

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinhamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- 209-230 **Elsa Dias Oliveira**
Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- 231-258 **Fernando Loureiro Bastos**
A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- 259-281 **Filipa Lira de Almeida**
Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- 283-304 **Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- 305-339 **Hugo Ramos Alves**
Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- 341-374 **Isabel Graes**
Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- 375-404 **Jean-Louis Halpérin**
La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- 405-489 **João de Oliveira Galdes**
Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- 491-515 **Jones Figueirêdo Alves**
Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós-pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- 517-552 **Jorge Cesa Ferreira da Silva**
A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- 553-564 **José Luís Bonifácio Ramos**
Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Míriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

- **Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
- **Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
- **José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

- **Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
- **Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
- **Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

Do envelhecimento à vulnerabilidade

From ageing to vulnerability

Filipa Lira de Almeida*

Resumo: O tema do envelhecimento tem suscitado, multidisciplinarmente, reflexão em torno da vulnerabilidade que, frequentemente, se lhe associa. Do ponto de vista do Direito, em particular, têm os operadores jurídicos sido confrontados com a aparente ausência de regras que especificamente se adaptem às hipóteses que, a este propósito, se lhes apresentam. As premissas de que se parte para o desenvolvimento do tema devem subsidiar a construção de soluções tão dúcteis quanto heterogénea é a experiência do envelhecimento.

Palavras-chave: envelhecimento, vulnerabilidade jurídica, capacidade, direito internacional, interpretação.

Abstract: The process of becoming older has been motivating reflections on the vulnerability that is often associated with it across the most varied fields of investigation. From a legal standpoint in particular, legal operators have been facing the apparent absence of rules that specifically adapt to the hypotheses that, in this regard, are presented to them. The premises from which this analysis shall depart must, however, support the construction of ductile solutions, as the experience of ageing is, in itself, heterogeneous.

Keywords: ageing, legal vulnerability, legal capacity, international law, legal interpretation.

Sumário: 1. Envelhecimento e vulnerabilidade: a multidisciplinariedade do tema; 2. Breve retrato de um país envelhecido; 3. Da vulnerabilidade à vulnerabilidade jurídica; 4. A pré-compreensão da vulnerabilidade do idoso: do texto ao caso; 5. Respostas ensaiadas; 6. Respostas idealizadas; 7. A fragilidade da saída já possível.

* Assistente convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. A redacção do presente artigo muito deve ao impulso e estímulo da Professora Doutora Catarina Monteiro Pires, a quem se deixa o mais sincero agradecimento.

1. Envelhecimento e vulnerabilidade: a multidisciplinidade do tema

1. São numerosas as fontes que, a partir de indicadores muito diversificados, sinalizam os desafios que ao Direito se colocam aquando da reflexão sobre a *situação especialmente vulnerável* que se diz ser típica das pessoas idosas¹. O sentido da expressão atrás sublinhada não é, todavia, imediatamente apreensível. Este será, necessariamente, o ponto de partida do presente trabalho: das premissas nesta sede estabelecidas dependerá quer a identificação dos concretos problemas que ao Direito cumpra debelar, quer a busca de modos de intervir idóneos a, tomando em consideração os indicadores recolhidos, contribuir para a sua superação.

A tarefa não é simples. Ainda que a linguagem comum permita significar a palavra *vulnerável* – nomeadamente, através de relações de sinonímia com outros vocábulos, como *frágil* ou *indefeso*² –, nem mesmo nesse plano a tarefa de qualificação pode dar-se por concluída. Com efeito, a vulnerabilidade pode corresponder a um modo de *ser* e, portanto, a uma qualidade permanente e imanente ao sujeito, sentido em que se afirma a vulnerabilidade ontológica do ser humano. Pode, todavia, também corresponder a um predicado transitório, a traduzir mediante o emprego do verbo *estar*.

Por outro lado, a dimensão relacional daquele modo de ser ou de estar não será irrelevante: carece de especial protecção o indivíduo cuja vulnerabilidade se manifeste nas concretas relações que com outros estabeleça ou *por causa* dessas

¹ Não há acordo – intra ou interdisciplinar – quanto à idade a partir da qual alguém *pode* ou, para certos efeitos, *deve* considerar-se idoso, sendo habitual que esta fronteira seja situada entre os 60 e os 75 anos. Vários são os motivos que contribuem para esta instabilidade: a complexidade do fenómeno do envelhecimento, o aumento da esperança média de vida e mesmo a obsolescência do critério da idade de reforma, na medida em que, associando a *velhice* à *produtividade*, oblitera aqueles outros factores. Sobre este ponto, de entre a vasta bibliografia, cf. VERENA KLUSMANN/ANNA E. KORNADT, Current directions in views on ageing, in *European Journal of Ageing*, vol. 17, issue 4, Dec. 2020, Springer Verlag, pp. 383-386, MICHAEL MURRAY/CAROL HOLLAND/ELIZABETH PEEL, The Psychologies of Ageing – Theory, Research and Practice, in *The Psychologies of Ageing*, MICHAEL MURRAY/CAROL HOLLAND/ELIZABETH PEEL (ed.), Palgrave Macmillan, 2018, pp. 1-17, JOSÉ P. RIBEIRO DE ALBUQUERQUE/MARGARIDA PAZ, *Adultos-idosos dependentes ou especialmente vulneráveis*, tomo II, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 18-21, OLÍVIA GALVÃO LUCENA FERREIRA *et al.*, Significados atribuídos ao envelhecimento: idoso, velho e idoso ativo, in *Psico-USF*, v. 15, n.º 3, set./dez. 2010, pp. 357-264.

² *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, Academia das Ciências de Lisboa, 2.º vol., Verbo, 2001, p. 3788. Para uma interessante reflexão sobre a relação entre a noção de fragilidade a dimensão relacional da experiência humana, cf. MIGUEL MORGADO, Socialidade e Civilidade: a Utilidade de uma Distinção, in *A Economia Social e Civil: Estudos*, vol. 1, JOÃO CARLOS LOUREIRO e SUSANA TAVARES DA SILVA (coord.), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 49-60.

relações ou da sua natureza. Finalmente, haverá que conceder que a expressão nada nos diz acerca da medida de vulnerabilidade juridicamente relevante.

2. A associação entre a velhice e a vulnerabilidade reclama, pois, o estudo – necessariamente interdisciplinar – do fenómeno do envelhecimento. Convocam-se, assim, elementos coligidos pelas áreas da sociologia e da antropologia, mas também da medicina, psiquiatria e psicologia: ainda que não seja este o nosso objecto de estudo, aqui radicam as suas premissas. Assim, e ainda que não empreendamos, no presente texto, na análise compreensiva dos dados advenientes de todas aquelas áreas de estudo, cumpre que tenhamos presentes os dados que apontam para o envelhecimento agudo da população portuguesa, para o aumento da esperança média de vida, para o aumento na incidência de doenças endógenas à idade e para a morfologia tipicamente nuclear das famílias portuguesas³, bem como aqueles que sinalizam os desafios – ou, por que não dizê-lo, as patologias – que se vêm revelando factores de compressão das constitucionalmente proclamadas *autonomia e realização pessoal* das pessoas idosas (artigo 72.º, n.º 1 e n.º 2 da Constituição da República Portuguesa).

2. Breve retrato de um país envelhecido

3. De acordo com o relatório publicado pelo Instituto Nacional de Estatística em 2020⁴, relativo ao ano de 2019, a esperança média de vida à nascença era, entre 2017 e 2019, de 80,93 anos quanto a ambos os sexos: 77,95 anos quanto aos homens e 83,51 anos quanto às mulheres. Entre 1971 e 2019, a população portuguesa residente em Portugal cresceu em 1.642.507 pessoas; entre estas, em 1971, tinham mais de 60 anos de idade 1.243.642 pessoas, ao passo que em 2019 pertenciam àqueles grupos etários 2.935.984 pessoas⁵. Só entre 2014 e 2019, verifica-se que o número de *jovens*⁶ decresceu em 93.256 pessoas; o número de pessoas com pelo menos 65 anos de idade aumentou em 175.254 pessoas. A idade média da população residente em Portugal aumentou, naquele período, de 43,5 anos para 45,5 anos. Assim, a população residente em Portugal é em 22,1% composta

³ Reflectindo criticamente sobre este ponto, *cf.* RENATO AMORIM DAMAS BARROSO, Há Direitos dos Idosos?, *in Julgar*, Janeiro de 2014, p. 121.

