



ATAS

DIREITOS DE PERSONALIDADE *VERSUS* DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ana Paula Cabral

Docente do ISCET/ Diretora do Departamento de Apoio ao
Utente da Entidade Reguladora da Saúde

RESUMO

Os direitos de personalidade visam permitir à pessoa titular desse direito subjetivo defender a sua identidade, honra, liberdade, ou seja, aquilo que lhe é próprio. Pretende-se com o seu exercício excluir um comportamento negativo de outrem.

No Código Civil (CC) encontra-se consagrada uma cláusula geral de proteção da personalidade, para além de direitos especiais de personalidade, como é o caso do direito ao nome, ao pseudónimo, à imagem e à reserva sobre a intimidade da vida privada.

Fora do CC também existem direitos de personalidade que, como tal, têm como objeto a personalidade.

Os direitos fundamentais concretizam posições jurídicas da pessoa humana relativamente ao Estado. Porém, antes mesmo de terem sido plasmados num texto constitucional já se encontravam consagrados noutros diplomas, como é o caso do CC.

Na Constituição estão consagrados alguns direitos de personalidade, coincidentes com os plasmados no CC, o que não impede que, apesar de poderem ter um objeto coincidente sejam dois tipos diferentes de direitos, com regimes igualmente diferentes.

A proteção dos direitos de personalidade não se cinge ao regime de direito civil constante dos artigos do CC, mas também decorre de um conjunto de preceitos constantes do catálogo de direitos fundamentais, para além da tutela geral de personalidade decorrente deste texto fundamental.

Atendendo ao tema do Congresso: Código Civil Passado e Futuro, antevê-se alteração deste diploma em matéria de direitos de personalidade, acrescentando ao conjunto destes direitos, um direito à ciber identidade, merecendo, com as devidas adaptações, o mesmo tipo de tutela que a identidade real, bem como a consagração da preocupação de proteção dos direitos de personalidade perante os potenciais ataques através da via informática, sobretudo a internet.

I. INTRODUÇÃO

Deparando-me com a iniciativa do ISCET de realizar um Congresso subordinado ao tema: Código Civil Passado e Futuro, visando comemorar os 50 anos do Código Civil, impunha-se a minha participação.

Esta colaboração abrange duas dimensões. Para além da minha participação como comentadora do Painel Liberdade e Ética, o que, por todos os motivos, sobejamente conhecidos por muitos me honra e me dá uma satisfação imensa, concretiza-se igualmente nesta minha comunicação, visando um tema que me é muito caro: Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais.

Começando por uma pequena introdução, procederei a uma abordagem, a título de desenvolvimento, no que respeita aos direitos de personalidade em si mesmos considerados e aos Direitos Fundamentais.

Aqui, procederei ao aprofundamento da matéria em apreço recorrendo, nomeadamente à comparação destes dois tipos de direitos, para além de uma pequena incursão pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.

Encerrarei com uma singela conclusão e uma proposta.

II. DESENVOLVIMENTO

1. O que são Direitos de Personalidade

Apresentar um conceito de direito de personalidade e caracterizar este tipo de direito pressupõe que se comece por abordar o conceito de pessoa, objeto deste tipo de direito, pois os direitos de personalidade são aqueles que têm por objeto a própria pessoa.

Podemos considerar a personalidade como o foco de intervenção das relações na sociedade. A pessoa caracteriza-se por interagir e nisso distingue-se do indivíduo.

Este conceito de pessoa tem vindo a sofrer, ao longo dos tempos, uma evolução.

Principiando por encarar este conceito segundo a ótica do mundo ocidental, influenciado pelos romanos, tendo sempre a ver com a relação do sujeito com a sociedade, encarada por autores como São Tomás de Aquino, que a considerava como interação do corpo e da alma, unidos numa só e única existência; passando pelos iluministas que, começando por retirar a dimensão metafísica e teológica do conceito de pessoa, realçando a autonomia da vontade; chegando mais tarde a negar a dimensão metafísica dos sujeitos, e finalmente, seguindo a perspetiva dos jusracionaisistas que defendiam um sujeito desligado das necessidades concretas e do seu contexto histórico do Direito, temos uma singela perspetiva do conceito de pessoa.

Este conceito baseia-se na autonomia da vontade que lhe é característica, na sua relação com o outro, ou seja, na interação social e na dignidade humana. Além disso, a pessoa tem um corpo, que condiciona a sua mente e assume um conjunto de valores. Ora, os valores inerentes a uma pessoa podem mudar a qualquer momento, à medida que se vai relacionando e construindo socialmente.

Segundo Carvalho Fernandes, os direitos de personalidade tutelam a personalidade física e moral.

Concretizando, o direito à vida e o direito à integridade física e direito ao próprio corpo (total ou parcialmente), no que toca à personalidade física; o direito à honra, (abrangendo o bom nome); o direito à liberdade (liberdade de expressão e informação, liberdade de consciência, culto, religião, liberdade de criação cultural, liberdade de reunião e manifestação, liberdade de associação e liberdade de ensinar e aprender), direito à intimidade da vida privada (direito à reserva da intimidade da vida privada, direito à inviolabilidade do domicílio, direito ao sigilo da correspondência), no que respeita à personalidade moral.

