

O DEVER FAMILIAR DE CUIDAR DOS MAIS VELHOS (*)

Paula Távora Vitor

Investigadora do Centro de Direito da Família e Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

How sharper than a serpent's tooth it is
To have a thankless child!
King Lear, 1. 4

1. Introdução

As sociedades desenvolvidas e industrializadas (1) debatem-se hoje com um fenómeno historicamente sem precedentes — o envelhecimento das populações — e com todas as novas questões levantadas por esta realidade social, nomeadamente com as que advêm do desequilíbrio inter-geracional que surge como uma das suas principais tendências. Na verdade, no contexto actual, os dados demográficos demonstram-nos que aumentam o número dos mais velhos, graças ao decréscimo da mortalidade, mas também que o declínio da fertilidade conduziu à diminuição do grupo dos mais novos. Assim, a pirâmide demográfica assume uma nova configuração que é demonstrativa deste desequilíbrio entre gerações: insuflam-se as classes do topo e reduz-se progressivamente a base (2).

(*) O texto que aqui se publica corresponde à comunicação apresentada no Colóquio "O Sangue e os Afectos", organizado pelo Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nos dias 9 e 10 de Maio de 2008.

(1) Sobre esta tendência, que sofre alguns desvios, como sucede nos Estados Unidos da América, v. Mary Medeiros KENT e Carl HAUB — *The Demographic Divide: What It Is and Why It Matters*, in *Population Reference Bureau* (www.prb.org).

(2) Ana Alexandre Fernandes, "Velhice, solidariedades familiares e política social — itinerário de pesquisa em torno do aumento da esperança de vida", in *Sociologia, problemas e práticas*, n.º 36, 2001, p. 40, e Joana Sousa Ribeiro, "Processos

Graças a este prolongamento da vida, as novas estruturas familiares (3) que se têm vindo a desenhar na actualidade têm a possibilidade de integrar várias gerações coexistentes (4). Todavia, a forma como estas gerações se relacionam alimenta o imaginário colectivo com retratos distorcidos do fenómeno real. Na verdade, instalou-se o mito social de que existe actualmente uma falta de investimento familiar nos idosos (5).

É certo que nos deparamos hoje com um menor número de pais idosos que coabitam com os seus filhos adultos, tendo crescido a proporção dos idosos que vivem sós (6) (7). E é também verdade que são

de Envelhecimento: A Construção de um Direito Emancipatório", in *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 205.

(3) Joana Sousa Ribeiro, *ob. cit.*, p. 211.

(4) Na verdade, "aumentou o número de famílias trigeracionais, com desenvolvimento e reforço no topo, chegando a haver mais avós do que netos" e torna-se mais frequente a existência de famílias em que coexistem quatro gerações. Ana Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 47.

(5) No estudo realizado estudo relativo à responsabilidade familiar pelos dependentes idosos nos países das Comunidades Europeias realizado pela Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e do Trabalho, entre 1989 e 1991, conclui-se que esta atitude corresponde a "um comportamento clássico em qualquer fase de transição". Também "face às mutações da sociedade familiar, o ser humano tem tendência para sobrevalorizar o passado e valorizar tudo o que é novo". H. Jani-Le Bris, *Responsabilidade familiar pelos dependentes idosos nos países das Comunidades Europeias*, Dublin, CLEIRPPA, 1993, p. 31.

(6) Ana Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 47. O aumento da autonomia dos idosos deve-se também ao facto de disporem hoje de meios acrescidos que permitem a sua independência, não só a nível económico, mas também social e cultural. *Idem*.

(7) Todavia, apesar da tendência para o aumento, Portugal é um dos países da União Europeia, onde encontramos uma menor proporção de idosos a viverem sós. Ana Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 47.

problemáticas e dignas de atenção as situações de solidão e doença, de pobreza e de exclusão social. Todavia, o estereótipo do idoso isolado, desligado do seu contexto familiar não constitui uma fiel representação do real⁽⁸⁾.

Na realidade, a família não deixou de ser o palco principal das trocas intergeracionais⁽⁹⁾. Esta ideia é reforçada pelos mais recentes estudos sociológicos que contrariam a ideia de que o surgimento da "família nuclear", que resultou do processo de industrialização, determinou o corte com a família de origem⁽¹⁰⁾ (11). De facto, nem o domínio da *pequena família* nem as modificações que esta tem sofrido desde então conduziram à destruição destes laços entre pais e filhos, que encontram agora novas formas de se relacionar⁽¹²⁾.

De facto, a mencionada convicção estereotipada da demissão familiar no tratamento dos idosos não encontra fundamento na realidade. Aliás, no contexto europeu, independentemente da diversidade das estruturas familiares ou da realidade social e política, é a família quem tem assumido primordialmente a responsabilidade relativamente aos dependentes idosos⁽¹³⁾.

Todavia, apesar de a família assumir na prática a tarefa de cuidar dos "mais velhos" e de a encarar como o cumprimento de um dever de natureza ética, será que o Direito intervém para tutelar esta situação? Impõe um dever jurídico de o fazer? A quem? Qual a sua configuração?

2. Deveres familiares

2.1. O cuidado familiar da pessoa idosa — referência constitucional

No nosso espaço cultural, é hoje comumente reclamado o "princípio da manutenção do dependente idoso no domicílio"⁽¹⁴⁾. Na verdade, o respeito pela dignidade humana e pelo livre desenvolvimento da personalidade apontam no sentido da preservação do idoso no seu ambiente familiar e social, em detrimento da institucionalização⁽¹⁵⁾.

(8) Martine Segalen, *Sociologia da Família*, Lisboa, Terramar, p. 104 e 105. Neste sentido, Ana Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 39 e 40, e Joana Sousa Ribeiro, *ob. cit.*, p. 212.

(9) Ana Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 47, e Maria João Vaz Tomé que, expressivamente caracteriza a família como o "locus da justiça distributiva e da solidariedade inter-individual e inter-geracional", Maria João Vaz Tomé, "Qualidade de vida: conciliação entre o trabalho e a família", in *Lex Familiaris — Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 1, 2004, p. 52.

(10) Joana Sousa Ribeiro, *ob. cit.*, p. 213, nota 19.

(11) A interpretação deste fenómeno feita por Silvio Bolognini é diferente. Segundo o Autor, há duas fases a considerar neste processo. Identifica, com a primeira revolução industrial, o advento de um golpe significativo na estrutura familiar, que significou a ruptura de vínculos de solidariedade inerentes à relação de parentesco e o surgimento das primeiras manifestações de marginalização da pessoa idosa. Numa segunda fase, com a passagem para a sociedade de consumo, considera que se assiste ao surgimento da concepção do indivíduo como átomo social. Neste contexto, a pessoa idosa torna-se cada vez mais isolada e, segundo Bolognini, corre o risco de se tornar num mero objecto de assistência. Silvio Bolognini, "Lo specifico Senile e la sua tutela", in *Il Meritevole di Tutela* (dir. Luigi Lombardi Vallauri), Milano, Giuffrè, 1990, p. 923.

(12) Karin Wall, "Os grupos domésticos de co-residência", in *Famílias em Portugal* (Karin Wall, org.), Lisboa, ICS, 2005, p. 575. A autonomia dos filhos conduz a um novo tipo de relação que assenta, por um lado, na salvaguarda da intimidade, da liberdade e da autonomia dos filhos e, por outro lado, pressupõe que os pais sejam independentes, tanto do ponto de vista económico, como afectivo. Silvio Bolognini, *ob. cit.*, p. 923.

(13) Para Alison Diduck, o papel fundamental da família na sociedade é, precisamente, o do cuidado dos dependentes. Alison Diduck, "Family Law and Family Responsibility", in *Responsibility, Law and the Family*, Jo Bridgeman, Heather Keating and Craig Lind (eds.), Aldershot, Ashgate, 2008, p. 255. Tal ideia é comprovada pelos dados sociológicos. Ver por todos, Ana Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 47, e Joana Sousa Ribeiro, *ob. cit.*, p. 212.

(14) Pelo menos no espaço europeu. H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 51.

(15) V. Pasquale Stanzione, "L'Età dell'Uomo e la Tutela della Persona: Gli Anziani", in *Rivista di Diritto Civile, Parte Prima*, Anno XXV, 1989, p. 451 e 452.

Como é concretizado tal princípio no nosso ordenamento jurídico? Qual é o posicionamento do direito português face a estas exigências?

Desde logo, a Constituição da República Portuguesa (CRP) não ignora este problema. No seu artigo 67.º, a Lei Fundamental garante o "direito das próprias famílias à protecção da sociedade e do Estado e à realização das condições propiciadoras da realização pessoal dos seus membros" (16). A Constituição consagra, assim, uma garantia institucional da família que advém do facto de ser considerada "elemento fundamental da sociedade" (n.º 1) (17).

A protecção da família assim configurada traz com ela também a protecção da *unidade da família*, nomeadamente do direito à convivência, *i.e.*, do "direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos" (18) e que implica a "criação das condições que permitam essa convivência" (19).

A promoção deste objectivo centra-se sobretudo nos cônjuges (20), mas não pode limitar-se à relação matrimonial. Não nos esqueçamos de que o conceito

constitucional de família é elástico, aberto às diferentes concepções existentes na colectividade e, portanto, inclui também as relações entre pais e filhos maiores (21) (22).

Ora, sendo este um "típico "direito social"", determina uma "imposição constitucional de actividade ou de prestações por parte do Estado (cfr. n.º 2)" (23). Deste modo, para realizar o propósito de protecção da família, incumbe-se o Estado de uma série de tarefas, que vão desde a criação de uma rede de equipamentos sociais de apoio à família à regulamentação dos impostos e dos benefícios sociais, tendo em conta os encargos familiares.

(21) No contexto alemão, o artigo 6 I da Constituição alemã (*Grundgesetz*) que determina a protecção da família pela ordem estadual foi já fundamento de uma decisão do Supremo Tribunal Administrativo de Baden-Württemberg para impedir a deportação de um cidadão albanês com o fundamento de que este teria de cuidar pessoalmente da sua mãe. Considerou-se que a família constitui uma *Beistandsgemeinschaft* (comunidade de auxílio), o que justificaria que aquele que tivesse a seu cargo um membro da família e que só pudesse prestar esse cuidado em território alemão pudesse permanecer no país. Dieter Henrich, "Familiäre Solidarität — Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich", in *Zur Eröffnung des 3. Regensburger Symposium für Europäisches Familienrecht*, (herausgegeben von Dieter Schwab, Dieter Henrich), Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, 1997, p. 7.