⁴ Todos os dados citados neste parágrafo, bem como outros, correspondentes a anos anteriores, podem ser consultados www.ine.pt.

⁵ Estes dados estatísticos podem ser consultados em www.pordata.pt.

⁶ De acordo com o relatório do Instituto Nacional de Estatísticas, *jovens* são as pessoas com idades compreendidas entre os 0 e os 14 anos.

por pessoas idosas, sendo “(...) o aumento da proporção da população idosa transversal a todas as regiões” do país. Por outro lado, o índice de dependência total – isto é, a relação entre a população jovem e idosa e a população em idade activa – em 2019 era de 55,6 pessoas em cada 100, 34,5 das quais eram idosas. Bem assim, é de notar o envelhecimento da população em idade activa. Finalmente, o índice de envelhecimento em Portugal era de 163,3 idosos por cada 100 jovens, sendo que se previa a sua quase duplicação entre 2019 e 2080; verificando-se outra projecção, residirão, em 2080, em Portugal, 300,3 idosos para cada 100 jovens. Assim, pese embora o envelhecimento da população residente corresponda à tendência europeia, Portugal era, em 2018, o quarto país europeu com maior percentagem de idosos, ultrapassado apenas pela Finlândia, pela Grécia e pela Itália.

São vários os indicadores que permitem identificar, neste grupo populacional, causas de particular fragilidade ou a prevalência de certos modos de exploração dessa condição.

Em Portugal, em 2011, 18% dos 499.936 indivíduos analfabetos tinha idade igual ou superior a 60 anos⁷⁻⁸, resultado para o qual a investigação especializada tem, politicamente, apontado duas causas fundamentais: a política de educação do Estado Novo e o desinvestimento dos governos democráticos na alfabetização de adultos, preterida face à escolarização da população activa⁹. Por outro lado, a taxa de risco de pobreza¹⁰ entre população idosa era, em 2019, de 17,5%; de 15,7%

⁷ Os dados citados neste ponto correspondem aos dados censitários obtidos em 2011, que podem ser consultados em www.ine.pt.

⁸ A incidência de analfabetismo varia, ainda, significativamente, em razão da distribuição demográfica da população, do sexo dos indivíduos e da respectiva condição social. Assim, se a taxa de analfabetismo em Portugal se situava nos 5,23%, o Alentejo, a Madeira e a região Centro mostravam taxas de analfabetismo entre a população residente de 9,57%, 6,99% e 6,39%, respectivamente. O número de mulheres analfabetas (340.231) mais do que dobrava o de homens (159.705). As populações residentes naquelas regiões apresentam, ainda, resultados médios quanto ao risco de pobreza significativamente superiores à média nacional. Estes dados podem ser consultados em www.ine.pt.

⁹ CARMEN CAVACO, Analfabetismo em Portugal – os dados estatísticos, as políticas públicas e os analfabetos, in *Revista Internacional de Educação de Jovens Adultos*, vol. 1, n.º 2, jul./dez. 2018, pp. 17-31, p. 26 e, da mesma Autora, Políticas públicas de educação de adultos em Portugal – a invisibilidade do analfabetismo, in *Laplage em Revista*, vol. 2, n.º 4, jan./abr. 2016, pp. 51-62. Cf., ainda, DANIELA VILAVERDE E SILVA, A Campanha Nacional de Educação de Adultos no Estado Novo: uma leitura dos debates parlamentares, in *Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto – História*, vol. 6, 2016, pp. 71-87, LICÍNIO C. LIMA e PAULA GUIMARÃES, Lógicas políticas da educação de adultos em Portugal, in *Cadernos de Pesquisa*, vol. 48, n.º 168, abr./jun. 2018, pp. 600 – 623.

¹⁰ Sobre a vulnerabilidade da pessoa idosa à pobreza, cf. JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, Em Torno do Estatuto da Pessoa Idosa no Direito Português – Obrigação de Alimentos e Segurança Social, in *Escritos de Direito das Famílias*, MARIA BERENICE DIAS e JORGE DUARTE PINHEIRO (coord.), Magister Editora, 2008, pp. 345-360.

entre a população reformada¹¹. As estruturas domésticas sofreram, ainda, relevantes alterações – pense-se, por exemplo, no fenómeno de *nuclearização* da vida familiar¹² e de institucionalização de idosos em lares¹³.

Relevam, ainda, os fenómenos de violência (física, psicológica ou sexual) contra idosos, isto é, os actos, únicos ou repetidos – ou as omissões – que ocorram no âmbito de qualquer relacionamento onde haja uma expectativa de confiança, que lhe causem mal ou aflição¹⁴. De acordo com o relatório da APAV relativo aos anos de 2013-2018¹⁵, 78,95% dos vitimados foram mulheres; em 36,9% dos casos, a vítima era pai ou mãe do perpetrador e em 27,5% das ocorrências era seu cônjuge. Quanto à idade das vítimas, é de notar que, em todos os anos compreendidos pela pesquisa, foram as pessoas com idades compreendidas entre os 65 e os 69 anos as vítimas prevaletentes, sendo que o grupo composto pelas pessoas com idades compreendidas entre os 85 e os 90 anos (ou mais) foi aquele a que refere o menor número de crimes reportados. A vitimação foi continuada em 78,6% dos casos.

Às várias formas de violência acima identificadas acrescem, agora do ponto de vista patrimonial¹⁶, as situações de abuso financeiro¹⁷ (identificadas, no espaço jurídico alemão, pela expressão *finanzieller Ausbeutung*¹⁸ e nos espaços anglófonos

¹¹ Estes dados podem ser consultados em www.ine.pt.

¹² KARIN WALL/VANESSA CUNHA/VASCO RAMOS, *Evolução das estruturas domésticas em Portugal, 1960-2011*, in *Família nos Censos 2011: Diversidade e Mudança*, ANABELA DELGADO e KARIN WALL (coord.), 1.ª ed., Instituto Nacional de Estatística e Imprensa de Ciências Sociais, 2014, pp. 43-63, p. 53.

¹³ MARILINE DE OLIVEIRA PERES, *Os Idosos Institucionalizados: Estudo de Algumas Variáveis*, dissertação para obtenção do grau de Mestre em Gerontologia Social, em 2014, junto da Escola Superior de Educação do Instituto Politécnico de Castelo Branco, p. 11.

¹⁴ Esta a definição de *violência contra idosos* proposta pela Organização Mundial de Saúde, livremente traduzida do inglês.

¹⁵ Disponível, com detalhes, nomeadamente, sobre o tipo de crime praticado, em 222.apav.pt.

¹⁶ De acordo com o já citado relatório da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, os crimes contra o património representam *apenas* 4,67% dos crimes que vitimam pessoas com idade igual ou superior a 65 anos, contra os 79,5% que representam crime de violência doméstica ou 15,08% relativos a crimes contra as pessoas.

¹⁷ Não desenvolveremos este tema no presente texto. Sobre o tópico, cf. RUTE SARAIVA, A protecção da pessoa idosa contra abusos financeiros, in *Direito e Direitos dos Idosos*, CARLA AMADO GOMES e ANA F. NEVES (coord.), AAFDL Editora, 2020, pp. 351-371.

¹⁸ Na Alemanha, em 26 de Outubro de 2020, o Comité para a Família, Sêniores, Mulheres e Juventude (*Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*), em resposta ao repto lançado pelo partido *Freie Demokratische Partei (FDP)* em 15 de Novembro de 2019, aquando da submissão a discussão parlamentar do seu pacote de medidas contra a exploração financeira de idosos (*Maßnahmenpaket gegen die finanzielle Ausbeutung älterer Menschen*), interpelou um conjunto de especialistas com o objectivo de apurar as causas e possíveis soluções para o fenómeno da violência

pela fórmula *economic abuse*) – penalmente tipificadas ou não –, incidentes quer sobre a população idosa economicamente favorecida, quer sobre a população idosa economicamente carente, em contexto institucional ou doméstico. Têm sido identificadas múltiplas *formas* deste género de abuso – reconduzíveis ou não a tipos penais.