Defende ainda este autor a existência de uma categoria de direitos de personalidade instrumentais, porque dirigidos ao Estado, que tem a obrigação de adotar as devidas medidas. Correspondem estes direitos às por si designadas vinculações da personalidade. Para este autor, apenas havendo lugar à proteção destes direitos pode ser atingida a plena tutela do direito geral à personalidade.

No Código Civil (CC) encontram-se consagrados, no artigo 70º, uma cláusula geral de proteção da personalidade além de, nos artigos 72º a 80º, direitos especiais de personalidade: ao nome, ao pseudónimo, ao segredo das missivas, memórias e certos outros escritos, à imagem e à reserva sobre a intimidade da via privada.

Procedemos apenas a esta elencação de direitos de personalidade, não nos debruçando sobre a problemática das possíveis classificações deste tipo de direitos.

Também fora do CC existem direitos de personalidade, sendo por isso o seu objeto de consagração a personalidade. É o caso daqueles que gozam de garantias especiais no Código de Autor e dos Direitos Conexos.

Para além desses direitos especiais, são igualmente dignos de destaque os direitos de personalidade fundamentais, consagrados nos artigos 13º, 24º a 27º, 34º a 38º, 41º a 48º, 51º, 61º e 62º da CRP,

Estes preceitos, nos termos do artigo 18º, n.º1 da CRP, são diretamente aplicáveis nas relações entre os particulares e o Estado, mas também nas relações entre os particulares entre si e entre estes e o Estado exonerado do seu poder de *imperium*.

As normas do direito geral de personalidade aplicam-se subsidiariamente aos direitos especiais de personalidade.

Segundo Jorge Miranda, este direito geral de personalidade traduz-se na tutela geral de todas as formas de lesão de bens de personalidade, não sendo para tal necessária a sua consagração.

Estes direitos de personalidade que, segundo este autor, decorrem do princípio constante do artigo 26º da CRP, resultam do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a pessoa aqui em apreço vê a sua inerente personalidade protegida por esta tutela mais abrangente mesmo do que a do próprio regime dos direitos fundamentais, porque conjugada com o regime dos direitos de personalidade, nas suas relações com o Estado.

Mesmo que assim não fosse, a tutela da personalidade, constante dos artigos 70º a 81 do CC, tem dignidade constitucional, por força do disposto no artigo 16º da CRP, isto é, da cláusula aberta aí consagrada.

Muitas são as aceções de direitos de personalidade. Apenas para referir algumas, vejamos que Otto von Gierke defendia que o direito de personalidade é um direito subjetivo a observar por todos os sujeitos; Menezes Cordeiro afirma que estes direitos constituem um conjunto de bens pessoais juridicamente reconhecidos.

Os direitos de personalidade visam permitir à pessoa titular desse direito subjetivo defender a sua identidade, honra, liberdade, numa palavra, aquilo que lhe é próprio, pretendendo-se com o seu exercício excluir um comportamento negativo de outrem, pois protegem bens essenciais à existência deste sujeito.

Estes direitos, como direitos subjetivos que são, caracterizam-se por respeitarem à integridade física e moral, sendo absolutos, não patrimoniais, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis, imprescritíveis.

Explicando algumas destas características, diremos que:

- São absolutos porque determinam, da parte dos sujeitos que não o seu titular, um dever geral de respeito, o que implica que possam ser invocados e feitos valer contra todos;
- São não patrimoniais, porque insusceptíveis de avaliação pecuniária, o que não é o mesmo que a sua violação não poder implicar uma reparação de natureza patrimonial.
- São indisponíveis porque não podem ser alvo de atos de disposição pelo seu titular, para além dos casos que não consubstanciem uma situação contra a ordem pública, uma proibição legal ou os bons costumes (conforme o regime disposto nos artigos 81.º e 340.º do CC);
- São intransmissíveis, indisponíveis e irrenunciáveis porque, por força da sua natureza e não por imperativo legal, não podem ser transferidos para a esfera jurídica de outro sujeito.

No que toca à forma de tutela dos direitos de personalidade, podemos mencionar que pode ocorrer preventivamente, visando-se evitar a violação destes direitos ou atenuando a mesma, conforme o disposto no artigo 70.º, n.º 2 do CC; pode fazer corresponder uma sanção pecuniária compulsória, quando perante uma obrigação de fazer ou não fazer infungível não cumprida, nos termos do artigo 829.º-A do CC, que o credor seja indemnizado pelos danos decorrentes da mora, bem como a possibilidade de requerer judicialmente que o devedor seja condenado ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada

infração; ou ainda pode implicar uma situação de responsabilidade civil, nos termos gerais (artigos 483.º e seguintes do CC).

Na tutela dos direitos de personalidade há que não esquecer que pode existir colisão de direitos desta natureza, que sejam da titularidade de diferentes sujeitos, merecendo igual proteção. Esta tem que obedecer ao regime da colisão de direitos, previsto no artigo 335.º do CC.

2. O que são Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais surgem como posições jurídicas reconhecidas pelo ordenamento jurídico interno, europeu e mesmo internacional, tendo como objetivo a defesa dos valores e interesses mais importantes para as pessoas, quer singulares quer coletivas.