(22) O Tribunal Constitucional já teve oportunidade de se pronunciar sobre este conceito constitucional de família no Acórdão n.º 690/98. Em tal decisão, este Tribunal entende que "a referência constitucional à família — fundamentalmente no artigo 67.º, n.º 1, da CRP —, para além do mais, consagra o expreso reconhecimento constitucional dos laços familiares de parentesco, ou seja, consagra um conceito mais alargado de família, que poderemos designar de família-estirpe, ou família-linhagem". Adianta ainda que a "distinção constitucional entre família, por um lado, e matrimónio por outro, referida no artigo 36.º, n.º 1, e ainda entre aquela e os conceitos de paternidade e maternidade, operada nos artigos 67.º e 68.º, em nada dificulta, antes parece espelhar um entendimento e reconhecimento da família como uma realidade mais ampla do que aquela que resulta do casamento, que pode ser denominada de família conjugal. Assim, as referências ao «agregado familiar», aos «equipamentos sociais de apoio à família», como a uma «política de terceira idade» (cfr. artigo 67.º, alíneas a) e b)), são alguns dos índices que relevam a expressa admissão de duas realidades complementares: por um lado, o conjunto nuclear formado pelos cônjuges e descendentes, e, por outro, o conjunto resultante das ligações familiares dos próprios cônjuges — e na primeira linha dos quais se inserirão os ascendentes destes, mas também os irmãos, designadamente." Jorge Miranda e Rui Medeiros também aderem à posição do referido acórdão. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *ob. cit.*, p. 690.

(23) Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 856.

(16) No artigo 67.º da Constituição, é a família que aparece como o sujeito de protecção, não os seus elementos. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, Vol. I, 2007, p. 56 e p. 857. Também para Jorge Miranda e Rui Medeiros, a Constituição impõe uma "concepção personalista da família e do casamento e, por isso, sublinha em conformidade a importância da família e do casamento para realização dos seus membros", in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 394.

(17) Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 856. É assim, nas palavras destes Autores, "uma categoria existencial, um fenómeno da vida, e não uma criação jurídica". Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 856.

(18) Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 858.

(19) Anabela Costa Leão, "Expulsão de estrangeiros com filhos menores a cargo — Anotação ao Acórdão do Tribunal constitucional n.º 232/04", in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 3, p. 31. Anabela Costa Leão considera que este "direito à convivência reveste natureza de direito liberdade e garantia, seja directamente a partir do artigo 36.º, seja analogamente a partir do artigo 67.º". *Idem*.

Ver também Jorge Miranda e Rui Medeiros, *ob. cit.*, p. 693.

(20) Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 857 e 858.

Acresce que o artigo 72.º da Constituição trata a "terceira idade" como categoria merecedora de protecção social por parte do Estado (24). Refere-se, portanto, a direitos sociais, à semelhança do artigo 67.º

A norma constitucional do artigo 72.º, n.º 1, consagra os direitos das pessoas idosas, nomeadamente, o direito a "condições de habitação, de convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social". Estas condições apontam para a "integração familiar dos idosos" e para a criação de mecanismos de natureza comunitária, tais como lares ou centros de convívio (25). Destaca-se, portanto, o convívio familiar como uma dimensão essencial a proteger na chamada "terceira idade" (26).

Face a estes preceitos constitucionais, podemos concluir que a Lei fundamental não faz uma aproximação a um dever familiar de cuidar dos idosos (27). Em ambas as normas constitucionais que se referem ao "cuidado dos idosos", estamos perante

"direitos sociais", que se caracterizam por exigirem do Estado uma actividade de natureza prestacional. Assim, a imposição constitucional deste cuidado faz-se ao Estado que, segundo o artigo 67.º da Constituição, deve promover a unidade da família, e em particular as condições de convivência familiar das pessoas idosas, tal como é definido no artigo 72.º (28).

Procuremos, então, o dever familiar de cuidar dos mais velhos noutros estratos do nosso ordenamento jurídico.

2.2. Um dever familiar

Uma das funções sociais da família é garantir que o indivíduo encontre a satisfação das suas necessidades primárias, sobretudo quando não o consegue fazer por si só (29). E, como vimos, o

(24) Gomes Canotilho e Vital Moreira explicam a relevância constitucional atribuída a este tema, sublinhando que "os direitos das pessoas idosas assumem tanto mais importância quanto é certo que os progressos nas condições de vida e nos cuidados de saúde vão prolongando a esperança média de vida, ampliando por conseguinte o tempo entre o abandono da vida activa e o fim da vida". Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 884.

(25) Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 884.

(26) Gomes Canotilho e Vital Moreira sublinham que "este paradigma constitucional da pessoa idosa acolhe as ideias da aceitação, promoção e inserção dessa pessoa — cultura positiva da velhice —, visando dar um estatuto autónomo e activo (*successful aging*), contrariamente às ideias tradicionais de reforma passiva e "desactivada" (envelhecimento passivo)". Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 884 e 885.

(27) A doutrina espanhola, por seu turno, vê no artigo da Constituição espanhola que diz respeito à "terceira idade" (artigo 50), a referência aos idosos como beneficiários de prestações sociais, mas "sem prejuízo de recordar as obrigações familiares a este respeito". Angela Figueroa Burrieza, "La protección constitucional de las personas mayores", in *Protección jurídica de los mayores*, Madrid, La Ley, 2004, p. 43 e 45. Segundo Nieves Martínez Rodríguez, "o artigo 50 da CE ao referir-se às obri-

gações do Estado para com os idosos "com independência das relações familiares" sem dúvida, supõe um reconhecimento implícito da função assistencial da família para com os seus idosos". Nieves Martínez Rodríguez, "Los mayores como beneficiarios de prestaciones familiares", in *Protección jurídica de los Mayores*, Madrid, La Ley, 2004, p. 137. Já para Angeles de Palma, o artigo 50 da Constituição Espanhola (CE), apesar de usar a expressão "com independência das relações familiares", dirige-se exclusivamente aos poderes públicos e impõe-lhes o dever de promover o bem-estar dos cidadãos durante a terceira idade mediante um sistema de serviços sociais, obrigação que deve ser cumprida, segundo a CE, com independência das obrigações familiares. Segundo a Autora, o artigo 50 CE impõe um dever aos poderes públicos, não à família. E este dever não é subsidiário das obrigações familiares. Será antes o contrário. E conclui que os poderes públicos têm o dever constitucional de garantir a suficiência económica dos cidadãos de terceira idade, enquanto que o dever dos parentes de prestar alimentos tem uma base exclusivamente legal. Angeles de Palma, "Respuestas de la Administración al envejecimiento de la población", in *El Envejecimiento de la Población y la Protección jurídica de las Personas Mayores*, Cedecs, Barcelona, 2002, p. 148.

(28) Como nos ensina Gomes Canotilho, estes direitos sociais configuram verdadeiros direitos subjectivos, embora a sua operatividade fique na dependência da actividade positiva do legislador, que crie condições para o seu exercício. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 476.

(29) Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid, Tecnos, Vol. IV, 2002, p. 36.

grupo familiar não abdicou desta responsabilidade (30). Assumiu as finalidades de protecção que se lhe atribuem, finalidades estas que “transcendem os interesses estritamente individuais, de modo que o seu cumprimento não se pode deixar ao arbítrio individual” (31), reclamando a intervenção do Direito.

Ora, na base desta actuação da família, estão muitas vezes preceitos éticos de que o Direito se apropriou para converter em regras jurídicas (32). É o que acontece no contexto do que nos propomos tratar. Na verdade, vimos já que, antes de um dever jurídico, existem normas de natureza ética que preceituam que os familiares se amparem mutuamente em situações de necessidade.

Lembre-mos que este conteúdo ético também determina que “não obstante a regulação jurídica, os comportamentos reais se produzam à margem do direito e por outro tipo de impulsos e motivações”. Assim, o Direito só intervirá em situação de crise (33) (34). Estaremos perante uma situação de crise quando os obrigados à prestação de auxílio ao dependente idoso se abstenham de o fazer.

(30) Isto apesar da sua reconfiguração, devida também à tendência para a progressiva assunção de finalidades tradicionalmente atribuídas à família por outras organizações sociais. Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, *ob. cit.*, p. 40.

(31) Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, *ob. cit.*, p. 43.

(32) Jonathan Herring, “Together Forever? The Rights and Responsibilities of Adult Children and their Parents”, in *Responsibility, Law and the Family*, Jo Bridgeman, Heather Keating and Craig Lind (eds.), Aldershot, Ashgate, p. 53. Herring equaciona o que pode levar a que uma obrigação moral venha a ser convertida numa obrigação legal. Jonathan Herring, *Family Law*, 3.ª Ed., Harlow, Pearson, 2007, p. 668.

(33) Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, *ob. cit.*, p. 42, e Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª Ed. (reimp. Da edição de 1997), Coimbra, Almedina, 2001, p. 93.

(34) Não nos esqueçamos, todavia, da advertência de Diogo Leite de Campos, que caracteriza o Direito da Família como a lei das obrigações imperfeitas e das sanções imperfeitas, que “falha, sobretudo, na regulamentação das relações pessoais”. Diogo Leite de Campos, *ob. cit.*, p. 93.

Ora, em que consiste esta prestação de auxílio? Abrangerá um leque vasto de comportamentos, mas não definido *a priori* pela lei. A sua existência está prevista na lei em abstracto para os que ostentam entre si determinadas relações familiares (35), mas é necessário determiná-la em concreto.

Para o fazer temos, por um lado, que avaliar a situação de necessidade do credor, que pode ir desde um grau muito diminuto, se este mantiver praticamente toda a sua autonomia, até a uma situação de total dependência, exigindo acompanhamento permanente por parte de outrem. Por outro lado, temos de determinar as possibilidades do obrigado, cuja disponibilidade e aptidões para atender o familiar necessitado podem variar grandemente.

Congrega, portanto, um feixe variável de prestações de facto positivo, já que consiste numa série de condutas do devedor que se traduzem num *facere*, numa actividade deste (36).

2.3. Distinção de figuras afins

a) Dever de alimentos

O dever de auxílio não pode confundir-se com outro marco incontornável da solidariedade familiar — a obrigação de alimentos (37). Apesar da proxi-

(35) Vejam-se artigo 1674.º para o cônjuge e o artigo 1874.º para os filhos (ambos os artigos do Código Civil).

(36) Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 6.ª Ed., Coimbra, Almedina, p. 587.

(37) Dieter Henrich, analisando a formulação do Código Civil do Zaire, lembra que não é susceptível de execução coactiva o cumprimento do dever de cuidar, mas que tal será diferente quando a obrigação tem natureza pecuniária. Dieter Henrich, *ob. cit.*, p. 2 e 3.

midade que esta obrigação pode apresentar com o dever de cuidar do dependente (38), já que possuem finalidades análogas, não se trata do mesmo dever — a obrigação de alimentos visa acorrer às necessidades de natureza económica do alimentando e o dever de auxílio também diz respeito a um credor numa situação de necessidade, mas de natureza diferente.

