



**As alterações sociais,
em especial relativamente ao envelhecimento,
e o novo paradigma da resolução de litígios¹**

Manuel Eduardo Bianchi Sampaio

Juiz de Direito

Ano 1 | Número 7 | Julho de 2021

¹ O presente texto corresponde à participação do autor no III Congresso Ibero-Americano de Intervenção Social - Direitos Humanos e Mediação, organizado pelo Instituto Superior de Serviço Social do Porto.

As alterações sociais, em especial relativamente ao envelhecimento, e o novo paradigma da resolução de litígios

Resumo: O autor analisa as alterações sociais, a sua influência na natureza dos litígios e as modificações que provocaram no sistema de justiça. O modelo tradicional era a litigiosidade nuclear, com um sistema de justiça centrado na via clássica. Com as alterações sociais dos anos setenta, oitenta e noventa do século passado, surgiram os litígios de baixa densidade. Estes litígios levaram a uma evolução do sistema de justiça com a consagração da conciliação enquanto elemento essencial do sistema e o reconhecimento efectivo dos mecanismos de resolução alternativa de litígios, sendo o mais relevante a mediação. Com as recentes alterações demográficas, principalmente no que respeita ao envelhecimento, surgiu um novo tipo de litígios, que designamos de litígios de densidade nula, e um novo paradigma da resolução de litígios. Os litígios relativos a relações familiares são particularmente adequados para a mediação. Os litígios de densidade nula representam um desafio para o sistema de justiça, com a necessidade de uma decisão partilhada com outros técnicos. O relatório social, elaborado pelos técnicos sociais, e os relatórios médicos são elementos conformadores da decisão. Estes técnicos passaram de auxiliares do sistema de justiça a verdadeiros protagonistas numa comunidade de trabalho com o tribunal.

Palavras chave: Alterações sociais; envelhecimento; litígios de densidade nula; mediação; novo paradigma da resolução de litígios; relatório social; relatório médico.

Social changes, in particular with regard to ageing, and the new paradigm of dispute resolution

Abstract: The author analyzes social changes, their influence on the nature of litigation and the changes they have caused in the justice system. The traditional model was nuclear litigation, with a justice system centered on the classical path. With the social changes of the seventies, eighties and nineties of the last century, low-density litigation emerged. These disputes led to an evolution of the justice system with the establishment of conciliation as an essential element of the system and the effective recognition of alternative dispute resolution mechanisms, the most relevant being mediation. With recent demographic changes, especially with regard to aging, a new type of litigation, which we call zero-density litigation, and a new paradigm of dispute resolution has emerged. Disputes relating to family relationships are particularly suitable for mediation. Zero-density litigation represents a challenge for the justice system, with the need for a decision shared with other technicians. The social report, prepared by the social technicians, and the medical reports are elements that shape the decision. These technicians went from being assistants of the justice system to real protagonists in a community working with the court.

Key words: social changes; aging; zero density litigation; mediation; new paradigm of dispute resolution; social report; medical report.

Compreende-se, pois, que a aceleração do processo histórico se repercute no direito. E que este procure encontrar medidas para combater os riscos e incertezas inerentes à marcha do tempo.

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

Colóquio de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo - Universidade de Coimbra (2016)

I

O modelo tradicional de intervenção dos tribunais assenta num litígio entre partes com posições antagónicas². Estes litígios são designados habitualmente de litigiosidade nuclear. As partes expõem as suas posições, apresentam os respectivos meios de prova e o tribunal decide, atribuindo razão a uma parte em detrimento da outra. O processo civil é estruturado a partir deste modelo, integrado por uma petição inicial, uma contestação, um julgamento e uma sentença.

A sociedade pós-industrial, com a generalização do consumo, a liberalização do crédito e o surgimento de grandes empresas prestadoras de serviços, trouxe um novo tipo de litígios. Este fenómeno iniciou-se nos anos setenta e desenvolveu-se nos anos oitenta e noventa do século passado. Trata-se de litígios em que, de um lado, está uma grande empresa prestadora de serviços, em regra um litigante frequente, e, do outro lado, está um cidadão consumidor. A empresa é credora da quantia devida pelo serviço que prestou e o cidadão é devedor daquela quantia. O que caracteriza estes litígios é a circunstância de,