Daqui decorre para o Estado a obrigação de respeitar estes direitos e atuar de modo a concretizá-los através de atos legislativos, bem como ao nível da atividade de execução em termos administrativos e judiciais.

Os sujeitos, independentemente da sua natureza jurídica ser privada ou pública, têm o dever de respeitar os direitos fundamentais.

A Constituição da República Portuguesa, na sua Parte I - Direitos e deveres fundamentais, consagra um catálogo de direitos fundamentais.

No Título I apresenta um conjunto de princípios gerais, onde se refere, por exemplo, o âmbito e sentido dos direitos fundamentais (artigo 16º), ou o regime dos direitos, liberdades e garantias (artigo 17.º), ou mesmo a força jurídica destas normas (artigo 18º).

Optou o legislador constituinte por plasmar primeiramente os Direitos, segundo a subsequente sistemática: Título II - Direitos, liberdades e garantias, subdividido por três capítulos, concretamente, no Capítulo I - Direitos, liberdades e garantias pessoais, no Capítulo II - Direitos, liberdades e garantias de participação política e no Capítulo III - Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores. Depois, consagrou os deveres, no Título III - Direitos e deveres económicos, sociais e culturais.

Ora, no capítulo dos direitos, liberdades e garantias, consagrou o legislador, respetivamente, o direito à vida (artigo 24º), direito à integridade pessoal (artigo 25º) e outros direitos pessoais (artigo 26º).

Concretizando, é de referir que na CRP estão consagrados direitos, liberdades e garantias e os direitos e deveres económicos, sociais e culturais, como é o caso, no que aos primeiros respeita, do direito à liberdade e à segurança, à integridade física e moral, à propriedade privada, à participação política e à liberdade de expressão, a participar na administração da justiça. Estes afirmam-se como a base de existência numa sociedade democrática. Estes direitos são mesmo diretamente invocáveis e protegidos, tornando-se muito difícil restringi-los.

Os direitos económicos, sociais e culturais, como é o caso do direito ao trabalho, à habitação, à segurança social, à saúde e ao ambiente carecem de uma concretização para poderem ser efetivados.

Os direitos fundamentais distinguem-se de outros institutos jurídicos, considerados por certos autores, como é o caso de Castro Mendes, como figuras afins. Estes institutos jurídicos congregam algumas características comuns aos direitos fundamentais como sejam: a universalidade e individualidade, a não patrimonialidade, a indisponibilidade. É o que se passa com os direitos de personalidade (objeto de análise nesta nossa comunicação), os direitos humanos (a que faremos uma breve referência de seguida), os direitos pessoalíssimos, insuscetíveis de transmissão e outros.

Porque frequentemente existe alguma confusão entre direitos fundamentais e direitos humanos, passamos a fazer uma pequena referência a estes últimos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 217A (III) de 10 de dezembro de 1948.

No que respeita ao ordenamento jurídico português, foi publicada no Diário da República, I Série, n.º 57/78, de 9 de março de 1978, mediante aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), direitos humanos são “garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana”.

Ora, estes direitos fundam-se num conjunto de valores comuns, têm proteção internacional e de natureza jurídica. Visando a proteção da dignidade humana, pelo que não podem ser eliminados nem recusados pelos Estados, conferem proteção aos indivíduos isoladamente ou em grupo. Para além disso, são iguais e interdependentes. Por isso, o gozo de um deles interfere com o dos outros.

A fonte destes direitos humanos é de natureza consuetudinária, pois é relevante o costume internacional, mas sobretudo de natureza convencional, resultando por isso de convenções estabelecidas entre Estados que participam em organizações internacionais como as Nações Unidas, o Conselho da Europa, a União Africana e a Organização de Estados Americanos.

Constituem instrumentos internacionais de direitos humanos a Declaração Universal dos Direitos do Homem, Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (da ONU), tratados sobre discriminação contra as mulheres, discriminação racial, direitos da criança, tortura e outras penas e tratamentos cruéis, direitos dos trabalhadores migrantes, direitos das pessoas com deficiência, etc. Estes tratados pressupõem a existência de um comité de peritos a quem cabe avaliar se os Estados Partes cumprem as obrigações resultantes da assinatura e/ou ratificação e adesão a estes instrumentos de Direito Internacional.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem é um tratado de nível europeu. A violação deste tratado pode determinar, como consequência, uma queixa para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Para além, deste muitos outros tratados existem, no âmbito do Conselho da Europa, relativos à proteção de direitos humanos, destacando-se a Carta Social Europeia.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia cabe no âmbito da União Europeia e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, no da União Africana.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o seu Protocolo em matéria de direitos económicos, sociais e culturais já respeitam aos países da América entre si.

Tratando-se estes instrumentos de cariz internacional, como é típico destas normas, questiona-se por vezes o seu grau de eficácia, por força da inexistência de um sistema que imponha o respetivo cumprimento.