4. Coligidos alguns dados sensíveis e antes de nos determos sobre os regimes civis potencialmente aptos a intervir sobre as manifestações típicas de vulnerabilidade entre a população idosa, impõe-se, pensamos, salientar que o envelhecimento não se *contraí*, não se *adquire* nem se *atinge*. O envelhecimento surge, antes, como *processo*, correspondendo a um devir complexo, multifacetado e heterogéneo¹⁹. A gravidade da *degenerescência* – física ou mental – típica do envelhecimento variará em gravidade e incidência²⁰; bem assim, o momento em que esta se manifesta é, o mais das vezes, marcadamente incerto, quando não súbito. Por outro lado, qualquer destes indicadores de envelhecimento – deterioração de funções motoras ou cognitivas, acompanhadas ou não de modificações comportamentais e de dificuldades de integração e articulação social²¹ – pode ser contextualmente agravado²².

Se houver de consentir-se no acerto destas premissas, uma primeira conclusão, ainda provisória, acaba de desenhar-se: qualquer solução que, do ponto de vista do direito civil, se proponha dispor sobre a tutela do idoso corre o risco de se revelar desproporcional ou, mesmo, desnecessária – sobretudo quando a consagração

patrimonial contra idosos. Comum aos estudos apresentados (que podem ser consultados em www.bundestag.de) é a afirmação de que incumbe ao Estado, e não apenas às famílias, a protecção financeira dos idosos – desde logo porque se constata que o ambiente familiar privilegia a exploração financeira, tornando, ainda, particularmente difícil a tarefa de sinalização dos episódios.

¹⁹ Circunstância, aliás, reconhecida pelo preâmbulo do Decreto-Lei n.º 248/97, de 19 de Setembro, que aprovou a composição e competências do Conselho Nacional para a Política da Terceira Idade.

²⁰ Assim, também, o *World Report on Ageing and Health* publicado pela *World Health Organization* em 2015, que salienta que a definição de *velhice* compreenderá fenómenos de degradação molecular e celular, acompanhados do incremento do risco de incidência de doenças, redundando no *declínio geral* da capacidade (natural) do indivíduo, mas também fenómenos psicológico-comportamentais e atinentes à concreta configuração do meio em que se insiram. *World Report on Ageing and Health*, World Health Organization, 2015, p. 25.

²¹ Sobre este ponto, cf. CARLOS F. MENDES DE LEON, *Social engagement and successful aging*, in *European Journal of Ageing*, vol. 2, issue 1, Mar. 2005, Springer Verlag, pp. 64 a 66 e PETER A. BATH, *Social engagement and health and social care use and medication use among older people*, in *European Journal of Ageing*, vol. 2, issue 1, Mar. 2005, Springer Verlag, pp. 56-63.

²² Sobre uma das dimensões deste concreto problema, cf., com interesse, SÍLVIA MARINHO, *O Suporte social e a depressão no idoso*, 2010. Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Fernando Pessoa com vista à obtenção do grau de Mestre.

de regras gerais de cujas previsões normativas seja elemento determinada idade se traduza numa compressão do campo de actuação livre e pessoal dos sujeitos. Ora, no contexto de um ordenamento jurídico que identifica a dignidade da pessoa como dado pré-jurídico ordenante e que, portanto, se ordena de modo a traduzi-la na sua plenitude²³, a limitação ou modulação daquele espaço, tendencialmente irrestrito, de liberdade não pode deixar de ser solução de *ultima ratio*²⁴.

3. Da vulnerabilidade à vulnerabilidade jurídica

5. Pode perguntar-se que qualidades – isto é, que vulnerabilidades *individuais* – podem reclamar a intervenção do direito civil²⁵. Com efeito, se, como escrevemos, por um lado, à idade não for possível associar, aprioristicamente, predicados específicos e se, por outro lado, esses predicados, ainda que típicos, não incidem sobre todos os indivíduos idosos do mesmo modo, não será possível se não pensar em soluções simultaneamente abrangentes e dúcteis quanto às concretas causas de vulnerabilidade que se identifiquem.

Com efeito, do ponto de vista substantivo, são várias as soluções que, quer no âmbito de institutos gerais quer em razão da consagração de regras especiais, tutelam os indivíduos havidos, pelo direito civil, como vulneráveis, em razão de diversos índices.

Veja-se, por exemplo, o regime jurídico do maior acompanhado, vertido na Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, que espelha algumas das considerações acima

²³ Como afirmado por Ana F. Neves, “(...) a abordagem às questões relativas à pessoa idosa tem vindo a deslocar-se do foco nas necessidades, que visam responder às limitações relacionadas com a idade, para o seu tratamento a partir da dignidade da pessoa independentemente da idade e, portanto, do respeito pela autonomia pelo direito de autodeterminação da pessoa idosa (...)”. Deve afastar-se, assim, “(...) qualquer presunção de diminuição capacitaria em razão da idade, que subtraia ou comprima a sua condição de portadores de direitos e a capacidade para o respectivo exercício”. ANA F. NEVES, A pessoa idosa: enquadramento europeu, in *Direito e Direitos dos Idosos*, CARLA AMADO GOMES e ANA F. NEVES (coord.), AAFDL Editora, 2020, pp. 34-35.

²⁴ António Menezes Cordeiro aponta como objectivo da reforma operada pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, “(...) a subsidiariedade de quaisquer limitações judiciais à capacidade do visado (...)”, nomeadamente face aos deveres de “(...) protecção e acompanhamento comuns, próprios de qualquer situação familiar.” ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Introdução ao comentário aos artigos 138.º a 156.º do Código Civil, in *Código Civil Comentado*, vol. I, Centro de Investigação de Direito Privado / Almedina, 2020, p. 392, § 50. Assim, especificamente quanto à capacidade dos idosos, RENATO AMORIM DAMAS BARROSO, Há Direitos dos Idosos?, in *Julgar*, Janeiro de 2014, p. 119.

²⁵ Deixaremos, neste trabalho, de parte a matéria da protecção penal dos idosos.

expressas. Acerca desta Lei e das razões que determinaram a reforma dos institutos da interdição e da inabilitação muito se tem escrito e dito, não cabendo, aqui, proceder à sua análise detalhada. Oferece-nos, contudo, nesta sede, determo-nos no actual artigo 138.º do Código Civil, que delimita o âmbito de aplicação deste regime. Dispõe este preceito que o maior *beneficiário* da eventual sentença que determine o acompanhamento é aquele que se encontre “(...) impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres (...)”. Apontam-se, afinal, três *razões de vulnerabilidade natural* que facilmente se assimilam àquelas que podem reconhecer-se no indivíduo idoso e que, portanto, poderão qualificá-lo enquanto beneficiário de uma medida de acompanhamento²⁶, sem que esta necessariamente bula com a sua capacidade: as *excepções* a este princípio, tendente a verdadeira autonomia e auto-determinação, com “(...) maximização dos espaços de capacidade de que a pessoa ainda [seja] portadora”²⁷, serão determinadas por lei ou por sentença (artigo 140.º do Código Civil). A regra é, pois, sublinhe-se, a da *capacidade* do maior acompanhado. Note-se, ainda, que, de acordo com o artigo 147.º do Código Civil, “[o] exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário.”

A vontade do beneficiário do acompanhamento releva e sobrevém, aliás, em vários pontos do supracitado regime. Pense-se, desde logo, na legitimidade para requerer o acompanhamento, que caberá, em primeira linha, ao eventual acompanhado (artigo 141.º, n.º 1 do Código Civil), ainda que a sua autorização possa ser judicialmente suprida (artigo 141.º, n.º 2 do Código Civil); por outro lado, a decisão de acompanhamento pressupõe a audição *peçoal e directa* do beneficiário (artigo 139.º, n.º 1 do Código Civil e artigos 896.º, 897.º, n.º 2 e 898.º do Código de Processo Civil), podendo o acompanhante ser escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante (artigo 143.º, n.º 1 do Código Civil). De relevar é, ainda, o artigo 900.º, n.º 3 do Código de Processo Civil que, a propósito do processo especial de acompanhamento de maior determina que a sentença que decrete as

²⁶ Note-se que a reforma legislativa operada pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto resulta, também, da necessidade de compatibilizar o direito civil interno com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de Julho, e que entrou em vigor em Portugal em 23 de Outubro de 2009. A redacção do diploma é, contudo, ampla, prescindindo-se, desde logo no citado artigo 138.º, da *deficiência* enquanto factor qualificante para o acesso às medidas de protecção nele consagradas.