² É comum a distinção entre conflito e litígio. No essencial, considera-se que todos os litígios pressupõem um conflito. Porém, nem todos os conflitos se convertem em litígios. Os litígios apenas surgem quando os conflitos são formalmente assumidos pelas partes e exigem a intervenção de uma instância externa para a sua resolução. Neste sentido pode ver-se FRADE, Catarina, in *A Resolução Alternativa de Litígios e o Acesso à Justiça: A mediação do Sobreendividamento* - Revista Crítica de Ciências Sociais (2003), pág. 108.

verdadeiramente, não existir qualquer direito a definir. Sabe-se à partida que a empresa é credora e que o cidadão é devedor. A empresa pretende apenas uma sentença que permita obter a cobrança coerciva da quantia de que é credora. O cidadão, sabendo que é devedor, pretende protelar o pagamento. É comum a afirmação de que nestes litígios o vencedor é conhecido desde o início, limitando-se a outra parte a adiar um resultado que será, necessariamente, desfavorável³.

Estes litígios são designados de litígios de baixa densidade. Trata-se de litígios que se caracterizam pelo seu elevado número, ocupando uma parte substancial dos meios dos tribunais, e por não consistirem numa verdadeira divergência quanto aos factos e ao direito aplicável.

Com as alterações demográficas da sociedade, ocorreu uma alteração nesta matéria. O modelo tradicional correspondia à litigiosidade nuclear. Posteriormente, surgiram os litígios de baixa densidade. Actualmente, surgiu uma realidade que podemos designar de litígios de densidade nula.

Esta alteração é particularmente evidente no que respeita às pessoas idosas, em consequência das modificações relativamente ao envelhecimento. As pessoas idosas são cada vez mais e vivem cada vez mais anos. Fundamentalmente, estas pessoas são cada vez mais pessoas activas na sociedade, tendo o envelhecimento evoluído no sentido do envelhecimento activo. Porém, em consequência das limitações próprias da idade, as pessoas idosas têm necessidades específicas.

Estas necessidades implicaram alterações legislativas, sendo um bom exemplo o regime do maior acompanhado, aprovado pela Lei nº49/2018 de 14 de Agosto. As pessoas idosas ou os seus familiares reclamam a intervenção dos tribunais no sentido de a sua situação ser acautelada. Uma vez, são as próprias pessoas idosas que pretendem definir a pessoa que será responsável pelo seu acompanhamento quando necessitarem, exercendo a sua autonomia prospectiva⁴. Outras vezes, as pessoas idosas ou os seus familiares pretendem que

³ A visão do processo civil como um combate que termina com um vencedor e um derrotado é comum nos modelos liberais. A este propósito, pode ver-se MOREIRA, José Carlos Barbosa, in *O Neoprivatismo no Processo Civil - Cadernos de Direito Privado - nº10* (2005), pág. 11.

⁴ A expressão autonomia prospectiva é retirada de MARQUES, Sofia e VIEIRA, Fernando, in *Protecção da Autonomia na Incapacidade - Novas Exigências ao Regime Jurídico Português - Revista Julgar* (2018), pág. 67. Para estes autores, uma das críticas ao anterior regime da interdição e da inabilitação era 'a impossibilidade de exercício da autonomia prospectiva na actual legislação. Não é possível, por exemplo, a um indivíduo

seja aplicada uma medida de acompanhamento, definindo-se previamente a situação de necessidade que a justifica e qual a medida concretamente adequada.

A este propósito, não estão em causa verdadeiros litígios, muito menos litígios entre partes com posições antagónicas, mas, tão somente, a necessidade de os tribunais encontrarem uma solução para defesa dos direitos das pessoas idosas. O que caracteriza estes litígios é a circunstância de não se pretender a resolução de qualquer conflito com a definição do direito aplicável, mas de ser encontrada uma solução.

Estes litígios são uma realidade diferente dos litígios de baixa densidade. Nestes, estão em causa falsos conflitos em que se pretende dos tribunais uma intervenção padronizada que se reconduz à mera declaração da existência de uma dívida. Nos litígios de densidade nula está em causa a tutela e a defesa dos direitos das pessoas idosas. Pese embora a inexistência de um conflito entre partes, estes litígios referem-se à defesa de direitos, o que se traduz numa actuação própria da função jurisdicional. Nesta perspectiva, estes litígios aproximam-se mais da litigiosidade nuclear do que dos litígios de baixa densidade.

II

O surgimento dos litígios de baixa densidade gerou uma situação de crise do sistema judicial.