O dever de alimentos traduz-se, em regra, numa obrigação pecuniária de prestações mensais. No entanto, o legislador permite que possa ser prestada "em (...) casa e na companhia" do obrigado a alimentos (cf. artigo 2005.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil), quando este demonstre que os não pode prestar naqueles termos. Nesse caso, traçar a fronteira entre estes dois deveres torna-se ainda mais difícil. Na verdade, a observação da realidade pode levar-nos a concluir que o seu cumprimento configura a prática dos mesmos actos. Todavia, na base do surgimento do dever de auxílio não estará a necessidade económica. Na prática, estes dois deveres podem até surgir simultaneamente, e quem tem necessidade de alimentos também poderá ter, e muitas vezes terá, quando falamos da dependência na velhice, necessidade de auxílio nas suas actividades quotidianas. No entanto, é necessário separá-los idealmente, tomando como referência as situações em que não há carência económica, para podermos tratá-los autonomamente.

(38) Pires de Lima e Antunes Varela criticam a decomposição do dever de assistência no dever de cooperação e no actual dever de assistência (prestação de alimentos e contribuição para os encargos da vida familiar). Sustentam que se tratou de uma cisão artificial e que os novos textos dos artigos 1674.º e 1675.º criaram uma distinção entre responsabilidades inerentes à vida da família (artigo 1674.º) e encargos da vida familiar (artigo 1675.º), "que não se sabe ao certo em que consiste". Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. IV (artigos 1576.º a 1795.º), Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 263.

Esta distinção entre os referidos dois deveres será igualmente relevante para a determinação dos sujeitos obrigados. No que diz respeito à obrigação de alimentos, este elenco é vasto, incluindo não só o cônjuge e ex-cônjuge, os descendentes e ascendentes, mas também os irmãos, os tios (39) e até o padrasto ou a madrastra (40).

Ora, quer parecer que a exigência de cuidar de outrem nunca se poderia estender a um elenco tão vasto.

b) Deveres do tutor (ou do curador)

Importa ainda distinguir o dever de auxílio dos deveres do tutor ou do curador.

Se estivermos perante uma pessoa incapacitada, o elenco do artigo 143.º do Código Civil representa uma referência para determinar aquele que desempenhará o cargo de tutor. Aqui a família ocupa um lugar de destaque. Na verdade, neste elenco encontramos o cônjuge, os progenitores e os filhos maiores da pessoa incapacitada (41).

Todavia, para que se decrete a interdição ou a inabilitação é necessário que estejamos perante um dos fundamentos indicados pela lei civil — anomalia psíquica, surdez-mudez e cegueira ou ainda, e apenas para o caso da inabilitação, prodigalidade e abuso de bebidas alcoólicas ou estupefacientes — e

(39) Ainda que apenas "durante a menoridade do alimentando" (artigo 2009.º, n.º 1, al. e), do Código Civil).

(40) Mas só "relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge a cargo deste" (artigo 2009.º, n.º 1, al. f), do Código Civil).

(41) Esta sequência só é intercalada no segundo lugar pela pessoa designada pelos pais ou pelo progenitor que exercer o poder paternal (artigo 143.º, n.º 1, al. b), do Código Civil).

que a sua verificação implique a incapacidade para reger a sua pessoa e/ou os seus bens (artigos 138.º, n.º 1, e 152.º do Código Civil). Assim, teremos variadas situações de dependência na velhice que não são passíveis de convocar estes mecanismos de protecção, nomeadamente doenças ou deficiências que provoquem dificuldades de ordem puramente física.

Também não podemos identificar o dever do tutor ou do curador de velar pelos interesses da pessoa incapacitada, representando-o ou assistindo-o, com o “dever de cuidar” pessoalmente da pessoa incapacitada. O tutor tem o dever de suprir a incapacidade, representando-o, tomando decisões em vez do interdito. Ao curador, por regra, enquanto assistente, incumbe autorizar actos do inabilitado (artigo 153.º do Código Civil). Ora, esta substituição ou este controlo no processo decisório da pessoa objecto de cuidado não existe no cumprimento do dever de auxílio.

Por fim, não nos podemos esquecer de que, apesar da posição privilegiada de alguns familiares para se tornarem tutores, podemos encontrar outras figuras, que não apresentem qualquer vínculo de natureza familiar com a pessoa incapacitada, a desempenharem este papel.

2.4. Os sujeitos

a) Os “mais velhos”

Quem são “os mais velhos” que se apresentam como possíveis titulares do direito que aqui se analisa?

Ao contrário do que acontece com as crianças e os jovens, que *grosso modo* podemos inserir na cate-

goria dos menores de idade, quanto aos “mais velhos” ou às “pessoas idosas”, já não encontramos um critério unívoco que nos permita delimitar claramente este círculo de sujeitos.

Desde logo, sabemos que se trata de pessoas maiores. Mas maiores de que idade? Percorrendo o nosso sistema jurídico, encontramos diferentes barreiras etárias que remetem para a ideia de idade avançada; em alguns casos fixam-se os 60 anos⁽⁴²⁾, mais comumente os 65 anos⁽⁴³⁾, mas também encontramos referências aos 70⁽⁴⁴⁾ ou 80 anos⁽⁴⁵⁾.

A clássica definição dos 60 ou 65 anos como limiar da idade da velhice “decorre directamente da determinação oficial da idade de acesso à reforma”. A própria Constituição, como vimos, contempla expressamente a “terceira idade”, uma qualificação da velhice que se apoia na ideia do ciclo de vida ligado à produção, que se identifica com a idade pós-laboral⁽⁴⁶⁾. Todavia, o estabelecimento deste limiar tem sido objecto de críticas⁽⁴⁷⁾, que propõem a desvinculação da idade da reforma, apontando

(42) Ver, por exemplo, os artigos 1720.º, n.º 1, al. b), e 1979.º, n.º 3 e 4, do Código Civil, artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 391/91, de 10 de Outubro.

(43) Cf., a título de exemplo, o artigo 1934.º, n.º 1, al. g) do Código Civil, os artigos 20.º, 21.º e 32.º, entre outros, do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de Maio, e artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 220/2006, de Novembro.

(44) Cf. artigo 2085.º, n.º 1, al. a), do Código Civil.

(45) Veja-se o artigo 114.º, n.º 1, do Código Civil.

(46) Pasquale Stanzione, *ob. cit.*, p. 441. V. também Jonathan Herring, *Family Law*, 3.ª Ed., Harlow, Pearson, 2007, p. 663. Silvio Bolognini lembra-nos que na sociedade agrícola-rural, a idade não constituía fundamento para criar um grupo separado. Estas condições só surgem com a sociedade urbano-industrial. Silvio Bolognini, *ob. cit.*, p. 924.

(47) Estas críticas advêm, desde logo, do facto da idade da reforma, que coincide com a “definição institucional de velhice” ter sido objecto de tentativas de adiamento, por um lado; por outro lado, as situações de reforma antecipada (e também de desemprego prolongado) vêm apontar para a existência de uma nova idade, “uma nova fase do ciclo de vida situada entre o fim do trabalho e a velhice propriamente dita”. Ana Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 42, 44 e 45.

para novos critérios de definição da velhice (48). A velhice surge agora "de forma mais nítida, associada à incapacidades físicas, psíquicas e mesmo materiais que surgem nas idades muito avançadas" (49).

Além da referência que algumas normas fazem à "idade" (50), à "terceira idade" ou à "velhice" (51), também encontramos preceitos que, não se limitando a ter como destinatários "os mais velhos", se reportam a categorias em que estes são especialmente representativos. É aqui que encontramos como exemplos mais significativos (52) a alusão aos "ascendentes" (53) ou à "vivez" (54).

Ainda assim, a idade avançada não se apresenta como fundamento suficiente para a criação artificial de uma categoria autónoma da velhice, alvo de um tratamento jurídico unitário (55), embora determi-

nadas situações potenciadas pelo envelhecimento possam e devam ser tidas em conta pelo Direito. Isto, porque a idade avançada não determina a existência de uma categoria homogénea de sujeitos (56). Na verdade, não implica necessariamente uma saúde débil, que funde uma situação de dependência de algum grau, nem constitui fundamento para incapacitação (57) (58). De facto, nem todas as pessoas

mento, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 233. Ora, como vimos, não é possível, em relação aos mais velhos, criar uma categoria que inclua um conjunto de indivíduos que, por reunirem características comuns, justifique a elaboração de um regime jurídico unitário. É difícil afastar a tentação de juntar sob o mesmo título um conjunto de estereótipos associados à velhice — o idoso como dependente, como incapaz, como carenciado, como beneficiário de prestações sociais, como avó, como vítima de determinados crimes ou como viúvo, por exemplo. Apesar da conveniência didática e mesmo científica do isolamento destas categorias para determinar as questões jurídicas que se associam mais comumente ao envelhecimento, pensamos que tal não apresentaria vantagens que compensassem o inconveniente de criar juridicamente uma sub-categoria de adultos, o que constituiria um passo para aumentar a discriminação em razão da idade. No entanto, esta posição não é unânime no contexto português. Veja-se em sentido contrário Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, AAFDL, Lisboa, 2008, p. 377.

(48) Jonathan Herring, *Family Law... cit.*, p. 663. Pasquale Stanzone identifica as diferentes posições em que se pode encontrar o *anziano*: autosuficiente e não necessitado; autosuficiente e necessitado; não autosuficiente e não necessitado; não autosuficiente e crónico. Lembra ainda que esta "não autosuficiência" pode ser de natureza económica, pode ancorar-se em dificuldades relacionais, sociais e culturais ou consistir na inacessibilidade dos serviços ou na carência de informações. Pasquale Stanzone, "L'età dell'Uomo e la Tutela della Persona: Gli Anziani", in *Rivista di Diritto Civile*, Parte Prima, Anno XXV, 1989, p. 440.

(49) Em Itália, no projecto inicial de criação da figura de protecção de pessoas com capacidade diminuída da *amministrazione di sostegno*, as pessoas idosas eram indicadas como um dos grupos-alvo desta medida (v. artigo 12). A eleição da idade avançada como um factor de recurso a esta medida deu origem a um coro de críticas no seio da Doutrina italiana. Assim, EMILIO VITO NAPOLI considerou que "a referência à idade avançada para daí inferir a aplicação de um instituto restritivo da capacidade é indicativo de uma consideração inferior do homem ligada a uma fase da vida humana". Também aderimos a esta crítica já que, como já referimos, a idade avançada não implica falta de capacidade para cuidar dos seus interesses, embora possa estar associada a determinados estados patológicos. Emilio Vito NAPOLI, "Una terza forma d'incapacità di agire", in *Giustizia Civile*, Vol. LII, Setembro, 2002, p. 380. Ver também Leonardo MILONE, "Il disegno di legge n. 2189 sull'amministratore di sostegno", in *Famiglia-Quaderni — La Riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Vol. I, 2002, p. 106, e Gilda FERRANDO, "Protezione dei soggetti deboli e misure di sostegno", in *Famiglia Quaderni — La Riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Vol. I, 2002, p. 129, e C. Massimo BIANCA, *L'Aut-*

(48) Com certeza que não poderemos aderir à definição da velhice como o "estado civil daquele que sabe que se vai abrir a sua sucessão" ou daquele que sabe que é "um de cuius em potência". Gérard Lyon-Caen, "Une vieillesse sans droit", in *Recueil Dalloz-Sirey*, 1991, p. 115.