²⁷ Proposta de Lei n.º 110/XIII, p. 3.

medidas de acompanhamento deve “(...) referir expressamente a existência de testamento vital e de procuração para cuidados de saúde e acautelar o respeito pela vontade antecipadamente expressa pelo acompanhado”. O legislador contempla, ainda, a figura do *mandato com vista a acompanhamento*, com ou sem poderes de representação (artigo 156.º do Código Civil): nesta hipótese, é o acompanhado que, antecipando a própria incapacitação, mandata terceiro para a prática de certo acto ou categoria de actos, devendo o tribunal *aproveitar* o mandato e *tê-lo em conta no âmbito da protecção e na designação do acompanhante* (artigo 156.º, n.º 3 do Código Civil).

Por último, em atenção quer ao princípio da necessidade quer ao princípio da proporcionalidade, as medidas de acompanhamento são judicialmente revistas “(...) com a periodicidade que constar da sentença e, no mínimo, de cinco em cinco anos” (artigo 155.º do Código Civil).

O regime jurídico do maior acompanhado parece, assim, poder ser contemporalizado com as particularidades das vulnerabilidades associadas ao envelhecimento: não só quanto aos seus pressupostos, mas também quanto à ductilidade de soluções de que, servindo o seu beneficiário, o decisor do caso concreto pode lançar mão.

Todavia, não deve confundir-se a adequação teórica do regime com as vicissitudes práticas que envolvem quer o pedido de acompanhamento, quer o seu decretamento. Trata-se, afinal, de uma via judicial de tutela de vulneráveis – isto é, de um processo, tramitado sob a forma de processo especial (artigos 891.º a 905.º do Código de Processo Civil) –, não sendo, a nosso ver, irrazoável supor que as vulnerabilidades naturais e, conseqüentemente, substantivas de que padecem os eventuais beneficiários do acompanhamento dificultem, igualmente, o seu acesso aos Tribunais. Assim será, sobretudo, quando não possam contar, do ponto de vista fáctico, com uma rede de apoio familiar ou comunitária que torne materialmente possível o acesso aos tribunais. Haverá, também, que ter presente que, quanto à tutela de estados de vulnerabilidade advenientes da idade – que, tipicamente, se vão intensificando –, o decurso do tempo é particularmente sensível. Se considerarmos, ainda, os muito sublinhados entraves à concretização prática do princípio da tutela jurisdicional efectiva nos seus múltiplos corolários, teremos revelado óbices cuja superação depende da articulação, pelo menos, entre as áreas do direito, da política de justiça, da organização judiciária e da política social.

6. Para lá do regime jurídico do maior acompanhado, o direito civil substantivo dispõe de outros instrumentos aptos quer à tutela de quem se encontre em *estado* ou *posição* de especial vulnerabilidade, quer à repressão da exploração dessa vulnerabilidade.

Assim, porque a vulnerabilidade pode traduzir-se na incapacidade de entender e, conseqüentemente, querer em termos idóneos a que a expressão da vontade do sujeito seja acolhida pelo ordenamento jurídico²⁸, é também no domínio da *falta e vícios da vontade* que o legislador nacional se ocupa da sua protecção. Pense-se, em particular, na declaração emitida quando o declarante *não tenha consciência* de que emite uma declaração negocial ou seja *coagido pela força física* a emití-la que, no dizer do artigo 246.º do Código Civil, *não produz qualquer efeito*²⁹, na anulabilidade da declaração obtida mediante coacção moral (artigo 255.º do Código Civil) ou na anulabilidade da declaração negocial *feita por quem, devido a qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade*, desde que o facto seja *notório ou conhecido do declaratário* (artigo 257.º do Código Civil)³⁰. O regime da incapacidade acidental, aqui consagrado, é, aliás, aplicável aos actos praticados pelo acompanhado em momento anterior ao anúncio do início do processo³¹ (artigo 154.º, n.º 3 do Código Civil), contando-se o prazo geral de um ano para a acção de anulação a partir do registo da sentença de acompanhamento (artigos 287.º, n.º 1 e 154.º, n.º 2 do Código Civil).

A tutela daqueles que se encontrem naquelas condições ou que emitam declarações negociais naquelas condições pode enfrentar, contudo, as dificuldades de ordem prática que acima apontamos. Se, quanto aos maiores não beneficiários do regime do acompanhamento – mas que pudessem sê-lo – é plausível que se não retomem as faculdades naturais necessárias ao exercício do direito à anulação, uma vez mais o decurso do tempo concorre para a desadequação de respostas porventura judiciais e que frequentemente dependerão, pela natureza das coisas, do impulso de terceiros que podem não se encontrar legitimados para arguir a anulabilidade. Com efeito, a legitimidade para tanto é conferida, apenas, às pessoas em cujo interesse a lei o estabelece (artigo 287.º, n.º 1 do Código Civil): paradigmaticamente, fora das

²⁸ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO / ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed., Gestlegal, 2020, p. 196.

²⁹ Sobre a crítica à regra mencionada, PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, 1995; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, 4.ª ed., 2014, pp. 794 a 797.

³⁰ No âmbito do Direito das Sucessões, o artigo 257.º encontra paralelo no artigo 2199.º, relativo à incapacidade acidental no momento da feitura do testamento.

³¹ O regime jurídico da incapacidade acidental, hoje integrado na subsecção V da secção I do capítulo I do Código Civil, sob o título “falta e vícios da vontade”, constava, no anteprojecto de Código Civil elaborado por Américo Campos Costa, do título dedicado à interdição. A integração da matéria sobre a qual versa o preceito no campo da declaração negocial deve-se à 2.ª revisão ministerial do anteprojecto. AMÉRICO CAMPOS COSTA, *Incapacidades e formas do seu suprimento / Anteprojecto do Código Civil*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 111, 1961, p. 216.

hipóteses de acompanhamento de maior, ao próprio vulnerável³². O prazo dentro do qual deve ser instaurada a acção que vise a anulação é, ainda, relativamente curto (artigos 287.º, n.º 1, parte final e 287.º, n.º 2 do Código Civil) – sobretudo, repita-se, nos casos em o acto anulável tenha sido praticado por pessoa vulnerável, mas não beneficiária do regime jurídico do maior acompanhado.

7. Também no campo do Direito da Família³³ o legislador se ocupou da vulnerabilidade dos sujeitos. Assim, no domínio da *capacidade matrimonial* (artigo 1600.º do Código Civil), a *demência notória*³⁴, mesmo durante os intervalos lúcidos, obsta ao casamento³⁵⁻³⁶, bem como a decisão de acompanhamento, quando a sentença assim o determine (artigo 1601.º, al. b) do Código Civil)³⁷.

³² PEDRO PAIS DE VASCONCELOS / PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed., 2019, Almedina, p. 734 e 735.

³³ Atendendo ao escopo do presente trabalho, não nos deteremos nos mecanismos de tutela dos menores.

³⁴ A expressão *demência notória* tem sido amplamente analisada quer pela doutrina, quer pela jurisprudência. A título meramente exemplificativo, Ferrer Correia e Eduardo Correia distinguem entre demência notória e estado patológico do ponto de vista neurológico, assimilando a primeira às situações em que determinado sujeito não revelasse o “entendimento e liberdade” típicos do homem médio – este, o sentido *civil* daquele conceito; Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira identificam a demência notória com “(...) qualquer anomalia, quer se projecte no domínio da inteligência quer no da vontade, que impeça o indivíduo de reger convenientemente a sua pessoa e os seus bens”; Jorge Duarte Pinheiro, bem como Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, identificam a expressão “demência notória” com *demência de facto*. EDUARDO CORREIA e ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Fundamento da Interdição por Demência in* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 86.ª, 1954, pp. 289 e ss.; FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 296 e 297; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª ed., AAFDL Editora, 2018, p. 319.

³⁵ Sendo, todavia, possível a convalidação do casamento, caso este seja confirmado pela pessoa que naquela situação se encontrava e desde que verificada judicialmente a cessação das causas do impedimento (artigo 1633.º, n.º 1, al. b) do Código Civil), sendo o prazo para a propositura da acção de anulação do casamento celebrado com o referido impedimento dirimente absoluto de seis meses após a cessação da *incapacidade natural*, quando proposta pelo próprio *incapaz*, mas de três anos quando proposta por terceiro e nunca depois de ter cessado o impedimento (artigos 1643.º, n.º 1, al. a) e 1639.º, n.º 1 do Código Civil).

³⁶ Daniel Morais notava, ainda, o potencial discriminatório do artigo 1604.º, al. b) do Código Civil, relativo ao prazo inter-nupcial. Esta regra foi, no entanto, revogada pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro. DANIEL MORAIS, *As garantias de autonomia de expressão da vontade do idoso: quando os idosos casam e quando testam*, in Direito e Direito dos Idosos, CARLA AMADO GOMES e ANA F. NEVES (coord.), AAFDL Editora, 2020, pp. 319 e 320.