Os tribunais não estavam preparados para uma procura massificada e para uma actuação padronizada, tal como era reclamado por estes litígios. A falta de resposta do sistema, aliada a um maior escrutínio público e a uma maior consciência dos direitos pela população, trouxe uma desconfiança generalizada na justiça.

Tornou-se frequente a afirmação de que antigamente os tribunais funcionavam melhor e que agora, tal como acontecia com os restantes serviços

a quem foi diagnosticada uma doença neurodegenerativa e que vá por isso apresentar uma deterioração e perda progressiva de capacidades manifestar-se antecipadamente e enquanto está, de um ponto de vista médico, plenamente capaz, sobre a nomeação de um futuro tutor ou curador'. Esta crítica, permitindo o exercício da autonomia prospectiva, foi solucionada através do mandato com vista a acompanhamento, previsto no art. 156º do Código Civil, o qual permite a qualquer pessoa, prevenindo uma eventual necessidade de acompanhamento, celebrar um mandato para a gestão dos seus interesses em que pode identificar a pessoa que deve ser nomeada acompanhante e especificar o âmbito eventual do acompanhamento.

públicos, tudo funcionava mal, o que apenas podia compreender-se por desconhecimento. No modelo anterior à Revolução de Abril de 1974 e à Constituição de 1976, o sistema de justiça estava estruturado segundo objectivos de lei e ordem. O condicionalismo económico e a proximidade entre os grupos económicos e o poder político tornavam os litígios de natureza económica pouco frequentes. A justiça administrativa era especialmente diminuta, estando atribuída a três auditorias para todo o território. A justiça fiscal e a justiça laboral estavam integradas no Ministério das Finanças e no Ministério das Corporações e Previdência Social. Para os tribunais restavam litígios de pouca relevância social, relacionados com a pequena propriedade rural ou com relações de vizinhança, o que se traduzia num poder judicial formalmente independente a que era atribuído um poder socialmente nulo. Neste contexto, como bem salienta JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, *'a percepção que leva alguns, hoje, a dizerem que os tribunais funcionavam melhor antes do 25 de Abril assenta em ignorância. Não sabem que o sistema apenas tratava de franjas marginais da sociedade, sem poder nem influência'*^{5 e 6}.

A existência de uma crise da justiça é inquestionável. Aquilo que pretendemos salientar é que esta crise não estava relacionada com os fundamentos do sistema, mas com outros factores.

O aspecto fundamental era o desajustamento relativamente ao fenómeno dos litígios de baixa densidade. No período entre os anos de 2000 a 2004, nas cidades de Lisboa e Porto, a percentagem de acções de dívida nas acções declarativas passou de 60,00% para 85,00% e 73,50%. No que respeita aos mobilizadores do sistema, as acções declarativas intentadas por pessoas colectivas, geralmente grandes empresas prestadoras de serviços, passou para 92,80% e 87,60%⁷.

⁵ In A Justiça em Tempos de Transição - Revista Julgar (2016), pág. 24.

⁶ É particularmente expressiva a afirmação de MOREIRA, José Carlos Barbosa, ob. cit., pág. 13, para quem 'convém por em evidência o equívoco fundamental da suposição de que os governos autoritários costumam inclinar-se ao fortalecimento dos juízes. Os poderes que eles se empenham em fortalecer são, geralmente, os do executivo, não os do judiciário'.

⁷ Estes dados constam do estudo A Geografia da Justiça: Para um Novo Mapa Judiciário - Observatório Permanente da Justiça Portuguesa - Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (2006), disponível em http://opj.ces.uc.pt/pdf/A_Geografia_da_Justica_Relatorio.pdf.

Os meios humanos eram insuficientes para esta procura massificada⁸, existia um formalismo que era excessivo para os processos de baixo valor⁹ e a distribuição dos tribunais pelo território, assente em critérios essencialmente relacionados com a organização administrativa, era inadequada.

A solução passou por uma reforma do mapa judiciário, adequando a distribuição geográfica dos tribunais às necessidades, e por uma alteração do processo civil¹⁰. Esta alteração consistiu na implementação de mecanismos de resolução alternativa de litígios - *alternative dispute resolution* ou *médiation*, *arbitrage*, *conciliation* - e no aprofundamento da figura da conciliação.

III

A conciliação e os mecanismos de resolução alternativa de litígios são essenciais num sistema de justiça actual.

