação efectuada, fazendo com que ela,*

ços chegadas ao STJ que nos permite explorar melhor as necessidades que se visam acautelar com o seu recurso: “Embora deva admitir-se, de acordo com os princípios e as regras da experiência, que “[o]s interessados devem evitar despojar-se dos seus bens em vida”, que “as circunstâncias mudam” e que as pessoas, que se confrontam com as circunstâncias, também mudam, o facto é que as cláusulas modais análogas àquela que foi convencionada entre os Autores e a Ré são relativamente frequentes: o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Março de 1992, proferido no processo n.º 082060, pronunciou-se sobre uma cláusula por que o donatário assumia a obrigação de “prestar a doadora serviços pessoais e domésticos”, fornecendo-lhe “alimentação, vestuário, tratamento médico e medicamentoso”; o acórdão de 2 de Novembro de 2006, proferido no processo n.º 06B2349, pronunciou-se sobre uma cláusula por que o donatário assumia a obrigação de prestar à doadora assistência doméstica, assegurando as suas despesas de alimentação e de saúde; e o acórdão de 1 de julho de 2010, proferido no processo n.º 15/09.3T2AND.C1.S1, sobre uma cláusula pela qual o donatário assumia a obrigação de “sustentar e tratar convenientemente [os doadores], na saúde e na doença, pagar a médicos e enfermeiros, pagar medicamentos, roupas e tudo o mais que viessem a precisar, sob pena de resolução dessa doação”.

86 Ac. Rel. Porto, de 08-09-2009, P.º 9/05.8TBGDM.P1, disponível em www.dgsi.pt.

mesmo nessa situação (de redução), continue a redundar num benefício para os donatários, o que apenas assim será se o valor do bem doado exceder de modo manifesto o valor dos encargos.”⁸⁷;

VI) *Natureza do contrato celebrado* – “Uma doação, ainda que com encargos, pressupõe a gratuidade e um espírito de liberalidade. Sendo a prestação e a contraprestação de valor sensivelmente equivalente, não podemos falar em doação, mas num contrato inominado atípico.”⁸⁸, e

VII) *Impugnação pauliana* – “As doações com cláusula modal a que se refere o art.º 963 do C. Civil – aquelas em que são impostos encargos ao donatário – não deixam de ser negócios gratuitos. Assim sendo, nos termos do n.º 1 do art.º 612 do C. Civil, na impugnação pauliana que deduza contra uma doação desse tipo não carece o credor impugnante de provar ou alegar a má fé de qualquer dos intervenientes no negócio.”⁸⁹

Creemos que o risco e as debilidades plasmadas na jurisprudência que o recurso à doação modal com vista à prestação de cuidados comporta, coloca as partes numa posição volátil e insegura que com alguma frequência as empurra para os tribunais. Não se olvide que o pretendido por estes idosos é um auxílio que lhes permita um dia a dia seguro e sereno, o que não se compagina com morosas gladias judiciais. Ademais, na cruzada da demanda judicial, marcada pela sua morosidade, o tempo vai passando, o idoso vai envelhecendo e a sua autonomia pode degradar-se, ficando este numa condição especialmente vulnerável quando na base do litígio se encontra o único património que dispunha e alienou com vista a um amparo que não se logrou.

87 Ac. Rel. Guimarães, de 24-09-2015, P.º 21/11.8TBVV-A.G1, disponível em www.dgsi.pt.

88 Ac. Rel. Coimbra, de 10-02-2015, P.º 314/12.7TBTBU.C1, disponível em www.dgsi.pt – “Segundo o autor, este a sua falecida esposa acordaram com os réus entregarem-lhes a quantia de 15.000,00 €, para que estes construíssem um anexo contíguo à sua casa de habitação, onde o casal (Autor e a falecida) passaria a habitar, com a ajuda dos RR., que lhes prestariam os cuidados necessários, sendo as despesas com a alimentação, higiene e medicamentos suportadas com as pensões do casal idoso; em contrapartida, pelos cuidados e apoio prestados aos idosos, os réus fariam seu o dito anexo.”

89 Ac. Rel. Coimbra, de 08-03-2016, P.º 955/14.8TBCLD.C1, disponível em www.dgsi.pt.

1.3. CONTRATO DE RENDA VITALÍCIA

O contrato de renda vitalícia vem crismado no artigo 1238.º do CC como *aquele em que uma pessoa aliena em favor de outra certa soma de dinheiro, ou qualquer outra coisa móvel ou imóvel, ou um direito, e a segunda se obriga a pagar certa quantia em dinheiro ou outra coisa fungível durante a vida do alienante ou de terceiro*. Por via deste contrato, visa-se essencialmente garantir ao beneficiário da prestação vitalícia uma posição de estabilidade, de segurança e certeza quanto ao montante periódico que recebe, tendo por contrapartida a alienação dum bem certo seu, tornando-se irrelevante se o somatório dessas rendas recebidas fica aquém ou para além do valor do bem ou do dinheiro alienado⁹⁰.