No que respeita à ONU, para além do comité de peritos supra referido, cabe a órgãos como a Assembleia Geral das Nações Unidas, o Conselho de Direitos Humanos e o Alto Comissariado para os Direitos Humanos pronunciar-se sobre a violação de direitos humanos. Existem também alguns tribunais de Direitos Humanos, de âmbito regional, na Europa, em África e no continente americano.

Internamente, como as obrigações decorrentes da consagração de direitos humanos recaem sobre os Estados, assume grande relevância a função dos trabalhadores da Administração Pública e órgãos como o Provedor de Justiça, organizações profissionais, associações, entre outros, na medida em que podem identificar essas violações mais facilmente e intervir à sua escala e dimensão.

3. Comparação e distinção entre Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais

Enquanto os direitos fundamentais surgem como posições jurídicas concedidas pela CRP, portanto de natureza pública, não obstante os seus efeitos se façam repercutir nos particulares, os direitos de personalidade fundam-se em características dos sujeitos, das pessoas, tendo por objeto bens da sua personalidade física, moral ou mesmo jurídica, traduzindo manifestações da personalidade em geral.

Nos direitos fundamentais destacamos, para os caracterizar, a fonte de atribuição, nos direitos de personalidade realçamos o critério do objeto.

Alguns direitos de personalidade decorrem do facto de alguns dos direitos fundamentais incidirem sobre o mesmo objeto que os direitos de personalidade.

Comum entre estes direitos é o facto de existir uma proteção constitucional da personalidade, embora nem todos os direitos fundamentais estejam diretamente relacionados com os bens da personalidade.

O artigo 26º da CRP, que consagra o que o legislador entendeu designar como outros direitos pessoais, acaba por plasmar direitos de personalidade típicos, como concretizações da dignidade humana.

Aqui se encontram plasmados alguns direitos básicos respeitantes à vida e integridade física e moral. Estes direitos pessoais decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana. Defende Jorge Miranda que aqui se encontra a sede constitucional do direito geral da personalidade.

O facto é que os cidadãos se relacionam com o Estado e este, na sua feição de Estado de Direito, relaciona-se com aqueles de diversas formas. Este vínculo pode traduzir-se na proteção destes através dos direitos fundamentais mas também na concretização dos direitos de personalidade.

Pode acontecer que exista uma sobreposição de direitos (fundamentais e de personalidade), especificamente aqueles que incidam sobre o mesmo objeto que estes últimos, o que torna mais difícil a sua distinção.

Claro que os direitos de personalidade se inserem no âmbito do Direito Civil e os direitos fundamentais no do Direito Constitucional.

A pessoa para o Direito está intrinsecamente ligada ao princípio da proteção da dignidade humana.

Aliás, a dignidade é defensável como qualidade integrante e irrenunciável do sujeito. Por isso, surgiu nas constituições ocidentais da segunda metade do século XX como fundamento de quase todos os direitos fundamentais, o que não é o mesmo que um reconhecimento de um direito fundamental à dignidade. Antes o princípio da dignidade atribui o sentido e legitimidade à ordem constitucional, servindo de base a todos os direitos fundamentais, desempenhando uma função instrumental, estabelecendo limites ao cumprimento das tarefas do Estado e limites aos particulares.

A cláusula geral de tutela da personalidade resultante dos artigos 70º a 81º do CC tem natureza de direito fundamental, com base no princípio da dignidade da pessoa humana conjugado com a cláusula aberta – artigo 16º da CRP.

Os direitos de personalidade como direitos sobre a própria pessoa distinguem-se, no que toca ao seu objeto, de todos os outros.

O direito geral de personalidade consiste na pretensão de alguém valer como pessoa, atribuída pelo ordenamento jurídico, enquanto os direitos de personalidade surgem como direitos privados especiais. São direitos subjetivos cuja observância compete a todos.

Os direitos de personalidade são caracterizados por algumas notas comuns aos direitos fundamentais, como é o caso da sua dimensão universal, a sua continuidade, natureza individual, não patrimonial e indisponibilidade.

Porém, são realidades diferentes ainda que possam ter o mesmo objeto que alguns direitos fundamentais.

Estes últimos concretizam posições da pessoa humana relativamente ao Estado embora, antes mesmo de terem sido plasmados num texto constitucional já tivessem recebido consagração noutros diplomas, como é o caso do CC.

Na CRP estão consagrados alguns direitos de personalidade, coincidentes com os plasmados no CC.

Porém, apesar do objeto dos direitos constantes da CRP ser comum ao dos direitos de personalidade, consagrados no CC, nos artigos 70º e 80º, são direitos fundamentais.

Não obstante esta coincidência de objeto entre estes dois tipos diferentes de direitos, não se questiona a existência de direitos fundamentais que não têm nada a ver com a personalidade.

Assim, podemos sinteticamente distinguir direitos de personalidade de direitos fundamentais, desde logo a partir de um critério formal, que consistiria no facto de os primeiros receberem uma proteção imediata resultante do CC e os segundos da Constituição, mas esta afirmação apenas é correta em termos estritamente formais pois, como é sabido, existem direitos fundamentais que não estão consagrados na Constituição, assim como existem direitos de personalidade constantes de normas do texto fundamental.