(49) Ana Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 46.

(50) Ver, por exemplo, artigos 132.º, n.º 2, al. b), 146.º, 152.º, 155.º, 158.º do Código Penal.

(51) Cf. artigos 72.º, 63.º, 64.º, 67.º da Constituição da República Portuguesa.

(52) Embora as situações de "debilidade" (artigos 204.º e 210.º Código Penal), de "dependência" (artigo 282.º do Código Civil) ou de "invalidez" (artigo 63.º, n.º 3, da CRP) possam exibir uma mais ou menos estreita associação com a idade avançada, é sempre importante notar o perigo de identificação destas situações.

(53) Ver, por exemplo, os artigos 496.º, 1844.º, n.º 1, als. a) e b), 1887.º-A, 1978.º, n.º 4, 1981.º, n.º 1, al. d), 1984.º, al. b), 1986.º, 2009.º, n.º 1, al. c), 2103.º-A ("cônjuge sobrevivente"), 2133.º, n.º 1, al. b), 2157.º, 2160.º, 2161.º do Código Civil e os artigos 132.º, n.º 2, al. a), e 146.º do Código Penal.

(54) A título de exemplo, ver artigo 1677.º-A, artigo 2018.º, do Código Civil e o artigo 63.º, n.º 3, da CRP.

(55) A criação de um diploma que consagre o regime jurídico relativo aos idosos teve já lugar no Brasil com o Estatuto do Idoso. Parece-nos que tal tentativa por parte do legislador apresenta os seus perigos, designadamente tentação de decalcar princípios relativos ao Direito das Crianças e dos Jovens, tal como aconteceu no contexto brasileiro, em que se elaborou uma lei fortemente inspirada pelo anteriormente existente Estatuto da Criança e dos Adolescentes. Siro Darlan de Oliveira, "O Estatuto do Idoso", in *Direito da Infância, da Juventude e do Envelheci-*

idosas são dependentes e, quando o são, o grau de dependência varia de caso para caso.

No que diz respeito à questão que agora nos ocupa, podemos desde já adiantar que não basta estarmos perante uma pessoa idosa, sem mais, para encontrarmos o titular de um direito a beneficiar dos cuidados por parte dos seus familiares. Exige-se algo mais. Este *plus* será o facto de tal sujeito ter de se revelar *necessitado de auxílio*.

b) Os familiares cuidadores

E quem se encontra do lado passivo da relação? Perguntamo-nos se existe um dever *familiar*, ou seja, a cargo dos familiares. Todavia, as relações familiares são variadas, compreendendo a relação matrimonial, o parentesco, a relação de adopção e a afinidade (artigo 1576.º do Código Civil).

É certo que os membros de uma família podem ser considerados membros de uma mesma comunidade solidária⁽⁵⁹⁾. No entanto, nem todos são titulares dos mesmos direitos e deveres. É o legislador que os determina. Define, desde logo, em termos gerais, que a relevância está limitada, na linha colateral, a partir do sexto grau (artigo 1582.º do Código Civil).

Devemos, então, estreitar o grupo dos familiares a quem pode ser imposto o "dever de cuidar" do idoso dependente.

onomia Privata..., cit., p. 121. A redacção final do artigo 404 do Código Civil italiano acabou por eliminar este factor.

⁽⁵⁹⁾ No já referido estudo realizado pela Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e do Trabalho não se adoptou uma definição única de dependência, dadas as disparidades dos conceitos que vigoram em cada país. Todavia, definiu-se que a dependência poderia ser tanto de natureza física como psíquica. H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 18.

⁽⁶⁰⁾ Dieter Henrich, *ob. cit.*, p. 1.

Parece que a figura que temos denominado "dever de cuidar" se identifica com os deveres de cooperação e de auxílio de que o legislador português encarregou, respectivamente, o cônjuge e os filhos. De facto, não encontramos referência a um tal dever/direito senão relativamente a estes sujeitos.

O que deriva deste dever não é pacífico⁽⁶⁰⁾ e, para o determinarmos, teremos de considerar separadamente a posição do cônjuge e dos filhos.

aa) O dever do cônjuge

O legislador civil português optou por estabelecer um elenco (imperativo⁽⁶¹⁾) de deveres aos quais os cônjuges se encontram reciprocamente vinculados (artigo 1672.º CCiv). Entre estes encontramos o dever de cooperação⁽⁶²⁾.

Nos termos do artigo 1674.º do Código Civil, os cônjuges devem-se "socorro e auxílio mútuo" e a assunção em conjunto das responsabilidades inerentes à vida familiar. Isto quer dizer que têm a obrigação de se apoiarem em todas as vicissitudes da sua existência,

⁽⁶⁰⁾ Dieter Henrich, *ob. cit.*, p. 4.

⁽⁶¹⁾ Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira explicam-nos que tal resulta dos artigos 1618.º, n.º 2, e 1699.º, n.º 1, al. b), que determinam que não se possam excluir por via convencional os deveres conjugais. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 4.ª Ed., 2008, p. 348.

⁽⁶²⁾ No seu Comentário ao Código Civil, Pires de Lima e Antunes Varela consideram o dever de cooperação o resultado "da decomposição artificial do conteúdo do genérico dever de assistência, a que se referia o artigo 1673.º, na sua versão inicial". Na verdade, nesta versão era o dever de assistência que compreendia a obrigação de socorro e auxílio, mas também a de prestação de alimentos e de contribuição para as despesas domésticas. *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 258 e 259 e p. 263. Leonor Beza considerava que o dever de assistência "cedeu parte" ao dever de cooperação. Maria Leonor Pizarro Beza, "Os efeitos do casamento", in *Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, Conselho Geral, Instituto da Conferência, 1981, p. 112.

i.e., devem-se assistência espiritual, mas também amparo físico ou material (63). Entre as situações mais carecidas de apoio, encontramos, sem dúvida, as de doença e de dependência. Assim, poderemos afirmar sem dúvidas que um cônjuge tem o dever de cuidar do outro no caso de este se encontrar numa situação de dependência, inclusivamente associada à velhice.

A realidade social mostra-nos que, por regra, o cônjuge é o primeiro cuidador (64), aceitando-se que age com base na solidariedade conjugal *vitalícia* (65), um valor social que se apoia no carácter tendencialmente perpétuo do casamento (66). Mas quais os termos em que se presta este auxílio?

O cumprimento dos deveres conjugais não obedece a um figurino pré-definido pela lei, pode ser levado a cabo de formas diversas, consoante os interesses dos cônjuges. Depende, assim, das circunstâncias concretas da relação conjugal e da forma como aqueles configuraram a sua relação.

Todavia, também quanto à forma como se presta o cuidado, podemos fazer uma aproximação mais precisa se considerarmos outro dos deveres conjugais legalmente previstos. Na verdade, no elenco do artigo 1672.º do Código Civil também encontramos o dever de coabitação. Este, na sua vertente de comunhão de habitação, implica que ambos os cônjuges vivam na residência da família, que terá sido determinada por eles de comum acordo (67).

(63) Esta é a formulação de Pires de Lima e Antunes Varela, *idem*, p. 263.

(64) H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 72, e Ana Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 41.

(65) H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 85.

(66) Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 211 e 212.

(67) V. o artigo 1673.º, n.º 1, do Código Civil, que determina as circunstâncias que terão de ser atendidas na determinação da residência da família: as exi-

Assim sendo, em princípio, o cônjuge do dependente desempenhará a sua actividade de auxílio em relação a este enquanto com ele coabita. Há, no entanto, situações em que não existe coabitação entre os cônjuges e em que não estamos perante um caso de separação de facto. Desde logo, porque o dever de coabitação, como nos ensinam Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, se reveste de "grande plasticidade", havendo situações em que os cônjuges mantêm residências separadas e há "comunhão de vida" (68). Para existir separação de facto, além da ausência de vida em comum dos cônjuges, também teremos de ver preenchido o elemento subjectivo, ou seja, o "propósito dos cônjuges de não restabelecerem a vida em comum" (artigo 1782.º do Código Civil). Assim, poderemos encontrar situações em que os cônjuges não vivem juntos e, ainda assim, não haverá o incumprimento deste dever. Será o caso de um cônjuge que, por razões de doença, se encontra internado em estabelecimento de saúde. Não partilha a residência com o outro cônjuge, mas pode persistir a intenção de, uma vez superada tal fase, retomar a coabitação. E ainda que não haja, de facto, coabitação, persiste o dever de cooperação. Assim, podemos ver tal dever a ser cumprido, por exemplo, quando o cônjuge ajuda a tomar as refeições ou continua a realizar tarefas de que o outro se ocupava na casa de morada da família.

Mas este dever molda-se "consoante as necessidades de quem recebe e as possibilidades de quem

gências da sua vida profissional e os interesses dos filhos, procurando salvaguardar a unidade da vida familiar.

(68) Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 353.

presta" (69), o que varia em cada situação concreta, face à realidade da vida pessoal e da vida matrimonial dos cônjuges. Ora, não raro, nos casos de dependentes idosos, encontramos do outro lado também um cônjuge idoso, que poderá padecer de uma dependência de maior ou menor grau. Sem dúvida que, na configuração do dever concreto, se terá de ter em conta estes factos.

Os dados sociais demonstram-nos também que, em Portugal, à semelhança do que acontece nos países mediterrânicos, é raro que um homem cuide de outra pessoa, mesmo que seja o seu cônjuge (70).

Este padrão comportamental não está em harmonia com os objectivos traçados pelo nosso sistema jurídico. Na verdade, um dos princípios fundamentais por que se norteiam os efeitos pessoais do casamento é o princípio da igualdade (artigo 1671.º do Código Civil). Tem, aliás, assento constitucional, sendo um princípio estruturante do regime geral dos direitos fundamentais, consagrado em termos gerais no artigo 13.º da CRP e previsto expressamente no artigo 36.º, n.º 3, da CRP no que se refere às relações entre os cônjuges (71). E determina que os cônjuges estejam *reciprocamente* vinculados aos deve-

res conjugais enunciados legalmente. Assim, não existem deveres próprios do marido e deveres próprios da mulher e, portanto, o dever de cooperação impõe-se a ambos da mesma forma (72).

bb) O dever dos filhos

No capítulo respeitante aos efeitos da filiação, o Código Civil consagra que pais e filhos se devem "mutuamente respeito, auxílio e assistência" (artigo 1874.º, n.º 1, do Código Civil). Esta formulação legal não distingue filhos menores de filhos maiores (73) e impõe estes deveres independentemente de haver coabitação com os seus progenitores (74).

É certo que, tendo em conta a diversidade de situações que pode abranger e as diferentes condições dos sujeitos envolvidos, apesar de se imporem *mutuamente* a pais e filhos, estes deveres, e particularmente o dever de auxílio, não são passíveis de apresentar a mesma configuração, a mesma extensão e o mesmo fundamento em todos os casos.