O facto de o nosso legislador determinar, de forma expressa, que o objeto da prestação do adquirente/devedor da renda seja *dinheiro ou outra coisa fungível* (prestação de *dare*), atribui a este contrato um figurino com as medidas menos adequadas para a prestação de cuidados – uma vez que esta é, essencialmente, uma prestação de *facere*. Ainda assim, no respaldo do princípio da liberdade contratual – que é, incontestavelmente, uma eloquente expressão da autonomia privada –, parece-nos admissível um contrato de renda vitalícia atípico, onde o objeto da prestação sejam cuidados vitalícios⁹¹.

A respeito da liberdade contratual e dos contratos atípicos, damos conta de um contrato cujas partes deram o *nomen* de “permuta”, mediante o qual uma das partes (um casal de idosos) transfere para a outra a nua propriedade de

90 Cfr. Ac. Rel. Lisboa, de 21-06-2007, P.º 3387/2007-2, disponível em www.dgsi.pt.

91 “Se ocorrer, apenas, a adição de cláusulas não típicas, cabe perguntar quando deixa o negócio básico de ser típico. A resposta a esta questão só pode ser dada casuisticamente, pois se trata de saber o que é essencial ao tipo. Nem todo o regime modelo que acompanha cada tipo negocial apresenta, na identificação deste, a mesma relevância. Alguns pontos são nucleares ou essenciais, enquanto outros se apresentam como naturais ou acidentais. Seguindo um critério análogo ao adoptado em Direito das Coisas para a fixação do alcance do princípio da tipicidade, deve dizer-se que a adição de cláusulas faz surgir um negócio atípico quando subverta o que há de essencial no tipo a que acrescem.” – cfr. Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil II – Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica* (Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010), 399.

Temos para nós que, se as partes estipularem como objeto da prestação cuidados vitalícios ou invés de dinheiro ou outra coisa fungível, não estão, de todo, a subverter “o que há de essencial” no contrato de renda vitalícia. Seria demasiado redutor da dogmática desta figura contratual aferir como sua essencialidade uma prestação de *dare*.

um imóvel e esta vincula-se à prestação de diversificados serviços no sentido de cuidar daquela até ao fim da sua vida⁹². O Tribunal da Relação do Porto, apreciando o aludido contrato, decidiu que: “É válida a troca operada pelas partes, (...). *O acordado, a coberto do princípio da liberdade contratual, reconduz-se ao contrato de permuta* (sublinhado nosso), que não se encontra tipificado no nosso ordenamento juscivilista, não obstante algumas pontuais referências normativas. Atento o seu carácter oneroso, aplicam-se-lhe as regras da compra e venda, com as devidas adaptações.”⁹³ Em bom rigor, na ausência do *nomen* de “permuta” atribuído pelas partes ao convénio, não nos chocaria a sua classificação como um contrato de renda vitalícia atípico – estamos na presença de um contrato bilateral e de carácter aleatório, na medida em que a duração da obrigação é a vida de duas pessoas, ignorando-se qual dos contraentes lucrará ou se prejudicará, e a prestação devida aos beneficiários assume carácter tendencialmente fixo e periódico⁹⁴.

Por seu turno, no direito suíço, o contrato de renda vitalícia – *contrat d’entretien viager* – é determinado pelo artigo 521.º do *Code des Obligations* suíço como aquele *celui par lequel l’une des parties s’oblige envers l’autre à lui transférer un patrimoine ou certains biens, contre l’engagement de l’entretenir et de la soigner sa vie durant*. Ao que aparenta, o legislador suíço sentiu a necessidade de tipificar um contrato oneroso *inter vivos* com vista à prestação de cuidados vitalícios.

92 Ac. Rel. Porto, de 09-10-2018, P.º 1644/16.4T8PVZ.P1, disponível em www.dgsi.pt.

No contrato em análise, a prestação de cuidados envolvia: “Apoio domiciliário e acompanhamento diário, através de serviços domésticos, designadamente, de preparação e confeção das normais refeições diárias, lavagem e tratamento de roupas de uso pessoal e doméstico, limpeza e conservação da casa e serviços de companhia pessoal e coabitação (...); Prestação de todos os cuidados de assistência médica e medicamentosa, bem como dos serviços de enfermagem e fisioterapia, de que o casal de H... e esposa carecessem, com fornecimento de todos os medicamentos, meios e exames auxiliares de diagnóstico, artigos pessoais de conforto e higiene pessoal e equipamentos auxiliares da autonomia física daqueles, incluindo internamentos hospitalares ou tratamentos ambulatoriais ou domiciliários de que os mesmos carecessem, com pagamento dos respetivos custos pelos aí segundos outorgantes (...)”

93 *Idem*.