Também pode defender-se que os direitos de personalidade surgem como uma espécie, enquanto os direitos fundamentais seriam o género, igualmente esta distinção apenas em sentido estrito é completamente correta, nomeadamente porque as pessoas coletivas, como é o caso das associações também são titulares de direitos de personalidade.

E também estes últimos contêm comandos dirigidos a particulares e os direitos fundamentais ao próprio legislador, na medida em que constem de normas da Constituição. Porém, é sabido que há normas que consagram direitos fundamentais de aplicação direta aos próprios particulares, para além da transposição destes direitos para os particulares através de legislação de direito privado.

Há normas de direitos fundamentais que contêm direitos subjetivos susceptíveis de serem exigidos pelos particulares e dimensão objetiva, na medida em que o Estado está obrigado à proteção de valores como sejam a vida, a propriedade e a liberdade.

Por outro lado, quando as normas que contêm direitos fundamentais são aplicadas nas relações jurídico-privadas, essa aplicação depende da intervenção do princípio da autonomia da vontade, daí estes direitos não constituírem comandos para os particulares tal como o são para o Estado. Antes constituem pressupostos para que o princípio da autonomia privada seja passível de realização.

4. Abordagem jurisprudencial

Feita uma incursão pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, procedemos à análise de alguns acórdãos onde se abordava a temática dos direitos de personalidade.

A questão recorrentemente abordada incide fundamentalmente no facto de os direitos de personalidade surgirem como limite atendível a certos direitos como é o caso de, destacamos, da liberdade de imprensa.

Ora, é tendência jurisprudencial que, se é certo que a liberdade de informação e expressão está inserida na CRP como direito, liberdade e garantia pessoal e plasmada em várias declarações internacionais de direitos, aliás com o objetivo de garantir a plenitude da democracia, também é certo que pode e deve ceder nomeadamente perante direitos de personalidade, como sejam o direito à imagem, à reserva de intimidade da vida privada, à honra, base da dignidade humana e do princípio correspondente. Estes direitos de personalidade são encarados na sua dimensão de direitos absolutos.

Pudemos constatar, como questão recorrente nos acórdãos analisados, o reconhecimento da dignidade humana como valor superior da ordenação constitucional democrática, impondo que a colisão entre os direitos de informação e de livre expressão, por um lado, e à integridade moral e ao bom nome e reputação, por outro, deve resolver-se, em princípio, pela prevalência daquele direito de personalidade.

Também notamos a afirmação por este tribunal superior da possibilidade de, concretamente, ocorrerem circunstâncias que justifiquem outra solução, com base da defesa do interesse público.

Podemos destacar, como palavras-chave destes acórdãos onde se abordam os direitos de personalidade, liberdade de imprensa, ou mesmo o seu abuso, colisão de direitos, direito ao bom nome e direito à honra.

Assim, após apreciação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça e em jeito de síntese, constatou-se que:

- Começando por a proteção dos direitos de personalidade incidir sobretudo sobre o direito à honra, com a prevalência deste em abstrato, segue-se uma predominância deste direito após a concordância prática ou pelo menos ponderação. Por fim, a liberdade de imprensa recebe a prevalência, após ponderação ou concordância prática.

Já se ponderarmos sobre a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) constata-se o enfoque na defesa da liberdade de expressão, apesar desta estar sujeita a condições e limites cuja interpretação tem que ser feita em sentido estrito.

Aquí, há que conciliar este direito que consubstancia a liberdade de expressão, a cargo dos meios de comunicação social, com os direitos de personalidade.

III. CONCLUSÃO

Os direitos de personalidade estão consagrados no CC, enquanto os direitos fundamentais no texto constitucional, o que implica mecanismos de proteção específicos para cada um destes textos legais;

Enquanto o primeiro tipo de direitos se baseia numa relação de paridade entre os sujeitos intervenientes, sem especial implicação no Estado, os direitos fundamentais implicam uma relação direta com este.

De facto, existem direitos de personalidade plasmados na Constituição, coincidentes com alguns que recebem a sua consagração no CC. Porém, apesar dos direitos consagrados na Constituição poderem proteger o mesmo objeto (é o caso dos constantes dos artigos 70º a 81º), não deixam de ser direitos fundamentais.

Não obstante estes dois tipos de direitos terem por vezes objetos idênticos nem todos os direitos fundamentais estão relacionados com o bem personalidade.

Os direitos de personalidade caracterizam-se por serem inerentes ao sujeito, conferirem aos respetivos titulares uma proteção como direitos absolutos, isto é, perante todos os outros sujeitos do ordenamento jurídico, são inalienáveis e irrenunciáveis.

Como podem conflitar com direitos de outra natureza ou mesmo entre si, estes conflitos têm que ser resolvidos recorrendo para tal a princípios como o da concordância prática e da proporcionalidade.

Podemos defender a relação entre os direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade, em termos visuais, segundo a teoria dos conjuntos. Assim, os primeiros seriam, seguindo os ensinamentos de Gomes Canotilho, direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, os direitos fundamentais caracterizar-se-iam por serem garantidos e limitados espaço-temporalmente. Por fim, muitos dos direitos de personalidade seriam direitos fundamentais, não sendo a inversa verdadeira. Desde logo são de excluir dos direitos de personalidade os direitos fundamentais de cariz político, bem como os direitos a prestações, por não respeitarem à natureza subjetiva da pessoa humana.