A conciliação é entendida como um elemento fundamental de um sistema judicial moderno, eficiente e orientado para uma efectiva concretização dos

⁸ Em sentido contrário pode ver-se SANTOS, Boaventura de Sousa, PEDROSO, João, MARQUES, Maria Manuel Leitão e FERREIRA, Pedro Lopes, in *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português - Afrontamento* (1996), pág. 116. Estes autores referem que entre os anos de 1950 a 1993 o número de juízes aumentou 400,00%. A questão está em saber se este aumento no período de quarenta anos pode ser considerado elevado, principalmente se considerarmos as mudanças que ocorreram na sociedade portuguesa, o aumento dos direitos reconhecidos aos cidadãos e da consciencialização do acesso ao direito e o conseqüente aumento da procura no sistema judicial.

⁹ A este propósito, pode ver-se GOUVEIA, Mariana França, in *Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão - Revista Julgar* (2007), pág. 64, quando afirma, de uma forma particularmente expressiva, 'imagine-se um processo de cobrança de dívida contra um consumidor que não pagou a conta de telemóvel. Imagine-se agora essa mesma empresa a demandar uma outra empresa de construção de telemóveis pelo incumprimento de um contrato de fornecimento de milhares de aparelhos (...). É fácil ver como são realidades completamente diferentes'.

¹⁰ A reforma do mapa judiciário foi introduzida pela Lei n.º 62/2013 de 26 de Agosto e o Código de Processo Civil foi alterado pela Lei n.º 41/2013 de 26 de Junho.

direitos das pessoas¹¹. O modelo de processo adversarial¹², concebido como uma disputa entre as partes para saber qual delas é a vencedora, é cada vez mais residual. Actualmente, a ideia dominante é de um modelo cooperativo ou de uma comunidade de trabalho entre as partes e o tribunal¹³.

A finalidade da conciliação consiste em alcançar a resolução do litígio através de uma solução encontrada pelas próprias partes. O que caracteriza a conciliação no processo civil é a circunstância de ser realizada pela mesma pessoa que tem o poder de decisão¹⁴ e ¹⁵. Este aspecto representa, simultaneamente, a

¹¹ No que respeita à conciliação, MATOS, José Igreja de Matos, in *Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual* - Coimbra Editora (2010), pág. 133, afirma que 'a luta contra a morosidade processual convoca a necessidade de uma elevada taxa de conciliações judiciais, sendo hoje, na generalidade dos códigos europeus, a missão conciliatória do juiz erigida como um princípio director do processo, entendido enquanto composição de interesses'. Este autor chama a atenção para os estudos de BARRY WALSH, in *Judicial Productivity in India* (2008), disponível em <https://www.iacajournal.org/articles/abstract/10.18352/ijca.123/>. Este investigador, de nacionalidade australiana, estudou o sistema judicial indiano por comparação com da Austrália. Na Índia, o sistema judicial era particularmente ineficiente. A diferença estava em que neste país apenas 5,00% dos processos cíveis terminavam por conciliação, sendo que os restantes 95,00% terminavam com um julgamento e uma sentença. Por seu lado, na Austrália, a percentagem de processos que terminavam por conciliação era de 70,00%

¹² A expressão é de DIDIER, Fredie Jr., in *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português* - Coimbra Editora (2010), pág. 42.

¹³ A este propósito, pode ver-se FREITAS, José Lebre de, in *Introdução ao Processo Civil - Conceitos e Princípios Gerais* - Gestlegal (2006), pág. 68, SOUSA, Miguel Teixeira de, in *Estudos Sobre o Novo Processo Civil* - Almedina (1997), pág. 62, PIMENTA, Paulo, in *Processo Civil Declarativo* - Almedina (2018), pág. 28, OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, in *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo* - Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2003), pág. 179, e GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., pág. 50. Esta autora refere 'a formação de uma nova cultura judiciária: uma visão participada do processo e não uma visão individualista, uma visão cooperante e não uma visão autoritária'. Questionando a concepção do processo como uma comunidade de trabalho entre as partes e o tribunal pode ver-se SILVA, Paula Costa e, in *Acto e Processo - O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo* - Coimbra Editora (2003), pág. 111, para quem 'transformar a parte em alguém interessado na descoberta da verdade, mesmo que isso lhe custe a derrota da acção, que colabora ao lado do juiz, numa empenhada comunidade de trabalho, será (...) além do mais, utópico'. No mesmo sentido pode ver-se MENDONÇA, Luís Correia de, in *O Dispositivo: um Princípio Evanesciente* - Revista da Ordem dos Advogados (2017), pág. 472, para quem 'só por utopia ou ingenuidade se pode querer tornar o processo um alegre passeio de jardim que as partes percorrem de mãos dadas na companhia do juiz'. Defendendo que a evolução que ocorreu foi no sentido de reforçar o papel autoritário do juiz, pode ver-se MENDONÇA, Luís Correia de, in *Vírus Autoritário e Processo Civil* - Revista Jugar (2007), pág. 71.