94 Ainda sobre negócios jurídicos atípicos na tónica do nosso estudo, Daniel Morais sugere: “Com vista à sua proteção por um terceiro, uma pessoa idosa pode celebrar um contrato através do qual aliena o imóvel onde reside com reserva de propriedade, verificando-se a transmissão da propriedade no momento da morte. A contraprestação seria a prestação de auxílio e cuidados por parte do adquirente do imóvel. O artigo 409.º tem amplitude suficiente para permitir um contrato com este teor. Se o alienante pode reservar para si a propriedade da coisa alienada “até à verificação de qualquer outro evento”, a propriedade poderá ser transmitida somente no momento da sua morte, quando as prestações de auxílio e cuidado a realizar terminam.”, cfr. Morais, *Direito das Sucessões*, 69.

Do acervo normativo constante nos artigos 521.º a 529.º do *Code des Obligations* suíço, podemos demarcar como principais características⁹⁵:

- I) A transmissão dos bens pode operar *inter vivos* ou *mortis causa*;
- II) A prestação do devedor pode ser uma de *dare* ou *facere*;
- III) Ausência de liberdade de forma;
- IV) O credor que transmite um bem imóvel goza de hipoteca legal;
- V) Imposição legal de convivência entre as partes;
- VI) As prestações efetuadas a favor do credor serão na medida do que lhe seja justo exigir, atendendo à sua condição social anterior e ao valor dos bens cedidos ao devedor;
- VII) O devedor é obrigado a prestar alimentos e alojamento, bem como providenciar assistência médica necessária;
- VIII) Se, da celebração do contrato, o credor ficar desprovido de património que lhe permita fazer face às obrigações legais de prestar alimentos, poderá ocorrer a anulação do contrato, ou o tribunal obrigar o devedor a prestar os alimentos no lugar do credor;
- IX) No caso dos credores que se sintam lesados com a celebração do negócio, o legislador previu mecanismos para estes reagirem;
- X) Os herdeiros do credor podem atingir o contrato através da *action en réduction*;
- XI) O contrato extingue-se por denúncia e resolução unilateral;
- XII) No caso de incumprimento pelo devedor, o juiz poderá cessar a convivência e atribuir ao credor uma renda vitalícia.

1.4. CONTRATO DE ALIMENTOS

Dispõe o proémio do n.º 1 do artigo 2014.º do CC que a obrigação de alimentos⁹⁶ pode ser constituída por negócio jurídico (oneroso ou gratuito).

95 Para um aprofundamento desta figura contratual *vide* Edith Tavignot, *La vente en viager – intérêt, contrat, rente, fiscalité, extinction, prêt, viager, hypothécaire* (Le Particulier Editions, 2012).

96 Por alimentos entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário (cfr. artigo 2003.º, n.º 1 do CC).

Note-se ainda que *os alimentos devem ser fixados em prestações pecuniárias mensais, salvo se houver acordo ou disposição legal em contrário* (cfr. artigo 2005.º do CC).

A obrigação alimentar que tenha por fonte um negócio jurídico não pode, porém, afastar a natureza imperativa do artigo 2004.º do CC, isto é, *a dupla proporcionalidade* a que está sujeita – a quantificação dos alimentos é feita em função dos meios daquele que está obrigado a prestar os alimentos e em função das necessidades do alimentando. Assim, atendendo ao critério da proporcionalidade, não vislumbramos um contrato de alimentos como a figura contratual mais adequada e robusta o suficiente para a proteção da pessoa idosa.

Damos nota que, em Espanha, tipificou-se o *contrato de alimentos* nos artigos 1791.º a 1797.º do Código Civil Espanhol (doravante CCEs) após a sua reforma realizada *pela Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*⁹⁷.

Pelo disposto no artigo 1791.º do CCEs, *por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos.*

Pela análise do regime que disciplina este contrato, podemos apontar como principais aspetos⁹⁸:

- I) Liberdade de forma;
- II) Caso não seja estipulada nenhuma cláusula a respeito da duração do contrato, esta coincidirá com a vida do *alimentista*;

97 Na sua exposição de motivos, o capítulo VIII adianta: “*En tercer término, se introduce dentro del título XII del libro IV del Código Civil, dedicado a los contratos aleatorios, una regulación sucinta pero suficiente de los alimentos convencionales, es decir, de la obligación alimenticia surgida del pacto y no de la ley, a diferencia de los alimentos entre parientes regulados por los artículos 142 y siguientes de dicho cuerpo legal. La regulación de este contrato, frecuentemente celebrado en la práctica y examinado en ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos, y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista.*”

98 Efetivamente, o ordenamento jurídico espanhol pecou por ter reconduzido um regime de alguma complexidade em apenas sete artigos, pelo que as conclusões a que aqui chegamos são também fruto da doutrina, assim para um maior aprofundamento *vide* Cristina Berenguer Albaladejo, “El Contrato de Alimentos” (Tese de Doutoramento, Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, 2012), Julio Santiago Solis Gozar, *El contrato de alimentos – Derecho a una ancianidad digna y propuesta para su incorporación al Código Civil Peruano* (Montivesa S.R.L., 2022) e C. Alicia Calaza López, *El contrato de alimentos como garantía de asistencia vitalicia* (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2020).