Recentes estudos sociológicos têm demonstrado a importância das trocas que se estabelecem entre pais idosos e seus filhos e netos. Todavia, estas assumem na prática formatos diversos. Vemos, assim, por regra, as pessoas idosas a apoiarem financeiramente

(69) Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 264.

(70) É certo que as mulheres sobrevivem mais do que os homens, mas tal acontece igualmente noutros países europeus onde encontramos o cônjuge marido a assumir o papel de cuidador. Ana Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 41, e H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 72 e 73.

(71) Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira explicam-nos que a formulação do artigo 36.º, n.º 3, da Constituição, embora se refira apenas aos "direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos", não impede a aplicação deste princípio a outros aspectos, como a responsabilidade por dívidas ou a administração dos bens dos filhos. O artigo 36.º, n.º 3, da CRP, segundo os nossos Professores, quer significar que a igualdade de homem e mulher perante a lei, expressa no artigo 13.º, n.º 2, não se perde com o casamento. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 339.

(72) Jorge Duarte Pinheiro sublinha o carácter de reciprocidade insito nas obrigações implicadas pelo dever de cooperação como nota distintiva relativamente ao dever de assistência. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, AAFDL, Lisboa, 2008, p. 454 e 455.

(73) Jorge Duarte Pinheiro considera que estes deveres paterno-filiais perdem intensidade quando o filho sai de casa dos pais e "ressurgem com força sobretudo ao serviço dos pais quando estes envelhecem". *Ob. cit.*, p. 275 e 276.

(74) Esta interpretação torna-se ainda mais clara se considerarmos o n.º 2 do artigo 1874.º do Código Civil, que põe a hipótese da existência de vida comum, resultando daqui a *contrario* a possibilidade de esta não existir.

filhos ou netos e estes a prestarem ajuda “na forma de serviços” aos seus ascendentes idosos (75).

Assim, o dever de auxílio que a lei impõe apenas aos descendentes no primeiro grau é assumido socialmente por estes, mas também por pessoas ligadas por outros vínculos familiares. É aqui que encontramos os netos, descendentes no segundo grau, em relação aos quais o ordenamento jurídico não impõe qualquer obrigação desta índole (76). Fá-lo quanto à obrigação de alimentos, pois o elenco dos obrigados refere-se aos descendentes sem restrições (artigo 2009.º, n.º 1, al. b), do Código Civil), mas não quanto a este dever.

Na prática, encontramos também a desempenhar o papel de cuidador pessoas ligadas por vínculos de afinidade. Tendo em conta que existe uma predominância feminina na prestação de cuidados, verificamos que quando estes são assumidos por descendentes, os cuidadores são as filhas, mas também encontramos, embora numa menor percentagem, as noras (77). Ora, quanto a estas, não existe qualquer dever de natureza jurídica face aos seus sogros, que são seus afins no primeiro grau, da linha recta ascendente. Nem sequer existe o paralelo com a obrigação de alimentos que, no que diz respeito aos afins,

só abrange o padraсто ou a madraста durante a menoridade do alimentando (artigo 2009.º, n.º 1, al. f), do Código Civil). Todavia, parece-nos que poderemos encontrar um fundamento jurídico, embora mais ténue, para a assunção de um dever. Pensamos que a actividade de um afim como cuidador pode encontrar enquadramento na segunda faceta do dever conjugal de cooperação, que se refere às “obrigações inerentes à vida familiar”. Será assim não um dever relativo ao seu afim (sogro), mas um dever relativo ao seu cônjuge. Este está vinculado por um dever de auxílio relativamente ao seu progenitor art. 1874.º do Código Civil) e pode convocar a cooperação do cônjuge no cumprimento desta função. Na verdade, segundo Pires de Lima e Antunes Varela as “obrigações inerentes à vida familiar” referem-se a “deveres de carácter pessoal que não aproveitam directamente aos cônjuges, como sejam os deveres de criação e educação dos filhos e os deveres de assistência para com os parentes de um ou outro que estejam a seu cargo” (78). No entanto, tal como estes Autores questionamo-nos acerca da razão pela qual “a lei fala em responsabilidades (e não providências) e pretende que os cônjuges as assumam em conjunto” (79). Na verdade, como vimos, a responsabilidade não é em relação ao afim, mas sim em relação ao outro cônjuge. Portanto, mais correcto seria mencionar as providências que assumem em conjunto. O facto de se afastar a existência de uma obrigação face à pessoa que

(75) Claudine Attias-Donfut, Introduction, in *Les Solidarités entre Générations, Vieillesse, Familles, État*, Essais et Recherches, Nathan, 1995, p. 13, e Claudine Attias-Donfut, “Le double circuit des transmissions”, in *Les Solidarités entre Générations, Vieillesse, Familles, État*, Essais et Recherches, Nathan, 1995, p. 71 ss. e 76 ss.

(76) As relações pessoais entre avós e netos são objecto de tratamento jurídico quando centradas no tradicionalmente chamado “direito de visita dos avós”. Sobre este direito no contexto português, v. Rosa Martins e Paula Távora Vitor, *A propósito do “Direito de Visita” dos Avós no Contexto Português — Algumas Reflexões acerca do seu Fundamento e Natureza Jurídica*, in *O Cuidado como Valor Jurídico*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008, p. 207-217.

(77) H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 66, e Joana Sousa Ribeiro, *ob. cit.*, p. 214, nota 22.

(78) Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 264, cuja opinião é seguida por Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 454. Eduardo dos Santos pronuncia-se em sentido diferente. Considera que diz respeito “às responsabilidades decorrentes da educação e da procriação dos filhos”. Eduardo dos Santos, *Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 287.

(79) Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 264.

requer cuidado, faz com que também a intensidade desta actuação seja reduzida e, em princípio, ancilar relativamente às tarefas desenvolvidas pelo filho, este sim o verdadeiro vinculado ao dever de auxílio.

Tomando como assente que o dever de auxílio existe a cargo dos filhos maiores, importa determinar seu conteúdo.

Antes de mais, será indispensável lembrar o contexto familiar em que se desenham estas relações. No passado, no quadro da *grande família*, a alta natalidade garantia que o cuidado dos poucos que atingiam idades mais avançadas se repartisse pelos numerosos filhos. Em tais circunstâncias não era difícil desenvolver e conservar normas que tornassem obrigatória a prestação de cuidados por parte dos filhos. No presente, as possibilidades das famílias prestarem cuidados, nomeadamente recebendo em casa os pais idosos, são menores ⁽⁸⁰⁾.

É certo que o figurino tradicional da prestação de cuidados a idosos dependentes em Portugal, tal como nos outros países do sul da Europa, é o da coabitação com os prestadores de cuidados ⁽⁸¹⁾. Todavia, não existe qualquer imposição legal no sentido desta coabitação.

Lembre-mo-nos que, na esteira do que já dissemos quanto ao dever do cônjuge, este dever de auxílio se estrutura tendo em conta as necessidades de quem reclama cuidados e as possibilidades de quem os presta.

Assim, poderemos ter diversos graus de dependência que justificam diferentes níveis de intervenção

⁽⁸⁰⁾ Entre outros factores porque as famílias se tornaram mais pequenas, o espaço da habitação mais reduzido e as exigências profissionais são maiores. Dieter Henrich, *ob. cit.*, p. 4.

⁽⁸¹⁾ Isto é evidente quanto aos cônjuges, mas também é frequente nos dependentes quando o grau de dependência é grande. H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 69.

por parte do cuidador, sendo que só os casos mais graves implicariam a coabitação.

Sendo assim, será que nestes casos "mais graves", embora não exista a imposição autónoma de um dever de coabitação, o cabal cumprimento do dever de auxílio a vai exigir?

Em primeiro lugar, é necessário considerar o segundo elemento desta equação, as "possibilidades" do prestador de cuidado. Se não houver condições ao nível da sua própria habitação para receber o dependente idoso, tal não se lhe imporá.

E se estas "condições de habitabilidade" forem satisfatórias?

Uma das principais características do chamado modelo moderno da família é a não coabitação intergeracional. Na idade adulta, por regra, a pessoa vive só ou integrada num casal ⁽⁸²⁾.

No caso de não existirem relações cordiais entre pais e filhos, surgem enormes dificuldades que desaconselham a coabitação, nomeadamente as que derivam de uma convivência não desejada ⁽⁸³⁾.

Na verdade, tanto o credor da prestação, o pai, como o filho obrigado verão comprometidas o direito à intimidade da sua vida privada e familiar e a liberdade de conformação da sua vida quotidiana ⁽⁸⁴⁾,

⁽⁸²⁾ H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 33.

⁽⁸³⁾ A propósito do cumprimento do dever de alimentos recebendo o alimentando em casa e na companhia do prestador de alimentos, Pires de Lima e Antunes Varela defendem que, havendo mau relacionamento pessoal entre o obrigado a alimentos e o credor, tal pode afastar esta solução. Todavia, não encontram aqui um problema considerável já que a escolha caberá, em princípio, ao devedor. Os Autores consideram ainda que, mesmo nos casos em que este tipo de cumprimento resultasse de decisão da autoridade judiciária, o Tribunal não o faria arbitrariamente e teria sempre em conta as circunstâncias do caso. Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 584.

⁽⁸⁴⁾ Nieves Martínez Rodríguez desenvolve este raciocínio a propósito do "cumprimento em espécie" da obrigação de alimentos. Nieves Martínez Rodríguez, *ob. cit.*, p. 129 e 130.

Parece-nos que estes direitos seriam uma barreira suficiente para fazer ceder uma eventual obrigação de coabitação. Daí que, na ausência de um comportamento voluntário neste sentido, não faça sentido que seja imposta pelo Direito, dando fundamento a uma demanda judicial. Todavia, ainda assim, o dever de auxílio mantém-se, embora em termos diferentes.

Na prestação desta ajuda por parte dos descendentes do primeiro grau põe-se outra questão que não surge no caso do cônjuge. Na verdade, o cônjuge obrigado pode ser apenas um ⁽⁸⁵⁾. Todavia, poderemos ter vários filhos e, portanto, o concurso de vários obrigados. Neste caso, não se poderá aplicar (nem analogicamente) a regra relativa à pluralidade de vários obrigados à prestação de alimentos. A natureza pessoal desta prestação impede que se reparta "na proporção das suas quotas como herdeiros legítimos do alimentando" (cf. artigo 2010.º), já que esta solução pressupõe uma prestação pecuniária.

No entanto, há que notar que a realidade social dos países do sul da Europa, incluindo Portugal, aponta para a existência da prática de partilha de papéis e funções entre vários cuidadores, ora adoptando a solução de passar a responsabilidade pelo cuidado periodicamente, sem que o idoso se desloque, ora tendo a pessoa idosa a circular pelas casas dos filhos ⁽⁸⁶⁾.