¹⁴ Neste sentido pode ver-se LOPES, Dulce e PATRÃO, Afonso, in *Lei da Mediação Comentada* - Almedina (2016), pág. 25, e CARVALHO, Jorge Morais, FERREIRA, João Pedro Pinto e CARVALHO, João Campos, in *Manual da Resolução Alternativa de Litígios* - Almedina (2017), pág. 167.

¹⁵ A conciliação judicial, sendo realizada pelo juiz que vai decidir o processo se as partes não chegarem a acordo, não é aceite pacificamente. Para CARDOSO, Ana Carolina

maior vantagem e desvantagem da conciliação judicial. Por um lado, esta é realizada por alguém que tem uma perspectiva de legalidade e não se limita a uma mera solução de consenso quanto aos factos em discussão. Por outro lado, sendo realizada pela pessoa que vai decidir o litígio se a conciliação não for alcançada, as partes poderão sentir-se limitadas na exposição das suas posições, adoptando uma postura defensiva com receio de estarem a prejudicar-se.

O que importa salientar é que o surgimento dos litígios de baixa densidade e a crise do sistema judicial implicaram uma profunda alteração nesta matéria. Os tribunais deixaram de estar centrados na resolução dos litígios pela via clássica do julgamento e da sentença. A conciliação passou a ser um elemento essencial do sistema de justiça e a representar uma vertente estruturante da sua actuação.

No que respeita aos mecanismos de resolução alternativa de litígios, o mais relevante é a mediação.

A mediação pode ser definida como um processo estruturado, independentemente da sua designação, através do qual as partes procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução de um o litígio com a assistência de um mediador.

O aspecto essencial da mediação é o princípio do *empowerment*. O mediador pode ter uma intervenção mais ou menos activa, podendo distinguir-se entre mediação facilitadora ou interventiva, mas o domínio do processo é sempre das partes, devendo o acordo resultar da sua vontade.

A mediação tem a vantagem de permitir uma maior proximidade entre as partes, com uma discussão directa do litígio, mais celeridade e uma redução de custos.

Afigura-se-nos que a principal vantagem consiste em possibilitar a resolução do litígio através de uma solução que é aceite por ambas as partes, o

Veloso Gomes, in Mediação (Civil e Comercial) e Celeridade Processual - Propostas para a Dinamização da Mediação e da sua Integração nos Tribunais como Meio de Redução das Pendências - Revista Julgar (2018), pág. 45, 'parece constituir um contra-senso que o juiz do processo, que tem em mãos um concreto litígio para julgar e decidir, possa exercer as funções de conciliador, efectuando às partes propostas concretas de solução do conflito'. A autora procede depois a uma análise das desvantagens ou inconvenientes da conciliação judicial. A propósito da conciliação judicial, pode ver-se CAMPOS, João Paixão, in A Conciliação Judicial - Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2009), pág. 15, disponível em https://laboratorial.fd.unl.pt/media/files/A_Concili...pdf.

que permite uma maior pacificação social. A mediação desempenha uma função muito relevante de justiça restaurativa, permitindo o restabelecimento da paz social e das relações interpessoais entre as partes. Enquanto a resolução dos litígios pela via clássica está essencialmente voltada para o passado - perspectiva retrospectiva - a mediação está voltada para o futuro - perspectiva prospectiva - adoptando uma visão construtiva do litígio¹⁶.

Os diplomas que regulam a mediação são a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008, vulgarmente designada directiva da mediação, e a Lei nº29/2013 de 19 de Abril, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação civil e comercial.

A relação entre a mediação e o sistema clássico de resolução de litígios, através dos tribunais, tem sido discutida. Concretamente, é debatida a possibilidade de serem criados mecanismos de mediação pré-judicial obrigatória como condição de acesso aos tribunais. Esta possibilidade foi admitida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no Acórdão Livio Menini e Maria Antonia Rampanelli/Banco Popolare Società Cooperativa, de 17 de Junho de 2017¹⁷. O direito italiano introduziu um mecanismo de mediação obrigatória em determinadas matérias civis e comerciais, sem o qual não era admissível o acesso aos tribunais. O Tribunal de Justiça apreciou a conformidade destas normas com o direito da União Europeia, tendo concluído que *'o direito da União não se opõe a uma regulamentação nacional que prevê, nos litígios que envolvam consumidores, o recurso a uma mediação obrigatória antes de qualquer acção judicial'*^{18 e 19}.