III) Na falta de estipulação em contrário, a extensão e medida dos alimentos serão as necessidades do *alimentista*, não se atendendo às necessidades nem à situação patrimonial do alimentante como critérios para apurar o quantum da prestação – verifica-se, portanto, um regime contrário ao previsto para os alimentos devidos por familiares;

IV) Carácter *intuitu personae* apenas do ponto de vista do *alimentista*, uma vez que, salvo disposição em contrário, por morte do *alimentante* a obrigação transmite-se aos seus herdeiros;

V) Não é condição de validade a vulnerabilidade ou *incapacidade* do *alimentista*;

VI) O *alimentante* poderá ser uma pessoa física ou coletiva;

VII) No caso de ser celebrado entre pessoas que estejam reciprocamente adstritas ao dever legal de prestar alimentos, a obrigação legal não exclui a formação de uma obrigação convencional, sendo a primeira subsidiária em relação à segunda;

VIII) A doutrina espanhola tende a não admitir a celebração deste contrato entre cônjuges, uma vez que a sua prática reconduzir-se-ia a um método de subversão das normas que regulam o matrimónio;

IX) A impugnação por parte de credores do *alimentista* apenas é legitimada quando a dívida contraída seja anterior à formação do contrato e se faça prova do fim fraudulento do contrato;

X) A impugnação por parte dos herdeiros do *alimentista* é admitida quando se entenda que o contrato “esconde” uma verdadeira doação;

XI) Em caso de incumprimento por parte do *alimentante*, o *alimentista* fica legitimado a: (i) exigir o cumprimento do contrato; (ii) resolver o contrato com a conseguinte restituição recíproca das prestações realizadas; (iii) converter a prestação de *facere* numa periódica de *dare*, em montante acordado pelas partes ou fixado pelo tribunal;

XII) As partes podem convencionar garantias, como uma causa explícita de resolução do contrato ou constituir uma hipoteca sobre os bens ou direitos cedidos;

XIII) O contrato extingue-se pela morte do *alimentista*, sem prejuízo de outras formas relativas aos contratos em geral.

Com efeito, cremos que algumas questões ficaram por articular, mormente:

- I) No caso da conversão da prestação, esta continua a ser variável em função das necessidades do *alimentista*?
- II) Caso o *alimentante* aliene os bens que recebeu, como se procederá em caso de resolução do contrato?
- III) Ocorrendo a resolução do contrato, como se apura o montante a restituir pelo *alimentista*?
- IV) Haverá lugar a sub-rogação por parte de credores?
- V) Como se articulam as regras dos regimes matrimoniais de bens face ao contrato?
- VI) O que fazer na situação em que o *alimentista* aliena todo o seu património na celebração do contrato e, supervenientemente, lhe são exigidos alimentos por aqueles a quem está legalmente vinculado?

2. DA NECESSIDADE DE TIPIFICAR UM NEGÓCIO JURÍDICO DE PRESTAÇÃO DE CUIDADOS

Antes de assumirmos uma perentória posição em relação à tipificação ou não de um negócio jurídico com vista à prestação de cuidados, relembramos a liberdade que as partes detêm para a celebração de contratos mistos ou atípicos (artigo 405.º do CC) – tal como procurámos fazê-lo através da enunciação da devida doutrina e jurisprudência.

Porém, a par do princípio da liberdade contratual, pela análise dos arestos invocados ao longo do nosso estudo, não resistimos a assinalar um certo *padrão* – a preponderância pela utilização, ou tentativa de utilização, de negócios jurídicos típicos. Acreditamos que assim lhe possamos chamar, atendendo tanto à quantidade de arestos disponíveis – sendo certo que não foi nossa pretensão inventariar todos os que se encontram disponíveis⁹⁹ –, como à sua dispersão temporal.

Como nos diz Paulo Moreira: “As opções políticas e a envolvente social têm a sua importância no direito. Se a realidade que subjaz à necessidade de acorrer a este tipo de acordo existe, não apenas para os idosos, mas para todos