A doutrina espanhola, que já se ocupou deste tema, embora centrada na falta de cumprimento da obrigação de alimentos em espécie, sustenta que "não parece possível um turno de rotação pelas casas dos

filhos, a não ser, logicamente, que o próprio pai o aceite" ⁽⁸⁷⁾.

Porém, podemos pensar na intervenção judicial com um sentido útil, nestes casos. Na verdade, não será possível o cumprimento forçado desta obrigação de auxílio nestes termos. No entanto, o conflito entre os obrigados poderá estar na forma como a repartição de tarefas se faz. E aqui a decisão judicial pode desempenhar um papel definidor de regras ⁽⁸⁸⁾.

3. A família de origem e o acolhimento familiar

O acolhimento familiar remete-nos para um fenómeno que se aproxima dos que integram o cumprimento de um dever de auxílio por parte de familiares. Na verdade, é uma medida que integra, de forma temporária ou permanente, pessoas idosas ou com deficiência em famílias consideradas idóneas (artigo 1.º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 391/91,

⁽⁸⁷⁾ Beltrán de Heredia y Onis *apud* Nieves Martínez Rodríguez, "Los mayores como beneficiarios de prestaciones familiares", in *Protección Jurídica de los Mayores*, Madrid, La Ley, 2004, p. 130.

⁽⁸⁸⁾ Não é de estranhar a diferente configuração do dever de cuidar, conforme o obrigado/devedor sejam os filhos maiores ou o cônjuge. De facto, na base da prestação de cuidados por aqueles encontram-se fundamentos diferentes. Invoca-se, para os filhos, o "laço de reciprocidade", ou seja, a representação destas ajudas como resposta a uma dádiva anteriormente recebida e a "complementaridade" com as ajudas públicas. Destaca-se ainda a "lógica das necessidades", *i.e.*, a ideia de que estas ajudas se dirigem aos familiares que vivem dificuldades, mas não nos parece que este se autonomize como fundamento, mas sim como pressuposto do surgimento do dever. Ana Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 49.

Jonathan Herring, apoiando-se nas posições de vários autores, enumera como possíveis fundamentos para a existência de uma "obrigação moral" de os filhos cuidarem dos pais a ideia de "reciprocidade", a "qualidade da relação" entre pais e filhos, a natureza do vínculo que une pais e filhos e os direitos das pessoas idosas a um nível razoável de cuidado e assistência. Considera ainda as teorias que criam um conceito de "responsabilidade filial" e a discussão acerca das obrigações dos pais em relação aos seus filhos depois da maioridade destes. Jonathan Herring, *Together Forever... cit.*, p. 48 a 53.

⁽⁸⁵⁾ Uma das características do estado de casado é, precisamente, a unidade ou exclusividade, o que implica que não se possa estar casado com duas ou mais pessoas ao mesmo tempo. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 210.

⁽⁸⁶⁾ H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 89.

de 10 de Outubro) ⁽⁸⁹⁾. Todavia, apresenta-se como uma medida de política social que é levada a cabo a título oneroso (artigo 1.º, n.ºs 1 e 3).

O artigo 3.º enuncia as situações em que o acolhimento familiar tem lugar. Assim, apercebemo-nos que só se verifica quando não há respostas sociais eficazes que permitam a manutenção no domicílio (artigo 3.º, n.º 1, al. a)), o que aponta para o já mencionado "princípio da manutenção do dependente idoso no domicílio" ⁽⁹⁰⁾.

A outra situação que determina o acolhimento familiar é a ausência de família ou a falta de condições mínimas que esta apresenta para assegurar o acompanhamento do familiar dependente (artigo 3.º, n.º 1, al. b)). Esta disposição e o n.º 2 deste mesmo artigo 3.º, que determina que, a título excepcional, a medida de acolhimento familiar possa ser efectuada por "parente do acolhido a partir do terceiro grau da linha colateral" obrigam-nos a uma reflexão acerca do conceito de família e dos deveres dos familiares que o legislador considerou.

Não há dúvida que o legislador pressupôs dados pré-existentes no nosso ordenamento jurídico, mas não resulta clara a interpretação que fez deles.

A referência é feita à família em geral. Ora, a família não é um autónomo sujeito de direitos ⁽⁹¹⁾. Aliás, não há uma definição de família dada pelo legislador civil, que apenas enunciou as fontes das relações jurídicas familiares (artigo 1576.º do Código Civil). Mas, como já vimos, nem todas as pessoas

ligadas por vínculos familiares ao idoso dependente têm em relação a este um dever de auxílio, nomeadamente quando este se encontre nas condições previstas no artigo 6.º, e que incluem, entre outras, a idade igual ou superior a 60 anos e o facto de se encontrar numa situação de dependência ou perda de autonomia, não podendo o acolhido bastar-se a si próprio ⁽⁹²⁾.

Resulta, portanto, vaga esta primeira referência à família. Todavia, o n.º 2 estreita este círculo ao considerar que o acolhimento familiar pode ser efectuado por "parente do acolhido a partir do 3.º grau da linha colateral" ⁽⁹³⁾. Tal quer dizer que a partir deste grau, na linha colateral, já não existe qualquer dever familiar e que se pode justificar que surja o dever de prestar estes serviços por via negocial?

Excluem-se, então, dos possíveis prestadores de acolhimento todos os parentes da linha recta, os parentes no segundo grau da linha colateral e o cônjuge. Ora, como vimos, só este último e os parentes no primeiro grau da linha recta, os filhos, são titulares de um dever de auxílio. Ficarão, então, os restantes sem o dever de prestar auxílio e sem possibilidade de iniciarem uma relação de acolhimento familiar. Terá repugnado ao legislador mercantilizar relações familiares tão próximas (não esqueçamos, o acolhimento é um serviço prestado a título oneroso

⁽⁸⁹⁾ A enumeração feita pelo artigo 6.º dá azo a que as condições para o recurso a esta medida se sobreponham.

⁽⁹⁰⁾ No ordenamento jurídico espanhol, o regime do contrato de acolhimento proíbe que haja uma relação de parentesco até ao segundo grau (não pode estabelecer-se entre irmãos ou avós e netos). Mas no terceiro grau (tios e sobrinhos, bisavós e bisnetos) já é possível, "ainda que em linha colateral não exista obrigação de alimentos e em linha recta descendente, embora exista obrigação de alimentos, não se gera um dever de assistência ou convivência". V. Esther Torrelles Torrea, *ob. cit.*, p. 248.

⁽⁸⁹⁾ Os artigos mencionados neste ponto sem referência à sua origem pertencem ao Decreto-Lei n.º 391/91, de 10 de Outubro.

⁽⁹⁰⁾ *Vide supra* ponto 2.1.

⁽⁹¹⁾ Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 33.

— artigo 1.º, n.º 3), mas não existiriam também fundamentos para que um dever legal prévio impusesse tal cuidado. Assim, quando estivermos perante situações de acolhimento por parte destes familiares, tal configurará uma mera situação de facto (94).

Por fim, ainda há que notar que o dever familiar de auxílio, não implica necessariamente a coabitação. Não é o que acontece na medida do acolhimento familiar, que é prestado no domicílio da família (artigo 1.º, n.º 2), exigindo, assim, que os sujeitos da relação vivam juntos.

Ainda a propósito da articulação do papel da família com o regime do acolhimento familiar surgem outras questões.

Na verdade, o artigo 4.º faz o acolhimento familiar depender da aceitação escrita do interessado. No entanto, se este for incapaz de manifestar a sua vontade, atribui à família o poder de decidir ou, na sua falta, à instituição de enquadramento (95). Esta disposição suscita algumas críticas. Remete a decisão para uma entidade que não existe enquanto sujeito de direito — a família. Não especifica, dentro do grupo familiar, quem tem este poder. E, ainda que o fizesse, levantaria as maiores dúvidas. Na verdade, os membros da família, apenas por terem esta qualidade, não

têm poderes de decisão sobre a vida do incapaz (96). Este ou é interdito ou inabilitado ou é incapaz de facto. No primeiro caso, será o seu tutor ou, eventualmente, nos termos dos poderes concedidos em sentença judicial, o seu curador. No segundo caso, da incapacidade de facto, parece-nos que a solução possível, face aos dados do sistema, será recorrer ao Ministério Público para que este supra o seu consentimento (97).

Também resulta questionável este recurso à decisão familiar, já que o legislador, neste diploma, parte do princípio que só haverá acolhimento familiar na ausência de família ou quando “não reúna condições mínimas” para assegurar o acompanhamento. Estas condições mínimas podem significar que a família não é idónea para o fazer? Se assim for, porquê requerer a sua intervenção nestes casos?

É também o “padrão familiar” que vai presidir à prestação destes serviços. Na verdade, além de requisitos de “natureza técnica” (habitação com adequados requisitos de habitabilidade e acessibilidade e a frequência de acções de formação prévia e contínua) (artigo 7.º, als. c), d) e e)), a família de acolhimento terá de ser sensível ao fenómeno do envelhecimento e ter estabilidade familiar, bem como capacidade afectiva e económica mínima (artigo 7.º, als. a) e b)). Estas características são essenciais para o cumprimento dos deveres que lhe são impostos. Na realidade, além da satisfação das necessidades básicas do

(94) Salva a cobertura jurídica que possa receber pelo regime jurídico da vida em economia comum, nos termos gerais impostos pela Lei n.º 6/2001, de 11 de Maio. Na lei catalã 19/1998, de 28 de Dezembro, referente às “situaciones convivenciales de ayuda mutua” encontramos uma resposta mais dirigida para as situações de que tratamos. Embora possa responder a situações muito heterogéneas, um dos objectivos da lei foi fomentar a convivência/coabitação entre pessoas idosas para resolver as suas dificuldades económicas e sociais, evitando, assim, o seu afastamento em instituições geriátricas. Por isso, está a pensar-se em pessoas não dependentes. Esther Torrelles Torrea, “La protección de las personas mayores en Cataluña: perspectiva civil”, in *Protección jurídica de los mayores*, Madrid, La Ley, 2004, p. 230.

(95) As instituições de enquadramento estão previstas no artigo 13.º deste diploma.

(96) Mas terão um lugar de destaque, como vimos, no elenco do artigo 143.º do Código Civil.

(97) V. artigo 3.º, n.º 4, Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro. Esta solução vem na esteira do que já defendemos para o suprimento da incapacidade de facto no nosso *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 109 ss.

acolhido e do acompanhamento deste em áreas que vão desde a administração dos seus bens à sua saúde (artigo 8.º, als. *a*), *b*) e *d*)), também deve “fomentar a integração da pessoa acolhida no ambiente familiar” (artigo 8.º, al. *c*)). A esta exige-se que respeite e estime a família de acolhimento, “de modo a não gerar conflitos que possam prejudicar o equilíbrio e harmonia daquela” (artigo 12.º, al. *a*)).