³⁷ Ainda que a noção de *impedimento matrimonial* se encontre envolta em circunstancialismo cultural que encontra no interesse público – e não nas vulnerabilidades do nubente – fundamento último

De igual modo, no domínio da anulabilidade do casamento relevam a falta ou vícios da vontade. Em particular, são anuláveis os casamentos celebrados quando qualquer dos nubentes, no momento da celebração do casamento, *não tinha a consciência do acto que praticava, por incapacidade accidental ou outra causa*³⁸⁻³⁹ (artigo 1635.º, al. a) do Código Civil) e quando a declaração de vontade tenha sido extorquida por coacção física (artigo 1635.º, al. c) do Código Civil) ou moral, *conquanto que seja grave o mal com que o nubente é ilícitamente ameaçado, e justificado o receio da sua consumação* (artigo 1638.º, n.º 1 do Código Civil), situação a que é equiparada a extorsão ao nubente, *consciente e ilícita*, da declaração de vontade *mediante a promessa de o libertar de um mal fortuito ou causado por outrem*⁴⁰ (artigo 1638.º, n.º 2 do Código Civil).

para a restringir a capacidade de contrair casamento, uma leitura actualista ou, pelo menos, funcional do preceito permite concluir que este oferece protecção *reflexa* aos sujeitos assim impedidos de casar. Sobre este ponto, *cf.* nota 38.

³⁸ A delimitação entre os artigos 1600.º, n.º 1, al. b) e 1635.º, al. a) pode revelar-se difícil. Pires de Lima e Antunes Varela, bem como Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira explicam que o impedimento dirimente absoluto de *demência notória* visa impedir o casamento daqueles em que aquela característica seja estado *permanente* ou *habitual*, sobretudo tendo em vista a prevenção da transmissão de doenças (em especial, do foro neurológico) aos filhos assim nascidos e “(...) evitar que as doenças se transmitam para os filhos e defender sob este aspecto a própria sociedade [...] por outro lado (razão de ordem social), quer a lei evitar que se constituam famílias que não sejam, no corpo social, células sãs e úteis, como decerto não o seriam as famílias em que algum dos cônjuges fosse portador de anomalia psíquica” (FRANCISCO PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p 297). Este preceito distinguir-se-ia, pois, do disposto no artigo 1635.º, al. a) na medida em que, neste último, estaria em causa a *privação momentânea ou temporária da razão ou do autodomínio* (PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. IV (artigos 1576.º a 1795.º), 2.ª ed., Coimbra Editora, 1992, anotação ao artigo 1635.º, p. 173). São, portanto, sobretudo razões histórico-culturais que explicam a distinção assim operada. Uma vez superadas, a delimitação do âmbito de aplicação dos dois preceitos permanece duvidosa e não prescinde da actividade jurisprudencial na sua concretização. Assim, o Supremo Tribunal de Justiça já decidiu dever entender-se por demência notória “(...) o conjunto de perturbações mentais graves que alteram a estrutura mental da pessoa em causa, com profunda diminuição da sua actividade psíquica (funções intelectuais e afectividade), tornando-a incapaz de reger a sua pessoa e bens [...] quando seja objectivamente reconhecível ou reconhecida no meio”, numa formulação semelhante àquela que constava do artigo 138.º, n.º 1, na sua formulação anterior à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Janeiro de 2005). Quanto à noção de *incapacidade accidental* subjacente ao artigo 1635.º, al. a), já decidiu o Tribunal da Relação de Guimarães que corresponderá à “(...) insanidade do espírito do declarante, não bastando o mero enfraquecimento das respectivas capacidades críticas” (Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 1 de Junho de 2005).

³⁹ Não exige o artigo 1635.º, al. a) que a incapacidade accidental seja notória ou conhecida do declaratório, ao contrário do que dispõe o artigo 257.º, n.º 1 do Código Civil.

⁴⁰ Jorge Duarte Pinheiro identifica neste preceito *manifestação tipificada do negócio usurário*. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª ed., AAFDL Editora, 2018, p. 334.

Mesmo no domínio dos casamentos validamente celebrados, a liberdade de estipulação dos nubentes sofre, no domínio das convenções antenupciais, severas limitações quando pelo menos um dos nubentes tenha idade igual ou inferior a 60 anos: de acordo com o artigo 1720.º, al. b), estes casamentos são celebrados sob o regime *imperativo* da separação de bens⁴¹.

Também a legislação especial se ocupa de especiais posições de vulnerabilidade, nesta sede traduzidas em estados relativos e necessariamente transitórios: pense-se, a título meramente exemplificativo, nas relações de consumo, no âmbito das quais é intensamente tutelada a posição do consumidor e na celebração de negócios jurídicos mediante a adesão a cláusulas contratuais gerais, rodeada de garantias substantivas de protecção do subscritor.

8. Quanto à exploração de estados de especial vulnerabilidade, é convocável, desde logo, o instituto da usura – aplicável, como recentemente afirmado pelo Tribunal da Relação de Coimbra, a “(...) qualquer tipo de negócio jurídico, designadamente aos negócios jurídicos unilaterais (...)”⁴². Nos termos do artigo 282.º, n.º 1 do Código Civil, “[é] anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados”. Ora, ainda que a aparente amplitude da previsão normativa do preceito, indiciadora de um mecanismo de forte protecção dos vulneráveis – o que seria reforçado pelo

Já Castro Mendes, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira aportam ao artigo 1638.º, n.º 2 a única hipótese de *estado de necessidade* relevante em sede de direito matrimonial. FRANCISCO PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 279, nota 141 e JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito da Família*, AAFDL Editora, 1997, p. 106.

⁴¹ Visando impedir a celebração de *casamentos por conveniência*, este preceito tem sofrido a severa crítica da doutrina. Por um lado, a idade de 60 anos revela-se desadequada, sobretudo atendendo ao aumento da esperança média de vida de que acima demos conta e à circunstância de a idade normal de acesso à pensão de velhice do regime geral de segurança social ser, em Portugal, superior a 66 anos. O preceito tem, ainda, sido criticado por dificilmente se compaginar com o princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa) e com o direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa). FRANCISCO PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 562; MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito da Família*, AAFDL Editora, 2020, pp. 471-473.

⁴² Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo 3409/18.0T8LRA-A.C1, de 30 de Abril de 2019.

aumento do prazo de caducidade para a anulação do negócio jurídico quando o negócio usurário constitua crime, nos termos do artigo 284.º – pareça adequada à repressão de expedientes que explorem *estados* de especial vulnerabilidade ou *características*⁴³ que – pelo menos, normativamente – a impliquem, as dificuldades de concretização do preceito obstam a que dele se faça, na prática, aliado⁴⁴. Com efeito, o citado preceito pressupõe não só a turbação na formação da vontade negocial do lesado em razão de qualquer dos motivos aí enunciados, mas também a especial censurabilidade da conduta do usurário que, conhecendo⁴⁵ a sua especial vulnerabilidade, dela pretende extrair *vantagem* (concessão ou promessa de concessão de benefícios, nos termos do artigo 282.º, n.º 1 parte final do Código Civil) *injustificada*. Ora, a prova destes factos pode revelar-se especialmente difícil. Por outro lado, a *destruição* de pelo menos alguns dos efeitos do negócio jurídico usurário depende de acção de anulação, a intentar pelo próprio vulnerável. Ora, se é justamente nos casos de maior vulnerabilidade e *desacompanhamento* que se encontra o terreno fértil para a exploração do idoso⁴⁶, será também nestes casos que *menos provavelmente* se reúnem as condições de ordem prática que permitam a intervenção do poder judicial.

4. A pré-compreensão da vulnerabilidade do idoso: do texto ao caso

9. Não obstante a existência de regimes jurídicos aparentemente aptos a *reagir* em caso de genérica ou especial, permanente ou transitória vulnerabilidade, são frequentes e impressivas as narrativas atinentes à especial desprotecção do idoso e à exploração da sua condição: com efeito, estas povoam o imaginário colectivo e encontram, por vezes, correspondência no plano dos factos.

⁴³ Sobre a relevância desta distinção neste contexto, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Comentário ao artigo 282.º do Código Civil, in *Código Civil Comentado*, vol. I, Centro de Investigação de Direito Privado / Almedina, 2020, p. 832, § 30 e PEDRO EIRÓ, *Comentário ao Código Civil*, Parte Geral, Universidade Católica Editora, 2014, anotação ao artigo 282.º, pp. 700 e 701.