99 Em www.dgsi.pt.

aqueles que padecem de uma condição que os torna dependentes do apoio de terceiros, para toda a vida, então não é despicendo equacionar-se a tipificação do contrato.”¹⁰⁰ O autor preconiza ainda que: “Às novas gerações é possível o fácil acesso a diplomas legais pela via telemática, o que permite a estas, se assim o quiserem, inteirar-se do real alcance dos contratos que pretendem celebrar e vicissitudes associadas. Tal constatação é inextensível a pessoas mais idosas que, porventura desinformadas, não sabem o que é uma doação modal, não sabem distinguir um herdeiro de um legatário, que dizem que o que estão a celebrar é o que é porque alguém lhes disse que era ou porque é a mais próxima expressão que conhecem para designar o que procuram realizar.”¹⁰¹ Diríamos que a tipificação de um negócio jurídico desta índole inserir-se-ia numa vertente de *pacificação e ordenação social* e não tanto pela existência de obstáculos técnico-jurídicos à celebração destes convénios. Acreditamos que a tipificação de uma figura contratual é particularmente relevante perante as imprevisões das partes, imprevisões essas que, na presença de um rol de normas supletivas, poderiam ser colmatas em benefício da parte mais vulnerável – que se presume ser aquela que beneficia dos cuidados. A título meramente exemplificativo, a resolução do contrato fundada no não cumprimento só não seria permitida se as partes *expressis verbis* assim o consagrassem – solução contrária àquela que vigora no artigo 966.º do CC.

Se se entender que motivos de ordem social não são suficientemente justificativos da tipificação de uma figura contratual – tendo esta de assentar na existência de óbices jurídicos apenas ultrapassáveis dessa forma –, talvez o caminho passasse por corromper os dogmas do Direito Sucessório, *rectius*, no que concerne ao alargamento dos pactos sucessórios permissíveis¹⁰².

100 Moreira, “Os acordos”, 225.

101 *Idem*, 193.

102 A este respeito, Daniel Morais, entre outras sugestões, e se bem interpretamos os seus ensinamentos, propõe um contrato sucessório a título oneroso de prestação de auxílio, em que a contrapartida do cuidador será a sua nomeação como legatário. Para o autor, uma solução semelhante à que se encontra prevista no artigo 1701.º, n.º 2 do CC é de considerar, isto é, a conversão da expectativa daquele que presta auxílio a uma pessoa idosa sobre os bens que lhe foram atribuídos *mortis causa* num legado de valor, ao que se somaria a prestação de uma caução pela pessoa idosa em caso de alienação dos bens. Advoga ainda que, o disponente não deverá manter total liberdade de alienação ou oneração dos bens em apreço, ficando a mesma limitada a eventuais situações de grave necessidade. Cfr. Morais, *Direito das Sucessões*, 59-64.

Contudo, reconhecemos e somos cientes da resistência que o legislador oferece neste sentido com a sua preferência por uma estática da dinâmica sucessória.

3. PATRIMÓNIO E AUTONOMIA: A QUE CUSTO?

Até ao momento, discorremos acerca dos possíveis negócios jurídicos que a pessoa idosa pode celebrar com vista à prestação de cuidados em seu benefício. Como foi possível aferir, os negócios jurídicos enunciados têm por base a alienação de bens ou direitos por parte do idoso. Ou seja, o idoso necessita não só de ter bens e direitos alienáveis na sua esfera jurídica, como também necessita, tendencialmente, de os dissipar da sua esfera jurídica.

Na doutrina, Remédio Marques¹⁰³, a par de censurar a ausência de um “estatuto jurídico específico da pessoa idosa”, reflete sobre a “(...) autonomização de uma massa patrimonial do idoso, que, sendo transmitida a um terceiro, se revele capaz de lhe garantir a subsistência e a prestação de variados serviços (v.g., manutenção, assistência sanitária, habitação, sustento, gestão de assuntos pessoais (...))”.

Também Marta Rosas¹⁰⁴ correlaciona a funcionalização do património com situações de vulnerabilidade – “aquele a quem é diagnosticada, numa fase inicial, uma doença degenerativa, sabendo que a curto/médio prazo terá de enfrentar uma diminuição das suas faculdades físicas ou psíquicas, não tenderá a procurar mecanismos (jurídicos) que lhe permitam antecipar a organização do seu património de forma a acautelar as necessidades vindouras? O mesmo pode dizer-se, naturalmente, de todos aqueles que, na prática, rodeiam a pessoa vulnerável, prestando-lhe assistência”.

103 João Paulo Remédio Marques, “Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português. Obrigação de alimentos e segurança social”, in *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, V. 41, N. 47 (janeiro/junho 2007): 183-184.

104 Marta Rosas, “A tutela patrimonial dos cidadãos portadores de deficiência”, em *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência* (Porto: CIJE, 2018), 120.

Países como a Espanha¹⁰⁵ e a Itália¹⁰⁶ sentiram esta necessidade, e o que decidiram fazer com ela foi consagrar “(...) modelos de património (mais ou menos) separado ou especialmente protegido, nascidos de negócios jurídicos privados e alimentados por bens da titularidade do próprio “incapaz”, da sua família ou de terceiros, para serem administrados com o único desígnio de prover às necessidades da pessoa com capacidade diminuída. Trata-se de alocar determinados bens ou direitos à prossecução daquela finalidade específica, gerindo-os e administrando-os de forma a que frutifiquem e garantam uma estabilidade económica futura”¹⁰⁷.