¹⁶ Neste sentido pode ver-se SOUSA, Luís Filipe Pires de, in O Empenho Activo do Juiz na Obtenção de uma Solução de Equidade em Sede de Tentativa de Conciliação - Revista Julgar (2014), pág. 319.

¹⁷ Acórdão proferido no Processo C-75/16, publicado no Jornal Oficial da União Europeia de 21 de Agosto de 2017.

¹⁸ In <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-06/cp170062pt.pdf>.

¹⁹ Entre nós, esta questão foi discutida a propósito dos julgados de paz. Colocou-se a questão de saber se, nas matérias em que era reconhecida competência aos julgados de paz, esta competência era exclusiva, impondo o recurso aos julgados de paz, ou era alternativa, permitindo a opção entre estes ou os tribunais. Esta questão foi decidida através do Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça nº11/2007, de 24 de Maio, in Diário da República 1ª Série - nº142, de 25 de Julho de 2007, que decidiu que *'no actual quadro jurídico, a competência material dos julgados de paz para apreciar e decidir as acções previstas no art. 9º nº1 da Lei nº78/2001 de 13 de Julho, é alternativa relativamente aos tribunais judiciais de competência territorial concorrente'*.

A legislação portuguesa não consagra mecanismos de mediação obrigatória²⁰, mas acolheu soluções que podemos considerar as mais avançadas nesta matéria. Nestas soluções, destaca-se a possibilidade de o juiz remeter as partes para a mediação, sempre que considerar adequado. O processo fica a aguardar enquanto decorre a mediação e termina por acordo, caso este seja alcançado pelas partes, ou prossegue com a realização do julgamento e a sentença. Este mecanismo valoriza a mediação, reconhecendo que pode ser o meio mais adequado para a resolução dos litígios. Além disso, consagra uma interligação entre a mediação e a via clássica, recusando a ideia de que se trata de compartimentos estanques. Esta solução foi consagrada no direito alemão, o qual permite o envio do processo para um juiz conciliador que será responsável pela mediação, e foi acolhida entre nós, constando do art. 273º do Código de Processo Civil.

IV

Os litígios de baixa densidade levaram a uma evolução do sistema de justiça com a consagração das figuras da conciliação e da mediação. Passou-se de um sistema orientado para os litígios entre partes com interesses antagónicos, correspondentes à litigiosidade nuclear, e exclusivamente centrado nos tribunais, para um sistema, necessariamente mais moderno, em que os aspectos essenciais

²⁰ Esta possibilidade é admitida pela generalidade dos autores, sendo o seu entendimento que o art. 20º da Constituição não impede que o acesso aos tribunais possa estar dependente de uma tentativa prévia de resolução do litígio através de outro meio, desde que a tutela efectiva das situações jurídicas não seja afectada. Neste sentido pode ver-se CARVALHO, Jorge Morais, in *A Consagração Legal da Mediação em Portugal - Revista Julgar* (2011), pág. 281, SILVA, Paula Costa e, in *A Nova Face da Justiça - Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias - Coimbra Editora* (2009), pág. 48, e GOUVEIA, Mariana França, in *Mediação e Processo Civil - Cadernos de Direito Privado* (2010), pág. 33. Para esta autora, o entendimento contrário 'resultaria apenas de uma visão formal e não teleológica das normas'. Todavia, é essencial que os mecanismos de mediação obrigatória não sejam concebidos apenas como uma forma de impedir ou retardar o acesso aos tribunais, mas como um benefício para os interessados. A Corte Costituzionale italiana pronunciou-se sobre esta questão no Ac. nº276/2000, tendo afirmado que os mecanismos de mediação obrigatória não eram inconstitucionais desde que não se destinassem apenas a retardar injustificadamente o acesso aos tribunais, com prejuízo para as partes. Para maiores desenvolvimentos, pode ver-se TARUFFO, Michele, in *Recent and Current Reforms of Civil Procedure in Italy* (2005), pág. 217, e HILL, Flávia Pereira, in *A Lei de Mediação Italiana - Revista Eletrónica de Direito Processual* (2010), pág. 294, disponível em <https://www.academia.edu>.

são a conciliação e o reconhecimento efectivo das vantagens dos mecanismos de resolução alternativa de litígios, em especial a mediação.