⁴⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Comentário ao artigo 282.º do Código Civil, in *Código Civil Comentado*, vol. I, Centro de Investigação de Direito Privado / Almedina, 2020, p. 833, §§ 35 e 36.

⁴⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Comentário ao artigo 282.º do Código Civil, in *Código Civil Comentado*, vol. I, Centro de Investigação de Direito Privado / Almedina, 2020, p. 832, § 29. Em sentido contrário, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed., 2019, Almedina, p. 627.

⁴⁶ No mesmo sentido, RENATO AMORIM DAMAS BARROSO, Há Direitos dos Idosos?, in *Julgar*, Janeiro de 2014, p. 119.

A título meramente exemplificativo, tome-se a matéria de facto fixada pelas instâncias⁴⁷ e que serviu de base a uma decisão relativamente recente do Supremo Tribunal de Justiça⁴⁸.

Contra o pagamento de um preço, *B* cuida de *A*, que tem perto de 70 anos e que há pouco enviuvara. Pouco tempo depois, passam a viver em comunhão de cama, mesa e habitação.

Aos 83 anos, *A* celebra com *B*, por escritura pública, contrato de compra e venda mediante o qual *A* vende a sua metade indivisa de determinado imóvel, não tendo *B* nunca pago o respectivo preço.

Cerca de um ano mais tarde, encontrando-se *A* internado em certo hospital por já ter sofrido AVC isquémico e padecendo, ainda, de outras condições de saúde graves de que veio a falecer pouco depois, outorga, com a intervenção de notário, procuração pela qual constitui sua procuradora *B*. Confere-lhe, assim, voluntariamente, os poderes de representação *necessários* para “(...) podendo outorgar negócio consigo mesma, em seu nome prometer e/ou vender pelo preço, cláusulas e condições que entender por convenientes, todos e quaisquer prédios urbanos ou rústicos (...)” sítos em determinado lugar. O estado de saúde de *A* já não lhe permitiu assinar – coisa que sabia fazer, embora não soubesse ler –, pelo que apenas apôs o seu dedo à procuração.

Quando *A* obteve alta hospitalar, retomou a coabitação com *B*. Pouco tempo antes de *B* internar *A* num lar – sem desse facto dar conhecimento aos seus filhos –, *A* outorga nova procuração, mediante a qual confere a *B* poderes de representação para “(...) em seu nome outorgar e assinar a escritura de justificação do direito de propriedade do mandante (...)” referente a determinado prédio urbano. Confere-lhe, ainda poderes para, “(...) podendo outorgar negócio consigo mesma, em seu nome prometer e/ou vender, pelo preço, cláusulas e condições que entender por convenientes, o prédio urbano acima identificado, receber os preços e deles dar a respetiva quitação.” Mais estabelece que a procuração é irrevogável, “(...) em virtude de a mesma ser conferida também no interesse da mandatária”.

Ora, *B* vem a celebrar *consigo mesma* negócio de compra e venda de seis prédios, rústicos e urbanos, declarando que o representado já havia recebido o respectivo preço. Depois do falecimento de *A*, *B* outorga escritura pública em que vende *a si mesma* outro prédio urbano, cujo preço também declara já ter sido pago. Logrou

⁴⁷ Não se relata, aqui, toda a matéria de facto fixada, mas apenas aquela que, julgamos, melhor ilustra quanto já acima se escreveu.

⁴⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo 7/14.8TBVZL.C1.S1, de 27 de Setembro de 2018.

provar-se que *B* não pagou a *A* o preço de nenhum dos prédios que, em sua representação, vendeu⁴⁹.

Quanto ao problema que aqui nos interessa isolar, ao contrário do que decidira o Tribunal de 1.^a instância, o Tribunal de 2.^a instância considerou inexistir abuso de representação, declarando válidos e eficazes os negócios celebrados por *B*, decisão esta que foi confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça, tendo, também, concluído que, sendo irrevogável, a procuração outorgada também no interesse da mandatária produz os seus efeitos *post mortem*.

O caso aqui brevemente relatado permite, cremos, revelar uma outra dimensão da complexidade do tema que nos propusemos tratar.

A narrativa instintivamente causa apreensão ao leitor que, se jurista, será levado a tentar enquadrar os dados da hipótese nos institutos jurídicos do abuso de representação ou mesmo da usura, perguntando-se, ainda, provavelmente, pelas condições de validade das procurações outorgadas e pela licitude do modo de exercício da função notarial por parte da notária interveniente no acto da outorga⁵⁰. Por outro lado, o facto de *A* e *B* terem coabitado durante mais de 15 anos, na casa de *B*, conjugado com a circunstância de algumas das procurações terem sido outorgadas no final da vida de *A*, que se encontrava, ademais, doente, permite, pelo menos, que se pergunte se aqueles negócios jurídicos não se reconduzem, afinal, a negócios *com finalidade sucessória*, queridos e entendidos como tal. Recordamos o dilemático excerto de P.S. Atiyah, em comentário à obra *Contract as a Promise: A Theory of Contractual Obligation*, de Charles Fried: “[t]he proposition that a person is always the best judge of his own interests is a good starting point for laws and institutional arrangements, but as an infallible empirical proposition it is an outrage to human experience. The parallel moral argument, that to prevent a person, even in his own interests, from binding himself is to show disrespect for his moral autonomy, can ring very hollow when used to defend a grossly unfair contract secured at the expense of a person of little bargaining skill”⁵¹.

⁴⁹ *C* vem a instaurar acção declarativa, sob a forma de processo comum, contra *B*, *E* e *F* (a quem *B* vendera dois prédios urbanos e um prédio rústico que adquirira a *A*), pedindo, nomeadamente, a *declaração de ineficácia* (sic) de alguns dos contratos de compra e venda celebrados por *B* consigo própria em representação de *A*, para tanto alegando que *B* se havia aproveitado do seu “(...) estado de dependência e fragilidade (...)” com o propósito de vender a si própria aqueles prédios, cujo preço, “(...) ainda que inferior ao valor real dos prédios, não chegou a ser pago.”

⁵⁰ *Cf.*, em especial, os artigos 173.º, n.º 1, al. c) e 67.º do Código do Notariado e o artigo 11.º, n.º 2, al. b) do Decreto-Lei n.º 26/2004, de 4 de Fevereiro, de acordo com o qual o notário *deve* recusar a prática dos actos cuja prática lhe seja requerida sempre que tenha *dúvidas* sobre a integridade das faculdades mentais dos participantes, salvo se no acto intervierem, a seu pedido ou a instância dos outorgantes, dois peritos médicos que, sob juramento ou compromisso de honra, abonem a sanidade mental daqueles.

⁵¹ P. S. ATIYAH, *Review of Contract as a Promise: A Theory of Contractual Obligation*, by Charles Fried, in *Harvard Law Review*, Dec. 1981, vol. 95, n. 2, p. 527.

10. Se os factos descritos permitem múltiplos enquadramentos jurídicos – e outros tantos de natureza sociológica – e se o cerne da controvérsia se prende, afinal, com os actos praticados por alguém que, tudo indica, se encontrava em situação de intensa vulnerabilidade, pergunta-se: serão inadequadas as soluções oferecidas pelo direito civil para estes e outros casos que permitem, pelo menos, que o Direito *suspeite* da sua fragilidade do sujeito e conseqüente necessidade de especial protecção⁵²? Se não há insensibilidade do Sistema face a estas ou outras situações de fragilidade e se, pelo contrário, como procurou demonstrar-se, é justamente em razão dessas situações que o legislador dispõe – quer em sede de regimes gerais, quer quando constrói regimes especiais – será ainda necessário o reforço do enquadramento jurídico do idoso vulnerável?

5. Respostas ensaiadas

11. Não se afigura simples a resposta à questão de saber se será necessário reforçar o quadro jurídico atinente à vulnerabilidade do idoso. Não obstante, as repostas têm sido positivas.

Em Portugal, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, de 25 de Agosto, que aprovou a Estratégia de Protecção ao Idoso, definiu quatro medidas centrais nesta matéria.