Centremos a nossa atenção nos *patrimonios protegidos de las personas con discapacidad*, cuja riqueza é suficiente para que se possa obter um vislumbre da génese destas massas patrimoniais.

Ora, na aceção espanhola, a finalidade de um *patrimonio protegido* é permitir a aglutinação de determinados bens e direitos para que com eles, e com os benefícios que derivem da sua administração, se faça frente às necessidades vitais (ordinárias e extraordinárias) da pessoa vulnerável. Estes bens e direitos podem ser de qualquer natureza patrimonial. Na origem desta massa patrimonial encontramos também as imputações que voluntariamente lhe possam ser feitas pelos familiares diretos da pessoa vulnerável. No fundo, estamos diante de um verdadeiro *patrimonio de destino*, que ao ser funcionalizado visa, nada mais nada menos, do que a satisfação das necessidades da pessoa em cujo interesse se constituiu. Note-se, porém, que esta massa patrimonial não é dotada de personalidade jurídica, *ela integra a esfera jurídica do seu titular*, ficando apenas submetida a um regime de administração específico que garanta um uso frutífero. Ou seja, a saúde deste *patrimonio protegido* está em permanente osmose com a situação patrimonial do seu titular. A contaminação da esfera jurídica do titular poderá corroer esta massa patrimonial, como se de outro bem qualquer se tratasse. Quanto a este aspeto, preferimos a posição do legislador italiano, uma vez que os *atti di destinazione escudam os bens separados do património*

105 Implementou o *patrimonio protegido de las personas con discapacidad*.

106 Para além da permissão do *trust*, houve lugar aos *atti di destinazione (destinati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità)*.

107 Rosas, “A tutela”, 123.

geral contra eventuais alienações ou ataques de credores. Destarte, uma massa patrimonial desta compleição tanto permite que o idoso mantenha os bens e direitos constituintes da massa patrimonial na sua esfera jurídica, como, na ausência de bens ou direitos para a sua constituição, que familiares a constituam mediante imputações. Estas imputações diferem de uma tradicional doação na medida em que o seu objeto é imperativamente sujeito a um regime específico de administração frutífera.

Em Espanha, estes patrimónios são sujeitos a um regime fiscal diferenciado, gerando vantagens fiscais ao titular do património e aos que lhe imputem bens¹⁰⁸.

Para que se possa constituir um *patrimonio protegido*, é necessário que o seu titular tenha uma *discapacidad* do foro psicológico igual ou superior a 33%, ou, no caso de ser física ou sensorial, igual ou superior a 65%¹⁰⁹. A legitimidade para a constituição destes patrimónios não é exclusiva do beneficiário, dado o facto de que a sua constituição poder partir da iniciativa de *quienes presten apoyo a las personas con discapacidad*, ou, *cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad, con el apoyo que requiera, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin*¹¹⁰.

Apesar do seu escopo, os *patrimonios protegidos* não alcançaram o destaque desejado, principalmente por¹¹¹:

- I) Não serem sujeitos a uma separação total do património do seu titular;
- II) Parcos benefícios fiscais;
- III) Desconhecimento da população;

108 No que concerne aos benefícios fiscais destes patrimónios na Espanha *vide* Manuel Guerra Reguera, “Los patrimonios protegidos. Un instrumento al servicio de las personas discapacitadas y sus familias”, *Revista Quincena Fiscal* n.º14 (2015), 21-58.

109 Artigo 2.º da *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*.

110 Artigo 3.º, n.º 1, al. b) e n.º 2 da lei suprarreferida.

111 Cfr, Inmaculada Vivas Tesón, “Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad”, *Revista de Derecho*, Vol. XXII – N.º 1 (j, 2009), 74-75.

IV) Estreitos requisitos relativamente à *discapacidade* que legitima a sua constituição.

Um cenário onde se poderá ilustrar a aplicabilidade prática destas massas funcionalizadas, será a situação apresentada num Acórdão da Relação do Porto¹¹², ora vejamos.