A proteção de que necessita a pessoa jurídica em si mesma tem que ser dinâmica, pois a pessoa objeto dos direitos de personalidade evolui ao longo dos tempos e deve ser integrada, abrangendo uma proteção de nível constitucional, através dos direitos fundamentais que lhe dizem respeito e da própria cláusula geral de tutela de personalidade.

A proteção dos direitos de personalidade não se cinge ao regime de direito civil constante dos artigos do CC, mas também decorre de um conjunto de preceitos constantes do catálogo de direitos fundamentais, para além da tutela geral de personalidade decorrente deste texto fundamental.

Considerando o tema deste Congresso: Código Civil Passado e Futuro, atrevo-me a, em jeito de conclusão final, propor a alteração do CC nesta matéria, acrescentando ao conjunto de direitos de personalidade consagrados neste código, um direito à ciber identidade, merecendo, com as devidas adaptações, o mesmo tipo de tutela que a da identidade real, bem como a preocupação com a consagração da proteção dos direitos de personalidade perante os potenciais ataques através da via informática, sobretudo a internet.

Bastaria consagrar uma previsão legal, à imagem do que foi feito em matéria penal com a Lei n.º 109/2009 de 15 de Setembro, onde se plasmaram disposições penais materiais e processuais e as disposições relativas à cooperação internacional em matéria penal, relativas ao domínio do cibercrime e da recolha de prova em suporte eletrónico

Esta evolução legislativa que global e genericamente se propõe visaria colmatar falhas do sistema jurídico nesta matéria. É que a evolução dos tempos, no encaço da qual tem o Direito sempre que prosseguir assim o impõe.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDRINO, José Melo, Direitos Fundamentais, Introdução Geral, 2ª ed. revista.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, Direito Civil – Teoria Geral, Vol. I, 2ª Ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constitucional. Coimbra, Almedina, 2004.
- CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, 2.ª edição, Coimbra 2007.
- CUNHA, Paulo Ferreira da, Direitos Fundamentais – Fundamentos e Direitos Sociais, 2016.
- FERNANDES, Luís Carvalho, Teoria Geral do Direito Civil, Vols. I e II, 4.ª ed., Lisboa 2007.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, Manual de Direito Constitucional, Volume II, 5ª ed., Almedina, 201.
- MIRANDA, Jorge, Curso de Direito Constitucional – Estado e Constitucionalismo, Constituição e Direitos Fundamentais, Vol. 1, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016.
- MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV. 4ª ed., versão, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa anotada. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- NOVAIS, Jorge Reis, A Dignidade da Pessoa Humana – Dignidade e Inconstitucionalidade, Almedina.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, Teoria Geral do Direito Civil, 4.ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005.
- VARELA, Antunes/ LIMA, Pires de, Código Civil anotado, Vol I, 4ª ed., Coimbra, 1987.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, Teoria Geral do Direito Civil, 4ª ed., Almedina, 2007.

A RESPONSABILIDADE MÉDICA E O ADVENTO DA MEDIÇÃO NO SETOR DA SAÚDE

Isa António

Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo

0. Nota prévia

O propósito do presente trabalho é analisar a responsabilidade médica no âmbito do direito privado, mais especificamente, sobre as diversas modalidades em que pode ser perspectivada e, por último, refletir sobre a efetiva adequação da mediação ou conciliação como fórum de resolução de litígios nascidos, no fundo, do “erro médico”. O foco deste estudo versará unicamente sobre as relações estabelecidas entre o doente e o médico ou outro profissional de saúde cuja atividade se desenvolve num estabelecimento de cuidados de saúde privado. Ficam, pois, excluídas da nossa análise, as situações de “erro médico” geradas em estabelecimentos públicos de saúde (v.g. hospitais públicos, centros de saúde, unidades de saúde familiar, etc.), cuja resolução competiria ao foro dos Tribunais Administrativos com a aplicação da Lei de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas¹.

1. O “erro médico” e modalidades da obrigação médica

A figura do “erro médico” pode ser definido como sendo um *desvio* à prática médica exigida pelas *leges artis medicinae*² ou “estado da arte médica” em vigor num determinado momento, a qual é ditada pelos avanços da ciência e da técnica. Contudo, para que possua relevância jurídica este “desvio” à *legis artis*, tem de possuir “lesividade”, ou seja, carece de produzir um *dano* ao doente.

¹ Lei n.º 31/2008, de 17/07.