Em primeiro lugar, o reforço dos direitos dos idosos, nomeadamente através da enunciação “(...) de forma expressa e clara [d]os direitos dos idosos, o que representa a assunção de um conjunto de princípios orientadores na interpretação e aplicação das normas legais pertinentes, bem como no desenvolvimento de políticas adequadas à protecção dos direitos dos idosos (...)”⁵³. Exemplo desta técnica legislativa é, por exemplo, a Lei n.º 10.741, de 1 de Outubro de 2003 que, no Brasil, instituiu o Estatuto do Idoso. Depois de, no seu artigo 2.º, proclamar que “[o] idoso⁵⁴ goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana,

⁵² Os princípios rectores da intervenção jurídica com vista à protecção de *maiores* “(...) que, em razão de limitação ou alteração das suas funções mentais ou físicas, se mostre impossibilitada de, por forma esclarecida e autónoma, tomar decisões sobre a sua pessoa e bens, ou de as exprimir ou lhes dar execução (...)”, aliás, aflorados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015. De acordo com esta Resolução, têm, aqui, especial incidência os princípios da dignidade da pessoa, da audição, participação e informação do interessado, da necessidade e da proporcionalidade, da flexibilidade e da preservação patrimonial.

⁵³ Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, de 25 de Agosto, II.1.

⁵⁴ Que, nos termos do artigo 1.º, é a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, sendo a esperança média de vida naquele país, em 2019, de 76,6 anos.

sem prejuízo da protecção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade” e de afirmar ser “(...) obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”, dispõe sobre direitos fundamentais, sobre medidas de protecção⁵⁵ – aplicáveis sempre que “(...) os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados” –, sobre política de atendimento ao idoso, sobre o acesso à justiça⁵⁶ e ainda em matéria de Direito Penal.

Em segundo lugar, a Resolução enuncia o desígnio de alterar o Código Civil, no que concerne ao regime das incapacidades e do seu suprimento (artigos 138.º a 156.º)⁵⁷. Esta alteração veio, de facto, ocorrer – veja-se a já referida Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto.

Em terceiro lugar, a par da intervenção sobre os artigos 138.º a 158.º do Código Civil, prevê-se o reforço da protecção dos direitos dos idosos em matéria de direito sucessório – designadamente, no domínio da indignidade sucessória (artigo 2034.º)⁵⁸ e, quando à sucessão testamentária, quanto à indisponibilidade

⁵⁵ Designadamente as previstas no artigo 45.º, isto é, o encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade, a orientação, apoio e acompanhamento temporários, a requisição para tratamento de saúde, a inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, o abrigo em entidade e o abrigo temporário, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente (artigo 44.º).

⁵⁶ A este propósito, saliente-se a possibilidade de criação de “(...) varas especializadas e exclusivas do idoso (...)” (artigo 70.º), a prioridade na tramitação de “(...) processos e procedimentos na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, em qualquer instância (...)” (artigo 71.º) e a atribuição, ao Ministério Público, de *competência* para “[i]nstituir o inquérito civil e a acção civil pública para a protecção dos direitos e interesses difusos ou colectivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso” (artigo 74.º, n.º 1).

⁵⁷ Bem como a legislação avulsa – *cf.* ponto II.2.3. da Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, de 25 de Agosto.

⁵⁸ Em sede de incapacidade por indignidade, pode ler-se: “[d]eve ser alterado o Código Civil, em matéria de incapacidade por indignidade (artigo 2034.º), no sentido de passar a prever que carece de capacidade sucessória, por motivo de indignidade, o condenado por crime de maus tratos ou por crime de violência doméstica contra o autor da sucessão.” Semelhante alteração legislativa não veio, como é sabido, a ocorrer. Todavia, se, por um lado, tradicionalmente se afirma a tipicidade das causas de indignidade, por outro lado têm a doutrina e a jurisprudência – quer através do recurso a institutos gerais, como o abuso do direito, quer através de expedientes metodológicos, como a

relativa⁵⁹, no sentido de ser prevista a nulidade da disposição “(...) a favor dos prestadores de cuidados a pessoas internadas em estabelecimentos de apoio social públicos ou privados, se as pessoas internadas se encontrarem em situação de incapacidade, ainda que não tenha sido decretada qualquer medida de salvaguarda de direitos.”⁶⁰

Finalmente, constava da Resolução o reforço dos *direitos dos idosos em matéria penal*, tópico bastante discutido na literatura nacional especializada⁶¹.

Já no domínio do Direito Internacional Público, sobrevém a Convenção Interamericana sobre a Protecção dos Direitos Humanos dos Idosos, de 15 de Junho de 2015, em cujo preâmbulo se encontra o desígnio de “(...) *incorporate and prioritize the subject of ageing in public policy, and to raise and allocate the human, material, and financial resources needed to achieve appropriate implementation and evaluation of the special measures undertaken*”. Assim, ficam os Estados signatários

analogia – proposto soluções com vista a atenuar a rigidez do preceito. Cf., na doutrina, paradigmaticamente, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2000, p. 139 e 293. Na jurisprudência, é particularmente ilustrativo das questões que, em torno deste tópico, se colocam o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo 104/07.9BTBAMR.SI, de 7 de Janeiro de 2010, que apreciou, em última instância, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo 2612/08-1, de 22 de Janeiro de 2009. Ambos os Acórdãos podem ser consultados em www.dgsi.pt.

⁵⁹ Ponto II.3. da Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, de 25 de Agosto.

⁶⁰ Esta última directriz consta, também, da *Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade*, preparada pelo Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e subscrita por Paula Távora Vitor e Geraldo Mendes Ribeiro, bem como dos Projectos de Lei n.º 61/XIII, de 4 de Dezembro de 2015, e n.º 755/XIII, de 29 de Janeiro de 2018. Estas propostas podem ser consultadas em www.centrodedireitodafamilia.org e www.parlamento.pt.

⁶¹ Ponto IV. da Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, de 25 de Agosto, vertido nos Projectos de Lei n.º 61/XIII/I. e 62/XIII/I.a e objecto, nomeadamente, de análise pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses em parecer de Janeiro de 2016, solicitado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, bem como pelo Conselho Superior da Magistratura, datado de 5 de Janeiro de 2016. Estes pareceres podem ser consultados em www.parlamento.pt e www.cms.org.pt, respectivamente.

Sobre a tutela penal do idoso, cf. MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Os crimes praticados contra idosos*, 3.ª ed., Universidade Católica do Porto, 2015, ANA LUÍSA DA SILVA ALBINO, *O Abuso Institucional de Idosos – A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas por crimes cometidos contra bens jurídicos individuais*, MARIANA FIDALGO, A pertinência do alargamento da responsabilidade criminal das pessoas colectivas – reflexões e contributos para uma tutela jurídico-penal efectiva dos idosos, *in Julgar*, Novembro de 2016, JOSÉ PAULO ALBUQUERQUE, Diferenciação da tutela penal nos idosos especialmente vulneráveis, *in O Direito dos “Mais Velhos”*, Centro de Estudos Judiciários, 2019, pp 111-141, NEUZA CARVALHAS, Crimes cometidos contra idosos, *in O Direito dos “Mais Velhos”*, Centro de Estudos Judiciários, 2019, pp 201-228.

obrigados à densificação e concretização do quadro programático descrito no seu artigo 4.º, que inclui a adopção de medidas “(...) *to prevent, punish, and eradicate practices that contravene this Convention, such as isolation, abandonment, prolonged physical restraint, overcrowding⁶², expulsion from the community, deprivation of food, infantilization, medical treatments that are, inter alia, inadequate or disproportional or that constitute mistreatment or cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment that jeopardizes the safety and integrity of older persons* (artigo 4.º, alínea a)). Reveste especial interesse a alínea c) do mesmo preceito, que institui, para os Estados, ainda, a obrigação de “(...) *[a]dopt and strengthen such legislative, administrative, judicial, budgetary, and other measures as may be necessary to give effect to and raise awareness of the rights recognized in the present Convention, including adequate access to justice, in order to ensure differentiated and preferential treatment for older persons in all areas.*”.