“*Apresentou AA requerimento peticionando a sua substituição no desempenho das funções de acompanhante de BB (sublinhado nosso), alegando terem decorrido cinco anos desde que assumiu o desempenho daquelas funções, apelando ao estabelecido no art.º 144.º, n.º 3, do Código Civil, indicando como possíveis substitutas no exercício daquela incumbência as irmãs do acompanhado, CC (irmã do requerido) residente em ... Suíça (...) ou DD (irmã consanguínea do acompanhado) (...). Paralelamente, requereu a sua escusa do cargo, argumentando deterem as irmãs acima identificadas menores idades do que a sua (respetivamente 53 e 26 anos), grau de parentesco mais próximo e melhor saúde, encontrando-se o requerente desempregado e num estado de saúde débil, que descreve, que aliado à circunstância de ter atualmente 64 anos de idade, justificaria a sua pretensão (destaque nosso). Como se infere dos elementos constantes nos presentes autos, a irmã do beneficiário CC, (...) reside na Suíça há mais de 30 anos, deslocando-se esporadicamente a território nacional. É uma pessoa enferma, que não revela qualquer vontade ou disponibilidade para desempenhar tais funções. A irmã consanguínea DD, (...) vive com a sua mãe, madrasta do seu irmão BB, aqui requerido, padecendo esta de um AVC e ter outros problemas de saúde, nomeadamente diabetes, carecendo do apoio da sua filha. E carece da capacidade para cuidar adequadamente do seu irmão, uma vez que este exhibe traços de personalidade com facetas de autismo, necessitando de ser acompanhado em permanência por pessoa que sob ele tenha um ascendente de autoridade (sublinhado nosso), onde não se incluiria DD, por ser a sua irmã mais nova. Esta não disporia ainda de emprego estável, buscando emprego, o que a poderá levar para uma área geográfica distante, inclusivamente fora do território nacional. Recorde-se ainda que o beneficiário BB trabalha (...) como jardineiro, mantendo tal emprego de modo estável, algo que, no entendimento do tribunal, importa salvaguardar.”*

112 Ac. Rel. Porto, de 11-10-2022, P.º 1937/15.8T8LOU-A.P1, disponível em www.dgsi.pt.

O tribunal de primeira instância, face às circunstâncias do caso, optou por conceder um “nim” ao acompanhante – mantendo o Recorrente no cargo, ignorando-se por quanto tempo, com a promessa de que quando a Segurança Social encontrasse um acolhimento para o acompanhado, o Recorrente/acompanhante seria substituído. Veja-se ainda que, *o acompanhado reside com o acompanhante* que “Padece de hipertensão arterial e dislipidemia. Tem risco cardiovascular alto e síndrome depressivo, recebendo acompanhamento médico permanente. Reside com a sua mulher, EE, também esta padecendo de diversos problemas de saúde (...). É o requerente e acompanhante que presta apoio à sua cónjuge, porquanto os seus filhos residem na Suíça.” Dessa forma, a questão objeto de recurso foi a seguinte: teria o acompanhante, no caso, tio do beneficiário, fundamento para se escusar do cargo ou ser substituído ao abrigo do artigo 144º, n.º 3 do CC? “Constata-se, pois, que os familiares mais próximos do acompanhado, com argumentos válidos, obviaram à sua designação como acompanhantes, mas também o aqui requerente trouxe, entretanto, ao tribunal razões sérias, apoiadas em motivos de saúde, que justificam não continuar a exercer as funções para que anteriormente fora designado. Mas mais do que isso. Tal como já antes se frisou, a mera circunstância de já ter decorrido o período de cinco anos em que o requerente exerceu as funções de acompanhante, faz com que este possa ser exonerado dessas funções ao abrigo do art. 144º, n.º 3 do Cód. Civil, o que implica o deferimento da sua pretensão. No entanto, não perdendo de vista que o objetivo do acompanhamento do maior é o de assegurar o seu bem-estar e a sua recuperação – cfr. art. 140º, n.º 1 do Cód. Civil – não pode este ficar abruptamente sem acompanhante, de tal modo que *o requerente terá assim que permanecer em funções por um período máximo que fixamos em noventa dias, improrrogável* (sublinhado nosso). Certo é que não se ignora não ser esta a solução ideal – será, de resto, sempre a última a equacionar-se –, mas, neste caso, uma vez que o beneficiário não tem cónjuge, nem ascendentes e descendentes, e os parentes colaterais mais próximos (irmãs e tio) procuram, escudando-se em razões válidas, afastar-se do acompanhamento, *não se vê perspetivada outra solução que não seja a de confiar as funções de acompanhante a alguém estranho à sua esfera familiar* (destaque nosso).”

Ora, pelo exposto, estamos diante de acompanhado e acompanhante em propecta idade, e não há indicação sobre que bens e direitos se encontravam na esfera jurídica do primeiro. Todavia, equacionando a existência de património, consideramos que a constituição de uma massa com destino à satisfação das necessidades do acompanhado (regulada de modo diverso àquele que obstou ao seu sucesso no ordenamento jurídico espanhol) constituída por bens seus e ainda, quiçá, com imputações de bens de ambas ou alguma das suas irmãs, poderia ser uma solução. Ao funcionalizar este património, o seu rendimento poderia viabilizar a contratação de um serviço privado de acolhimento ou de apoio ao domicílio, o que aliviaria o “fardo” do acompanhante e, concomitantemente, mantê-lo-ia no cargo; pois as suas motivações para a exoneração fundam-se no cansaço e não em questões relacionais. Nessa medida, a função do acompanhante reconduzir-se-ia a assuntos de natureza patrimonial e burocrática, evitando-se a necessidade de atribuir a qualidade de acompanhante a um elemento alheio à esfera familiar do acompanhado. Tal como é descrito no acórdão, o acompanhado “(...) *exibe traços de personalidade com facetas de autismo, necessitando de ser acompanhado em permanência por pessoa que sob ele tenha um ascendente de autoridade (sublinhado nosso)*”, o que nos leva a interrogar, até que ponto a exoneração do tio e o seu afastamento do beneficiário não só influenciará a sua saúde mental e emocional, como o exercício da sua profissão (que como o próprio tribunal reconheceu, é um fator de elevada importância). Somos convictos de que a alternativa por nós adiantada permite a estabilização do acompanhado, mantendo a sua dignidade e autonomia *junto do seio familiar*. Além do mais, não teria de ser, necessariamente, o acompanhante o gestor da massa patrimonial; mas se o fosse, e já que se encontra desempregado, poderia ser retribuído pela administração do património. Mais, face às condições do acompanhante, também se poderia alvitar que este constituísse uma massa funcionalizada com bens seus, do seu cônjuge e dos seus filhos, com destino à proteção e cuidado de si e do seu cônjuge.