Pretende-se, assim, que o funcionamento real da família de acolhimento decalque o funcionamento ideal da própria família do acolhido ⁽⁹⁸⁾ ⁽⁹⁹⁾.

Apesar disto, na base do acolhimento está um contrato oneroso — o contrato de prestação de serviços de acolhimento familiar ⁽¹⁰⁰⁾. É significativo que o primeiro direito enunciado da família de acolhimento seja o da retribuição pelos seus serviços prestados (artigo 9.º, al. *a*)) e que os restantes direitos elencados sejam iluminados por uma perspectiva puramente patrimonial ⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁸⁾ No entanto, esta última não é esquecida. A família de acolhimento tem de “assegurar e fomentar o relacionamento entre a pessoa acolhida e a respectiva família” (artigo 8.º, al. *e*)), manter informada a família da pessoa acolhida acerca dos aspectos relevantes da situação física, psíquica e social da pessoa acolhida (artigo 8.º, al. *g*)) e informar esta quando desejar interromper a situação de acolhimento (artigo 8.º, al. *h*)). Nesta última alínea, parece-nos que a família só será convocada quando tiver sido um membro da família a decidir acerca do acolhimento familiar. Surgem novamente aqui as mesmas perplexidades quanto à invocação da figura da “família”, sem mais precisões.

⁽⁹⁹⁾ O legislador português não chegou, no entanto, ao ponto da lei catalã que, no Preâmbulo do diploma que regula o instrumento homólogo, classifica a relação jurídica que assim surge como uma relação que se aproxima das relações de parentesco, constituindo, assim, uma relação “quase-familiar”. Esther Torrelles Torrea, “La protección de las personas mayores en Cataluña: perspectiva civil”, in *Protección jurídica de los mayores*, Madrid, La Ley, 2004, p. 246.

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. artigo 16.º Este contrato tem como outorgantes a instituição de enquadramento e um “representante” da família de acolhimento.

⁽¹⁰¹⁾ A exceção da al. *b*), que se refere ao direito ao apoio técnico e à formação prévia e contínua por parte da instituição de enquadramento, só se destacam o direito “aos valores correspondentes à participação pelos serviços de acolhimento prestados” (*c*) e o direito “aos montantes necessários à cobertura de despesas extraordinárias relativas às necessidades de saúde e outras da pessoa acolhida” (*d*)).

A solução adoptada pelo diploma quanto aos devedores da retribuição pelos serviços levanta igualmente dúvidas. Em alternativa à pessoa acolhida, aparece a “respectiva família quando tenham comprovada a disponibilidade financeira”. E a mesma solução é imposta quanto ao pagamento de encargos adicionais que possam advir do agravamento da situação da pessoa acolhida. Mas, quem na família? Os obrigados a alimentos? E é este o fundamento para os eleger como devedores? Ou aparecem como devedores quando são estes a emitir a declaração negocial em vez do acolhido incapaz? Note-se que, neste caso, o acolhido pode não ter capacidade para querer e entender de molde a justificar a intervenção de outrem, mas não carecer também de meios económicos de forma a que o pagamento tenha de ser assumido por outra pessoa ⁽¹⁰²⁾.

4. O “dever de cuidar” dos “mais velhos” e as suas consequências na família

Chegámos à conclusão de que existe um dever jurídico de cuidado (de auxílio ou cooperação) atribuído a determinados membros da família, limitado por diversos factores, apresentando diferentes extensões e intensidades.

E verificamos, também, que, na prática, a regra é a de que estas funções são assumidas pelas famílias, mesmo por familiares que não estão normalmente obrigados a fazê-lo ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰²⁾ Só na ausência de disponibilidade financeira de ambos, cabe à instituição de enquadramento assegurar o pagamento (artigo 10.º, n.º 3).

⁽¹⁰³⁾ Por toda a Europa, quer nos países em que o modelo predominante é o da família tradicional, quer nos que apresentam o modelo moderno, a família é sempre a principal responsável pelos dependentes idosos, face às lacunas da intervenção estatal. H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 138. Ver também Joana Sousa Ribeiro, *ob. cit.*, p. 212.

Na verdade, como já foi dito, a actuação da família rege-se, prioritariamente, por padrões que não são impostos pelo Direito. Daí a necessidade que o Direito da Família (e não só o Direito Civil da Família) tem de considerar esta realidade⁽¹⁰⁴⁾. E, de facto, o legislador não tem ignorado este comportamento familiar, uma vez que tem contado com a intervenção da família para fazer face aos problemas gerados pela dependência⁽¹⁰⁵⁾.

Todavia, esta opção acarreta custos para as famílias e muito particularmente para aqueles que dentro destas desempenham o papel de cuidador e que são predominantemente mulheres⁽¹⁰⁶⁾.

Desde logo, os problemas põem-se ao nível da conciliação entre a vida familiar e a vida profissional. De facto, a prestação de cuidado aos dependentes no seio da família não é um trabalho remunerado e não tem sido alvo da protecção social que deve reclamar⁽¹⁰⁷⁾. Ora, isto é particularmente relevante num contexto em que, a participação feminina no mercado

de trabalho assume uma dimensão considerável, sem que os padrões comportamentais familiares se tenham alterado de forma a eliminar as assimetrias na distribuição dos encargos domésticos. Acresce que os sistemas de segurança social continuam a funcionar tendo como referência "a independência e a autonomia do trabalhador, a sua liberdade e disponibilidade para trabalhar uniformemente durante longas horas." (108).

As consequências não são difíceis de prever: é comprometida a progressão profissional das mulheres⁽¹⁰⁹⁾ e mesmo a sua permanência no mercado de trabalho⁽¹¹⁰⁾. E daqui podem advir dificuldades financeiras para a pessoa cuidadora, não só pelas despesas que faça para acorrer às necessidades do idoso dependente (contribuição essa que eventualmente se dará ao nível do cumprimento do dever de assistência), mas ainda porque a sua actividade de cuidador pode obstar à constituição de direitos de reforma próprios, que constituem uma "necessidade financeira indirecta para o futuro das pessoas que prestam cuidados" (111).

Para além destas consequências, temos ainda de considerar outras que não são de importância negligenciável: os custos psicológicos⁽¹¹²⁾ e custos para a saúde do cuidador.

(104) É esta a posição de Maria João Vaz Tomé, que lembra que "o comportamento familiar não se pauta rigorosamente pelas normas jurídicas, não sendo, nesta sede, a ordem jurídica uma das mais relevantes ordens normativas. Por conseguinte, importa levar em linha de conta tanto o conjunto das normas jurídicas que afectam a família como os padrões de comportamento da instituição social da família". Maria João Vaz Tomé, "Qualidade de vida: conciliação entre o trabalho e a família", in *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 1, 2004, p. 64.

(105) "A forma mais comum de acomodação social da dependência tem sido a sua atribuição à instituição da família. (...) Todavia, os recursos necessários para a prestação deste cuidado às crianças e aos dependentes não têm sido considerados como da responsabilidade do mercado, do Estado ou da sociedade civil. Pelo contrário, cada família é ideal e ideologicamente vista como responsável exclusivo pelos seus dependentes". Maria João Vaz Tomé, *ob. cit.*, p. 57.

(106) Esta evidente presença feminina também se encontra no caso português. Cf. Paula Martins Gil, *apud* Ana Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 49, e Pedro Hespanha, *Vers une société providence simultanément pré- et post-moderne*, in *Les Solidarités entre Générations, Vieillesse, Familles, États, Essais et Recherches*, Nathan, 1995, p. 216.

(107) Maria João Vaz Tomé, *ob. cit.*, p. 57.

(108) *Idem*, p. 57 e 52.

(109) *Idem*, p. 57 e 59.

(110) No referido estudo da Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e do Trabalho chegou-se à conclusão que não só há uma predominância feminina nos familiares que prestam cuidados, como as mulheres "abandonam mais facilmente a carreira do que os homens para cuidarem de um familiar". H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 70, e Joana Sousa Ribeiro, *ob. cit.*, p. 214.

(111) H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 121, e Heloísa Petista, "Usos do Tempo, Ciclo de Vida e Vivências da Velhice — Uma Perspectiva de Género", in *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 170.

(112) Ana Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 50.

Ora, num contexto jurídico em que a igualdade de oportunidades, principalmente entre homens e mulheres, se apresenta como um princípio norteador da intervenção do Estado, o legislador não pode ignorar esta situação de facto.

Esta exigência resulta ainda mais evidente, quando se verifica que, no contexto europeu, o prestador de cuidados raramente se encontra numa situação de livre escolha, pela ausência de respostas adequadas, nomeadamente de apoio domiciliário, o que o limita muitas vezes à alternativa família ou lar ⁽¹¹³⁾. E, tendo em conta a “aversão tradicional contra estas instituições”, mesmo quando se trata de estabelecimentos de qualidade, que proporcionam um bem-estar efectivo ⁽¹¹⁴⁾, muitas vezes encontraremos os familiares a assumirem este cuidado, ainda que tal extravase efectivamente as suas possibilidades.

5. Em conclusão

Este percurso em que procurámos descortinar o dever familiar de cuidar dos mais velhos só pode concluir-se se nos colocarmos ainda uma última questão:

Será a imposição de um tal dever o meio mais adequado para tornar efectivo este cuidado?

Em ordenamentos jurídicos em que não se encontra a consagração jurídica do referido dever, está aberto o debate sobre a adequação de transformar a obrigação moral dos familiares numa obrigação jurídica. Aponta-se, por um lado, o perigo de tal ser uma via de sobrecarregar desproporcionada-

mente as “cuidadoras informais”, já que são maioritariamente mulheres, que não são devidamente reconhecidas, compensadas e apoiadas; mas, por outro lado, há também quem defenda que, sendo estas obrigações assumidas na prática, do ponto de vista do cuidador, é preferível que sejam reconhecidas enquanto tal ⁽¹¹⁵⁾.

O problema da conversão do dever moral num dever jurídico não se põe no contexto da ordem jurídica portuguesa. Na verdade, chegámos à conclusão de que a lei ordinária prevê a existência de tais deveres.

No entanto, podemos perguntar-nos se, ao nível das opções fundamentais do nosso ordenamento jurídico, o nosso legislador, contou com aquilo que Martha Fineman cunhou como a “auto-suficiência mítica” da família ⁽¹¹⁶⁾ e optou, puramente, por “privatizar a dependência”, lançando mão do Direito da Família ⁽¹¹⁷⁾.

Ora, não nos podemos esquecer que foi ao Estado Português que a Constituição impôs um dever de criar “as condições que permitam a realização pessoal dos (...) membros [da família]” (artigo 67.º, n.º 1, da CRP).

Assim, o Estado terá de levar a cabo uma série de tarefas. Desde logo, há que destacar a promoção, “através da concertação das várias políticas sectoriais, [d]a conciliação da actividade profissional com a vida familiar” (artigo 67.º, n.º 2, al. *h*), da CRP). Ainda, com relevância directa para o nosso caso, encon-

⁽¹¹³⁾ H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 76, e também p. 48 e 49.