6. Respostas idealizadas

12. No âmbito da Organização das Nações Unidas, prepara-se a elaboração de uma Convenção sobre os direitos das pessoas idosas. Em Agosto de 2020, um grupo informal⁶³ tomou a iniciativa de, na sequência do repto do Presidente do grupo de trabalho aberto sobre envelhecimento (OEWG), organizar um conjunto de ideias e propostas relativos ao tema que veio a resultar na elaboração de um trabalho sobre o título *Time for a UN Convention on the Rights of Older Persons – How the Covid-19 pandemic has shown the need to protect our rights in older age*⁶⁴. Servindo o impacto da pandemia causada pela propagação do coronavírus SARS-CoV-2 de mote, lê-se, neste trabalho, que as pessoas idosas “(...) *have been hit particularly hard by the virus itself but the failure to protect their rights in the response has led to unnecessary deaths, deterioration of cognitive, mental and physical health, unmet health and other support needs, increased poverty, discrimination, abuse, vilification and stigmatization. Just as COVID-19 recognises*

⁶² Sobre o conceito de *overcrowding*, cf. IRENE LEBRUSÁN MURILLO, *Overcrowding: what it is and how it affects older people*, in *International Centre on Aging*, 19/09/2019. O texto pode ser consultado em www.cenie.eu.

⁶³ Deste grupo fizeram parte Bridget Sleep (*HelpAge International*), (*Cloisters Chambers*, Reino Unido), Andrew Byrnes (Professor Emérito de Direito Internacional da *University of New South Wales*, Sydney, investigador associado do *Australian Human Rights Institute* e do *Ageing Futures Institute*), Israel (Issi) Doron (*University of Haifa* e membro da organização *Law in the Service of the Elderly*), Nena Georgantzi (*AGE Platform Europe*) e Bill Mitchell (*Community Legal Centres Australia*).

⁶⁴ O documento pode ser encontrado em www.age-platform.eu.

*no borders, so too the world needs a legal foundation to ensure this tragedy never happens again*⁶⁵.

Ora, como expressamente escrevem os Autores deste – diremos – manifesto, não é da situação pandémica que, globalmente, se atravessa que decorre a necessidade de elaboração de um instrumento especificamente orientado a estabelecer uma matriz comum de abordagem aos problemas específicos da idade e do envelhecimento. É, antes, a *constatação* da posição especialmente vulnerável em que se encontram os idosos e as iniquidades a que, frequentemente, são sujeitos que reclama futuro acordo entre os Estados, tendo estes factores sido *expostos*, demonstrando-se com clareza “(...) *how a convention that protects the rights of older persons everywhere would help build societies that are fair and just for all*”⁶⁶. Assim, propõe-se a abordagem compreensiva das matérias da igualdade e da não discriminação, da autonomia, do cuidado, do apoio e da independência na terceira idade, da violência, abuso e negligência, da saúde e da protecção social⁶⁷.

7. A fragilidade da saída já possível

13. Importa, finalmente, esclarecer que vigoram, no ordenamento jurídico português, regras que, ao especificamente reportarem à pessoa idosa, se revelam instrumentos interpretativos ponderosos também das regras jurídico-civis, quando não criem, eles próprios, direitos susceptíveis de invocação contenciosa quer nos litígios que opõem os particulares aos Estados Membros, quer os particulares entre si.

Pensamos, desde logo, em regras de Direito Europeu primário que proíbem a discriminação⁶⁸ em razão da idade⁶⁹: de acordo com o artigo 10.º do Tratado de

⁶⁵ *Time for a UN Convention on the Rights of Older Persons – How the Covid-19 pandemic has shown the need to protect our rights in older age*, Agosto de 2020, p. 3.

⁶⁶ *Time for a UN Convention on the Rights of Older Persons – How the Covid-19 pandemic has shown the need to protect our rights in older age*, Agosto de 2020, p. 3.

⁶⁷ *Time for a UN Convention on the Rights of Older Persons – How the Covid-19 pandemic has shown the need to protect our rights in older age*, Agosto de 2020.

⁶⁸ Ainda que proibindo, genericamente, a discriminação no gozo dos direitos e liberdades aí reconhecidos (artigo 14.º), a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades fundamentais não se refere aos idosos em nenhuma passagem. Sobre este ponto, cf. ANA F. NEVES, *A pessoa idosa: enquadramento europeu*, in *Direito e Direitos dos Idosos*, CARLA AMADO GOMES e ANA F. NEVES (coord.), AAFDL Editora, 2020, pp. 28-30 e jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem aí citada.

⁶⁹ A que usualmente se referem os Autores socorrendo-se da expressão anglófona *ageism*, correspondente à expressão portuguesa *idadismo*. Sobre este conceito, cf. SIBILIA MARQUES, *Discriminação da Terceira Idade*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, pp. 17-20.

Funcionamento da União Europeia, cabe à União o combate à discriminação na *definição e execução das suas políticas e acções*; já de acordo com o artigo 19.º, o Conselho pode, “(...) deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, e após aprovação do Parlamento Europeu (...), tomar as medidas necessárias para combater a discriminação”. Ainda no domínio da proibição da discriminação, o artigo 21.º, n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 6.º, n.º 1 do Tratado da União Europeia) reforça a proibição de discriminação em razão da idade⁷⁰: note-se, aliás, que o Tribunal de Justiça da União Europeia proferiu, em 17 de Abril de 2018, Acórdão em que expressamente reporta à discriminação em razão da idade, taxativamente afirmando que aquele preceito “(...) basta, por si só, para conferir aos particulares um direito subjectivo que pode ser invocado enquanto tal”⁷¹.

Ainda no âmbito da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia lê-se, no respectivo artigo 25.º, que “[a] União reconhece e respeita o direito das pessoas idosas a uma existência condigna e independente e à sua participação na vida social e cultural”.

No âmbito do Conselho da Europa, a CM/Rec (2014) 2 do Comité de Ministros dos Estados-Membros sobre a promoção dos direitos humanos das pessoas idosas faz incidir as suas ponderações sobre as matérias identificadas no âmbito dos instrumentos de Direito Internacional, acrescentando-se a protecção do emprego, a salvaguarda do consentimento médico, a criação de *suficientes e adequados* lugares de residência e cuidado institucionais, bem como o investimento em cuidados paliativos.

Quanto à administração de justiça, recomenda o Conselho que “[i]n the determination of [older persons’] civil rights and obligations or of any criminal charge against them, [they] are entitled to a fair trial within a reasonable time within the meaning of Article 6 of the European Convention on Human Rights. Member States should take appropriate measures to accommodate the course of the judicial proceedings

⁷⁰ Atente-se, também, no artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que preconiza a *máxima protecção* dos direitos e liberdades fundamentais. Aqui se cita o preceito: “[n]enhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.

⁷¹ Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV, C-414/16, EU:C:2018:257, n.º 76.

*to the needs of older persons, for example by providing, where appropriate, free legal assistance and legal aid*⁷².

Ora, tomando em consideração o enquadramento que brevemente descrevemos, bem como a perspectiva de uma Convenção – única no espaço europeu – que especificamente se detenha sobre as causas de fragilização das populações idosas, bem como a vigência dos instrumentos de Direito Europeu citados, não esquecendo as regras de direito nacional e as conhecidas abordagens metodológicas à sua aplicação, que, necessariamente, se contemporizarão com aquelas normas, pode retomar-se a pergunta que, acima, se deixou em aberto. Resultará a eventual vulnerabilidade jurídica do idoso, principalmente, da ausência de meios normativos ou jurisdicionais de tutela?

14. Atendendo ao quadro topicamente traçado, não pode avançar-se resposta segura. A complexidade do processo de envelhecimento e a heterogeneidade das experiências de velhice não se coadunam, afinal, com a intransigência de enunciados. Cremos, todavia, poder partir deste mesmo postulado. Afinal, é justamente esta diversidade que reclama que se potencie, mobilizando e, a cada passo, concretizando o princípio da dignidade também da pessoa que, porque idosa, seja ou esteja vulnerável. Como já escrevemos, a vulnerabilidade *de facto* e a vulnerabilidade *juridicamente relevante* nem sempre coincidem; mesmo quando coincidam, a idade nem sempre será factor diferenciador ou que reclame diferenciação pelo direito civil. Por outro lado, parece-nos por demonstrar que a intervenção legiferante ao nível do direito civil possa, sobretudo quando desarraigada de políticas sociais de combate à pobreza, ao isolamento, à solidão e à desinformação, contribuir para a capacitação do idoso – este o verdadeiro desígnio de um Estado social que preze a integração e desenvolvimento do indivíduo, independentemente da sua idade; estes os pressupostos que, a montante, parametrizam a discussão sobre a auto-determinação e a expressão da auto-determinação do idoso; estes, também, os seus mais perversos obstáculos.

⁷² CM/Rec (2014) 2 do Comité de Ministros dos Estados-Membros sobre a promoção dos direitos humanos das pessoas idosas, ponto VII, § 51, disponível em www.europeanrights.eu.