4. SÍNTESE CONCLUSIVA

1. A teia complexa do envelhecimento pode mostrar-se mais ou menos enleada em função da atmosfera familiar em que se vive. O entrosamento da mediação familiar com os conflitos de índole familiar afigura-se como uma porta aberta para soluções que promovam a autonomia da pessoa idosa, dando-lhe palco para tomar as rédeas sobre as decisões que lhe dizem respeito. A sua carga pacificadora e restaurativa estimula e enaltece o papel autorregulador das famílias e a sua aptidão para dar resposta às necessidades especiais dos seus membros mais vulneráveis.

2. A mediação familiar poderá servir como um escudo excludente contra a inércia ou acomodação do idoso em resolver as suas contendas familiares, na medida em que será tanto instrumento ou meio como condição necessária e suficiente para a concretização do acesso ao direito e à justiça – as suas características são suscetíveis de alimentar uma maior procura de tutela jurídica por parte daqueles que declinam os tribunais e acabam por não reagir perante situações que lesam os seus direitos e/ou geram desconforto.

3. A mediação familiar pode correlacionar-se com o regime do maior acompanhado em dois níveis: *(i)* garantindo a subsidiariedade do regime, ao resgatar os deveres familiares daqueles que rodeiam o idoso e se mostram indisponíveis por conflitos familiares para com eles assegurar o objetivo do acompanhamento; *(ii)* complementa os tribunais na alçada dos processos de acompanhamento, permitindo que se sanem eventuais conflitos familiares que obstem ao bom sucesso do regime e se desbloqueie impasses em relação à escolha do acompanhante, chancelados por contendas na esfera familiar.

4. O nosso ordenamento jurídico não contempla um negócio jurídico especialmente vocacionado para a prestação de cuidados pontuais ou vitalícios.

5. Nos tempos hodiernos, através da jurisprudência portuguesa é possível mapear uma certa tendência por parte dos sujeitos que nutrem vontade e necessidade de, através de um contrato, utilizar o seu património como contrapartida do recebimento de cuidados, socorrerem-se de contratos típicos. Todavia, ajustar as figuras contratuais típicas a este desígnio pode ser uma solução eficaz nuns casos e malograda noutros.

6. O ingresso na dimensão dos contratos mistos ou atípicos por conta do desvirtuamento do *core* dos contratos típicos, em caso de litígio, pode gerar inconvenientes de várias ordens e soluções diversas para as partes daquelas pretendidas aquando da celebração do negócio jurídico. A ausência de regulação acerca da constituição, desenvolvimento, modificação ou extinção do negócio jurídico – por vezes responsável pela qualificação do contrato como misto ou atípico – pode resultar da expectativa/crença que as partes têm de o seu convénio se encontrar regido pelas normas do negócio jurídico típico que adaptaram.

7. Nos bastiões da liberdade contratual, as partes podem celebrar contratos mistos ou atípicos que se ajustem integralmente aos seus interesses e se mostrem livres dos constrangimentos que o emprego indevido de uma figura contratual típica pode comportar.

8. A tipificação de um negócio jurídico de prestação de cuidados, no nosso entender, justificar-se-ia numa ótica tributária de pacificação e ordenação social, e não tanto pela existência de obstáculos técnico-jurídicos à celebração destes convénios. Acreditamos, assim, que através de um catálogo de normas especialmente vocacionado para a prestação em causa, reduzir-se-ia os litígios que neste âmbito aparentam estar na ordem do dia – suscetíveis de agravar a situação de vulnerabilidade daqueles que recebem os cuidados – e permitir-se-ia uma maior estabilidade daquele que cede os seus bens ou direitos.

9. Perspetivamos que a constituição e autonomização de uma massa patrimonial na esfera jurídica da pessoa idosa, quando sujeita a um regime específico de proteção contra terceiros e cativa de uma administração frutífera, possa ser uma solução igualmente viável para aqueles que buscam um amparo numa situação de vulnerabilidade.