Os litígios relativos a relações familiares são particularmente adequados para a mediação. Estes litígios têm uma forte componente pessoal e emocional. O principal objectivo da sua resolução consiste na reestruturação do relacionamento pessoal e no restabelecimento das relações familiares. Estes aspectos tornam estes litígios especialmente vocacionados para a procura de soluções através do contacto informal e directo entre as pessoas envolvidas, com o auxílio de um mediador. Neste sentido, pode ver-se RITA LOBO XAVIER para quem *'a situação adversarial característica dos procedimentos contenciosos, que desemboca naturalmente na proclamação de um vencedor e de um vencido, não se adequa bem à resolução de conflitos familiares, uma vez que será desejável e, frequentemente, mesmo forçoso, que ambas as partes continuem a relacionar-se no futuro'*^{21 e 22}.

O caso que foi apreciado no Acórdão da Relação de Guimarães de 10 de Janeiro de 2019 é um bom exemplo. Estava em causa uma acção em que uma mãe demandou os filhos reclamando o pagamento de uma quantia para as suas necessidades, uma vez que era doente e não tinha qualquer rendimento. A mãe residia com uma filha e era apoiada economicamente por alguns filhos. Todavia, nem todos os filhos a apoiavam. Assim, intentou uma acção a reclamar que todos contribuíssem por igual. O tribunal considerou que os filhos estavam obrigados a auxiliar a mãe, afirmando que *'os pais são titulares de um direito legal de alimentos em relação aos filhos, o qual depende da situação de necessidade daqueles e das possibilidades económicas destes'*²³. Sem prejuízo do inquestionável acerto desta decisão, cremos que se tratava de um caso em que a mediação era a solução mais adequada, permitindo evitar um litígio de que, inevitavelmente, resultou uma maior degradação das relações familiares. A decisão do tribunal limitou-se aos aspectos económicos do litígio. A mediação

²¹ In Mediação Familiar e Contencioso Familiar: Articulação da Actividade de Mediação com um Processo de Divórcio - Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias - Universidade de Coimbra - Coimbra Editora (2009), pág. 1129.

²² No mesmo sentido pode ver-se COSTA, Patrícia, in A Conciliação Judicial à Luz dos Deveres de Imparcialidade do Tribunal, de Cooperação e de Boa-fé - Revista Julgar (2017), pág. 167, para quem *'os conflitos familiares superam-se melhor com técnicas de mediação do que com procedimentos judiciais'*.

²³ Processo 129/16.3T8VNC.G1, disponível em www.dgsi.pt.

teria permitido abordar a vertente interpessoal, com o restabelecimento das relações familiares entre as pessoas envolvidas.

Os litígios de densidade nula representam uma nova evolução nesta matéria. O percurso que temos vindo a seguir, demonstrando a relação entre as alterações sociais, a evolução relativamente à natureza dos litígios e a sua influência no sistema de justiça, permite afirmar que está em causa um verdadeiro novo paradigma da resolução de litígios.

Estes litígios caracterizam-se pela inexistência de um litígio entre partes com posições antagónicas e pela circunstância de não ser pedido ao tribunal que resolva um conflito, mas que encontre uma solução para uma determinada necessidade ou um problema concreto.

Estes litígios têm vindo a ganhar dimensão e tudo indica que irão aumentar. Existem novas áreas em que têm vindo a ser reconhecidos direitos pelo legislador. As pessoas interessadas irão tomar consciência destes direitos e exercê-los, reclamando a intervenção do sistema de justiça. Foi isto que se passou, por exemplo, com o testamento vital e a nomeação de um procurador de cuidados de saúde. Estas figuras foram admitidas pelo legislador no ano de 2012, através da Lei nº45/2012 de 16 de Junho, que aprovou o regime das directivas antecipadas de vontade. Nos primeiros anos, a sua utilização foi residual. Contudo, progressivamente, as pessoas interessadas foram tomando consciência desta possibilidade, o que levou a que actualmente a sua utilização seja frequente. Existem cerca de vinte e cinco mil testamentos vitais registados e foi aprovada pela Assembleia da República uma resolução no sentido de ser realizada uma campanha de informação que divulgue e incentive ainda mais a utilização desta figura²⁴. Seguramente que é isto que vai acontecer com o regime do maior acompanhado. A aplicação de medidas de acompanhamento a pedido do próprio ou dos familiares nas situações de capacidade diminuída provocada pelas limitações próprias da idade irá tornar-se frequente, em consequência do aumento do número de pessoas idosas e da progressiva consciencialização em relação a estes direitos.