² As «*Leges artis ad hoc*» consistem naquelas regras, pelas quais o profissional, neste caso, de saúde se deverá orientar no desenvolvimento da sua atividade e as quais conferem indícios: particularidades da atividade médica, múltiplos fatores que a influenciam; a complexidade de intervenções; a sua relevância em dado momento do tratamento do doente, etc. Entende-se por «*leges artis ad hoc medicinae*», a aplicação de regras gerais médicas a casos iguais ou parecidos, com vista a assegurar uma atuação com o cuidado objetivamente devido. Podem ainda ser consideradas como o critério valorativo de correção de um determinado ato médico executado por um profissional de medicina (ciência ou arte médica) que tem em conta as particularidades do seu autor, profissão, complexidade da sua atividade e especialidade, assim como fatores exógenos, como nomeadamente, o estado do paciente, a intervenção potencial dos seus familiares, a organização hospitalar e sanitária, para qualificar, como conforme ou desconforme à técnica exigida, o ato médico em análise (atendendo aos requisitos de legitimação e atuação médica lícita; eficácia do serviço prestado; a eventual responsabilidade do seu autor-médico em resultado da sua intervenção). Tais regras impõem ao médico uma conduta profissional sensata e competente, em conformidade com o padrão de profissional médio e diligente que, no caso do médico, preferimos designar de «critério do bom médico de família», o qual representaria uma especificidade (de cariz “profissional”) face ao «critério do bom pai de família» (artigo 487.º, n.º2 do Código Civil), de âmbito mais generalizado. Deste modo, o «critério do bom médico de família» seria consubstanciado na figura de um médico atento, diligente, “atualizado”, preocupado, o qual estabeleceria uma relação personalizada e de confiança com o paciente («critério do bom profissional da categoria e especialidade do médico»). O doente terá de ser encarado, nessa relação, como uma pessoa e não como mero “utente” (estabelecimento público de cuidados de saúde) ou, “cliente” (clínicas ou outros estabelecimentos de prestação de serviços médicos particulares).

Um conceito mais consensual de “erro médico” será aquele segundo o qual “é o resultado da conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir dano à vida ou agravo à saúde de outrem, mediante imperícia, imprudência ou negligência”³.

Encontra-se excluída do conceito de “erro médico” qualquer situação fora do controlo do profissional de saúde, alheio à sua vontade, dotado de imprevisibilidade e que, independentemente da conduta adotada e do grau de zelo médico empregue, verificar-se-ia sempre.

No tocante às tipologias de “erro médico”, estas são variadas, em função da sua natureza, do agente causador, dos lesados, do momento de surgimento do dano e das formas de “concretização” desse erro⁴.

O carácter multifacetado do “erro médico” dificulta a resolução dos litígios ou diferendos que nascem da relação entre médico/profissional de saúde e estabelecimento de prestação de cuidados de saúde, por um lado, e o doente lesado, por outro lado. Mas não é o único fator de complexificação em torno da denominada “responsabilidade médica”.

O ponto central da questão será determinar, na relação médica com o doente, qual a modalidade de obrigações da *relação jurídica ou do contrato* celebrado entre o profissional de saúde e o seu doente.

A principal classificação de obrigações passa pela dicotomia entre “obrigação de meios” e “obrigação de resultado”⁵⁻⁶. De acordo com a primeira, o profissional de saúde apenas fica vinculado a desempenhar as suas funções de modo diligente e com o zelo inerente à profissão, sem que, no entanto, se vincule a alcançar um determinado objetivo ou resultado para com o doente (obrigação de resultado), como por exemplo, a cura total de um cancro. Deste modo, se se tratar de uma mera obrigação de meios, ao profissional de saúde apenas é exigível desenvolver todos os seus esforços, diligentemente, para salvar a vida ao doente ou tratá-lo da melhor forma possível, atendendo ao estado atual da medicina.

A obrigação de meios é, por isso, comumente designada de “obrigação de prudência e de diligência”. Não poderá ser assacada qualquer tipo de responsabilidade, disciplinar, civil ou penal, ao profissional de saúde que atue de acordo com os parâmetros normais da profissão e se pautar por “dedicar o melhor da sua capacidade, disponibilizando ao máximo os seus predicados intelectuais e as suas habilidades e utilizando todos os recursos necessários, à sua disposição, para favorecer o seu cliente”⁷.

Pelo contrário, se estivermos perante uma obrigação de resultado, este resultado consistirá numa prestação que terá de ser necessariamente atingida pelo profissional de saúde, sendo que a sua não realização consubstancia uma “inadimplência” ou incumprimento contratual em que o devedor (profissional de saúde) terá de assumir o

³ Neste sentido, vide JÚLIO MEIRELLES GOMES, JOSÉ FREITAS DRUMOND, GENIVAL VELOSO DE FRANÇA, *Erro Médico*. 4.ª edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, pp.5.

⁴ Assim, vide JÚLIO MEIRELLES GOMES, JOSÉ FREITAS DRUMOND, GENIVAL VELOSO DE FRANÇA, *Erro Médico*. 4.ª edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, pp.7.

⁵ Esta terminologia foi utilizada pela primeira vez por RENÉ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*. T.V., n.º 1237. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925, pp. 538 e ss.

Como Manuel Rosário Nunes afirma, nas obrigações de meios haverá somente a colocação de meios necessários (diagnóstico e aplicação da terapêutica necessária) com vista a atingir um fim pré-estabelecido e a frustração deste, não poderá ser alegado como incumprimento contratual, pois o devedor apenas promete a diligência em ordem a obter um resultado. Ao médico incumbirá uma obrigação contratualmente assumida, de desenvolver prudente e diligentemente, atendendo ao *estado científico atual das leges artis*, a sua atividade de prestação de cuidados de saúde da melhor forma que possa e saiba, sem que a ele seja exigível o resultado *cura*. Neste sentido, vide MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O Onus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Atos Médicos*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2007, p.53 (nota de roda-pé).