⁽¹¹⁴⁾ Assim, “[é] perante o cenário deste contexto de rejeição colectiva que se vê colocada a pessoa que potencialmente virá a prestar cuidados, quando um parente idoso perdeu a autonomia”. H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 59.

⁽¹¹⁵⁾ Sobre este debate, no contexto britânico, ver Jonathan Herring, *Together forever... cit.*, p. 53.

⁽¹¹⁶⁾ Martha Fineman *apud* Alison Diduck, *ob. cit.*, p. 255.

⁽¹¹⁷⁾ Alison Diduck, *ob. cit.*, p. 257.

tramos a promoção da independência social e económica das famílias, a criação de uma rede de equipamentos sociais de apoio à família, entre os quais figuram os serviços de apoio à população idosa, e a regulação de impostos e benefícios sociais em função da família ⁽¹¹⁸⁾ (artigo 67.º, n.º 2, als. *a*), *b*) e *f*), da CRP), que se devem conjugar no quadro de uma política de família (artigo 67.º, n.º 2, al. *h*), da CRP).

Todavia, sendo a norma do artigo 67.º da Constituição enquadrada na categoria dos direitos sociais, não goza de exigibilidade directa. É necessária, portanto, a intervenção do legislador ordinário, que dispõe de uma ampla margem de liberdade de conformação das exigências constitucionais ⁽¹¹⁹⁾ ⁽¹²⁰⁾. É, quer-nos parecer, que na prossecução dos objectivos do artigo 67.º da Constituição da República Portuguesa, o legislador deve ter em conta as outras opções da Constituição, nomeadamente, conjugando esta tutela da família com a tutela constitucional da terceira idade tal como se encontra definida no artigo 72.º da Constituição da República Portuguesa. O n.º 1 deste artigo consagra o direito das pessoas idosas a "condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social".

Para a prossecução da política de terceira idade que a Constituição configurou, o legislador não deve

apenas optar por medidas de carácter económico, mas também por medidas de carácter social e cultural que respeitem a autonomia pessoal e contribuam para superar o isolamento e a marginalização social da pessoa idosa.

Deste modo, a responsabilidade pública que assim se assume, e que deriva do Princípio do Estado de Social, não se cinge apenas à dimensão da contribuição económica do Estado ⁽¹²¹⁾. Abrange sem dúvida esta dimensão, mas também a vertente pessoal da criação de condições que promovam a sua inserção familiar e que estimulem a cooperação por parte de outros membros da família, contribuindo assim para a superação de "modelos assistenciais de tipo fechado" ⁽¹²²⁾ ⁽¹²³⁾.

Para prosseguir tal objectivo é essencial fazê-lo no quadro de uma política familiar global, de uma "política da velhice e da família" ⁽¹²⁴⁾, de forma a coor-

⁽¹¹⁸⁾ O tratamento directo por parte de um texto constitucional das questões relacionadas com a velhice não é comum, mas encontra paralelo no artigo 50 da Constituição espanhola. O artigo homólogo da Constituição espanhola parece centrar-se mais na perspectiva da contribuição económica do que o artigo 72.º da Constituição da República Portuguesa que, sem dúvida, abrange esta dimensão, mas também a dimensão pessoal da criação de condições para a convivência familiar. V. para o caso espanhol, Angeles de Palma, "Respuestas de la Administración al envejecimiento de la población", in *El Envejecimiento de la Población y la Protección Jurídica de las Personas Mayores*, Barcelona, Cedecs, 2002, p. 151.

⁽¹¹⁹⁾ Silvio Bolognini, *ob. cit.*, p. 927.

⁽¹²⁰⁾ Segundo Jani-Le Bris, o conjunto dos Estados-membros reclama o "princípio da manutenção do dependente idoso no domicílio", mas desenham-se duas tendências diferentes quanto à forma de o pôr em prática. Por um lado, opta-se pela responsabilização da família, com falta de investimento pelo Estado, por outro, acolhe-se a responsabilização do Estado, com desresponsabilização da família mas não com desinvestimento nesta. H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 51. Em relação ao caso português, sublinha-se que há uma tendência para esperar que "a máxima da manutenção do idoso no domicílio seja cumprida pela família". H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 52. Todavia, à data deste estudo, Portugal aparecia inserido nos países que almejavam uma "partilha equitativa entre a família e o Estado", embora a sua implementação fosse demorada devido a problemas de financiamento. H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 53.

⁽¹²¹⁾ Em detrimento da política da dependência que predominou nos Estados-membros no tratamento desta questão. H. Jani-Le Bris, *ob. cit.*, p. 138.

⁽¹¹⁸⁾ Segundo Jorge Miranda e Rui Medeiros, o artigo 67.º, n.º 2, al. *f*), deve ser lido em conjugação com o artigo 104.º, n.º 1, *ob. cit.*, p. 696. Aliás, a protecção da família, é vista pelo Tribunal constitucional "como uma das finalidades relevantes do sistema fiscal" (Acórdão n.º 57/95).

⁽¹¹⁹⁾ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *ob. cit.*, p. 689 e 693.

⁽¹²⁰⁾ Não se verificando esta actuação, pode ter lugar um processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 856.

denar medidas que congreguem diversos ramos do direito (125). Aqui assumem especial importância o direito da segurança social e o direito do trabalho.

Ao direito da segurança social pode reclamar-se, por exemplo, a consideração do trabalho de cuidado de familiares dependentes, à semelhança da solução do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 391/91, de 10 de Outubro, que enquadra o membro da família de acolhimento a quem seja imputada a responsabilidade pela prestação de serviços no regime geral da segurança social dos trabalhadores independentes. Vimos que a prestação deste serviço toma como referência a imagem da prestação de cuidados por parte de familiares do acolhido. Assim, quando isto acontece na realidade, justifica-se que o mesmo tipo de actividade receba o mesmo tratamento por parte da segurança social. Ao direito do trabalho, podem pedir-se, desde logo, soluções flexíveis no que diz respeito ao horário de trabalho e a faltas. Podem também perspectivar-se medidas de natureza fiscal que favoreçam a assunção do cuidado dos mais velhos por parte dos seus familiares e, eventualmente, transformações ao nível do direito sucessório, que permitam conceder maiores vantagens aos cuidadores (126) (127).

(125) Esta é a posição de Maria João Vaz Tomé, *ob. cit.*, p. 52. Para a Autora, é da maior relevância a existência de uma "lei de política familiar global e articulada e não fragmentária, na medida em que poderá permitir a harmonização prática do regime jurídico da família em todos os ramos do Direito". *Idem*. Esta intervenção crescente do Estado no direito da Família no âmbito do "direito não civil da família", foi precisamente uma das tendências actuais detectadas por Guilherme de Oliveira, em "Transformações do Direito da Família", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I — Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 779.

(126) Como, por exemplo, alterações ao nível do valor da quota indisponível.

(127) Segundo Jonathan Herring, "realisticamente a lei não pode executar coactivamente as obrigações mais importantes nas relações entre pais e

É do maior interesse para o Estado conceder estes incentivos, desde logo porque este beneficiará também da contenção dos custos que implicaria tomar a seu cargo o cuidado destas pessoas (128).

Deste modo, parece que a solução para que o nosso sistema aponta será a incumbência do Estado estimular as relações familiares, nomeadamente através daquele tipo de incentivos, "de tal modo que o grupo reassuma algumas funções perdidas como a protecção dos idosos" (129).

Assim, o tratamento deste problema não pode deixar de passar por um esquema que congregue a participação, não só da família, mas também do Estado (130). A estes, devemos adicionar outro elemento. Jorge Miranda e Rui Medeiros sublinham que a tarefa de protecção da família recai, "não apenas sobre o Estado, mas também sobre a sociedade", simplesmente, "ao Estado cabe apenas promover a criação e garantir o acesso a uma rede (...) de equipamentos sociais de apoio à família que cubra todo o território nacional" (131). Assim, em última análise, devemos contar também com a participação de outras instituições sociais que acabam por benefi-

filhos: a obrigação de cuidar, de manter contacto, de amar. (...) Tem sido sugerido que a resposta legal preferível é apoiar e estimular aqueles que cumprem estas obrigações entre pais e filhos". Jonathan Herring, *Together forever... cit.*, p. 57.

(128) Dieter Henrich, *ob. cit.*, p. 7 e 8.

(129) Guilherme de Oliveira, "Transformações do Direito da Família", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I — Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 779. Jonathan Herring fala-nos de uma "abordagem "subtil" por parte da lei a estas relações, promovendo apoiando e reforçando sem optar pelo "direct enforcement", nomeadamente proporcionado benefícios aos que assumam estes deveres. Jonathan Herring, *Family Law... cit.*, p. 670.

(130) Sobre a discussão se a intervenção do Estado enfraquece a intervenção dos familiares, v. Jonathan Herring, *Family Law... cit.*, p. 669.

(131) Jorge Miranda e Rui Medeiros, *ob. cit.*, p. 694.

ciar do facto das famílias assumirem este cuidado (132).

(132) É o que defende Maria João Vaz Tomé, que considera que tanto o Estado como o mercado beneficiam da assunção deste cuidado por parte das famílias e que é uma questão de equidade que partilhem esta responsabilidade. Nas palavras da Autora, "[não] parece equitativo que o mercado e o Estado (que também dependem do cuidado prestado aos dependentes, não apresentando auto-suficiência ou independência perante esse cuidado) sejam excluídos desta responsabilidade pela dependência. Com efeito, é o trabalho da esfera doméstica que verdadeiramente sustenta a vida económica do mercado. Ignorar esta relação íntima entre trabalho no mercado e trabalho fora do mercado significa descurar as condições de existência do ser humano". *Ob. cit.*, p. 57. Sintetiza a questão da seguinte maneira: "[t]rata-se da questão respeitante aos modos de partilha destas responsabilidades entre o Estado, o mercado, a família e a sociedade", *ob. cit.*, p. 53. Pasquale Stanzione não parece perspectivar a intervenção social de forma tão ampla. Stanzione sustenta que não se pode encontrar a solução inteiramente na família, nem apenas no Estado, devendo perspectivar-se também o papel do voluntariado social. Pasquale Stanzione, *ob. cit.*, p. 453.

Na verdade, é importante aproveitar as possibilidades tanto das solidariedades familiares como da solidariedade social. Não é possível, face à estrutura actual da família que esta se apresente como resposta isolada à dependência, principalmente na velhice. A solução viável não pode deixar de assentar num sistema misto de protecção (133), que se centre tanto na posição dos dependentes idosos como na dos seus cuidadores, adoptando, portanto, uma perspectiva "ecológica" (134) no tratamento das famílias.

(133) Nieves Martínez Rodríguez, *ob. cit.*, p. 133.

(134) É a expressão cunhada por Mary Ann Glendon, em *The Transformation of Family Law*, Chicago, London, University of Chicago Press, 1996, p. 308.