A circunstância de ser pedido aos tribunais que encontrem uma solução para uma determinada necessidade representa um desafio para o sistema de

²⁴ Resolução da Assembleia da República nº33/2019 de 1 de Fevereiro, publicada no Diário da República nº44/2019, Série I de 4 de Março de 2019.

justiça. Por um lado, a função essencial dos tribunais continua a ser a resolução de litígios e não propriamente a procura de soluções. Por outro lado, estes litígios exigem conhecimentos específicos em áreas que os tribunais não dominam. Finalmente, os interessados desempenham um papel muito mais activo na construção da decisão, através dos direitos de participação e audição.

Estando em causa a procura de uma solução e sendo necessários conhecimentos em outras áreas, a decisão dos tribunais será, necessariamente, partilhada com outras entidades. Além disso, a decisão é participada, sendo a concepção do processo como uma comunidade de trabalho ainda mais aprofundada. O paradigma do juiz que está colocado numa posição externa e superior às partes, próprio do *sache der parteien* ou do *adversary system* nos sistemas liberais, é completamente afastado. A decisão do tribunal é partilhada, limitando-se, em grande medida, a controlar a legalidade do processo e a homologar judicialmente a solução proposta pelos técnicos. Neste sentido, compreende-se a afirmação de FERNANDO VIEIRA e SOFIA BRISSOS, num estudo relativo às perícias psiquiátricas em direito civil, para quem '*é rara a discordância entre um parecer médico e a decisão*'²⁵.

No modelo tradicional, os técnicos desempenham um papel de auxiliares da justiça. Nesta concepção, o tribunal é o perito dos peritos ou, como é habitual afirmar-se, o *peritus peritorum*. Nos litígios de densidade nula, a função dos técnicos é reforçada, passando estes a serem verdadeiros protagonistas da decisão, juntamente com o tribunal.

O regime do maior acompanhado estabelece que o juiz determina as diligências que considera convenientes, podendo nomear um ou vários peritos (art. 897º nº1 do Código de Processo Civil).

Nas situações de incapacidade total e irreversível - *hard cases* - será suficiente a realização de um exame médico por um médico psiquiatra que confirme a situação do interessado.

Porém, nas situações de capacidade diminuída, especialmente nos casos que se referem às limitações próprias da idade, será imprescindível um relatório social elaborado por um técnico social. Ao técnico social caberá analisar a situação pessoal e familiar do interessado e as necessidades do seu quotidiano.

²⁵ In Direito e Psiquiatria - Um Olhar sobre a Cultura Judiciária na Intersecção com a Psiquiatria - Revista Julgar (2007), pág. 58.

Além disso, sempre que possível, o técnico social deverá indicar a pessoa mais adequada para ser nomeada acompanhante. Partindo destes elementos, o exame médico irá apreciar as limitações da capacidade do interessado, a eventual existência de uma doença limitativa da vontade ou da capacidade, e propor o conteúdo da medida que deve ser aplicada. O tribunal aprecia depois a globalidade destes elementos, juntamente com a audição do interessado, e aplica a solução que seja considerada adequada.

O novo paradigma da resolução de litígios é particularmente evidente. Os técnicos não são meros auxiliares da justiça. São verdadeiros protagonistas que participam na conformação da decisão em colaboração com o interessado e o tribunal. O tribunal deixa de estar numa posição externa e de superioridade em relação às partes e passa a decidir numa verdadeira comunidade de trabalho.

Consideramos que as alterações demográficas e especificamente as alterações relativas ao envelhecimento levaram a que surgisse um novo tipo de litígios, que designamos de litígios de densidade nula, e um novo modelo de decisão que envolve os tribunais, os técnicos sociais e os médicos, numa comunidade de trabalho que se caracteriza por uma posição de paridade tendo em vista a procura da solução adequada. Este novo paradigma da resolução de litígios é particularmente evidente no regime do maior acompanhado e será inevitavelmente reforçado nas futuras intervenções legislativas que surgirão em consequência das alterações demográficas e do envelhecimento da população.