⁶ A este respeito, vide NUNO PINTO OLIVEIRA, “Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa”. In *Responsabilidade Civil dos Médicos*, n.º11. Coimbra: Coimbra editora, 2005, pp.190-225, em particular, o entendimento crítico à qualificação dos deveres contratuais dos médicos enquanto meras obrigações de meios, constante da pp.204 e ss.

⁷ Neste sentido, vide JÚLIO MEIRELLES GOMES, JOSÉ FREITAS DRUMOND, GENIVAL VELOSO DE FRANÇA, *Erro Médico*. 4.ª edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, pp. 101.

respetivo encargo associado ao ressarcimento do lesado, competindo-lhe ainda o ónus de provar que tal se deve a facto não lhe imputável (presunção de culpa do devedor consagrada no artigo 799.º, n.º1, CC).

Segundo a posição preconizada pela generalidade da doutrina e da jurisprudência portuguesas, em Portugal, é reconhecido um papel central à “prova de primeira aparência” e não há lugar a aplicação da supracitada presunção no âmbito da responsabilidade médica, sendo esta ideia traduzida do seguinte modo:

“(…) uma vez que não recai sobre o médico, em regra, qualquer obrigação de resultado, (...) o ónus da prova da culpa é determinado exclusivamente pelo regime da responsabilidade extracontratual. Deste modo, haverá que lançar mão de mecanismos que, atentas as dificuldades no domínio da prova salvaguardem a posição dos lesados, permitindo-se uma “*apreciação da prova produzida pelo paciente com ponderação dessas mesmas dificuldades*”⁸.

Admite-se como regra geral imposta ao médico ou a outro profissional de saúde, a mera obrigação de meios⁹⁻¹⁰, conotada com a “diligência média” em tratar o doente.

⁸ Neste sentido, vide MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Atos Médicos*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2007, pp.46 e ss.

⁹ Neste sentido, vide AURÉLIA ROMERO COLOMA, *La Medicina ante los derechos del paciente*. Editorial Montecorvo, pp.124 e ss. De acordo com a posição preconizada por esta Autora: «*El Médico no puede, efectivamente, obligarse a curar, sino solo cuidar con atención y consciencia a su paciente, en virtud de los datos adquiridos de la Ciencia Médica. Por ello, hay que decir que el Médico no ofrece un resultado, pero sí que los servicios prestados sean los idóneos para producir aquél, acordes, en todo o caso, con la denominada lex artis, es decir, con las normas de su profesión*». Defende, ainda esta Autora, que «*Es evidente que el Médico há de poner al servicio del paciente todos los medios adecuados y oportunos, según el estado de la Ciencia Médica, para lograr la curación o, en outro caso, si esta no es posible, la mejoría de aquél*». Menciona a posição de Introna que vai no sentido de considerar a obrigação do médico como sendo um contrato de prestação médica em que «*el enfermo confío en el facultativo, quien se obliga a cuidarle personalmente, com derecho, sino un servicio*». Segundo Lorenzetti, o fundamento subjacente à qualificação da obrigação médica como obrigação de resultado, consiste «(…) *en la idea de sobreproteger al profesional de las demandas de sus pacientes, surgiendo así, en consecuencia, la carga de probar los daños y/o perjuicios sufridos por el demandante*». Assim, vide AURÉLIA ROMERO COLOMA, *La Medicina ante los derechos del paciente*. Editorial Montecorvo, 2002, pp.127, 128 e 132.

¹⁰ Acerca desta temática em torno do “erro médico”, de acordo com a jurisprudência superior portuguesa, podemos colher os seguintes ensinamentos: “ (...) II - A execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, importando ponderar a natureza e objetivo do ato médico para não o catalogar a priori na dicotómica perspectiva. III - Deve atentar-se, casuisticamente, ao objeto da prestação solicitada ao médico ou ao laboratório, para saber se, neste ou naquele caso, estamos perante uma obrigação de meios – a demandar apenas uma atuação prudente e diligente segundo as regras da arte – ou perante uma obrigação de resultado com o que implica de afirmação de uma resposta perentória, indúbia. IV - No caso de intervenções cirúrgicas, em que o estado da ciência não permite, sequer, a cura mas atenuar o sofrimento do doente, é evidente que ao médico cirurgião está cometida uma obrigação de meios, mas se o ato médico não comporta, no estado atual da ciência, senão uma ínfima margem de risco, não podemos considerar que apenas está vinculado a atuar segundo as *leges artis*; aí, até por razões de justiça distributiva, haveremos de considerar que assumiu um compromisso que implica a obtenção de um resultado, aquele resultado que foi prometido ao paciente. V - Face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma. VI - Na atividade médica, na prática do ato médico, tenha ele natureza contratual ou extracontratual, um denominador comum é inofismável – a exigência [quer a prestação tenha natureza contratual ou não] de atuação que observe os deveres gerais de cuidado. VII - Se se vier a confirmar *a posteriori* que o médico analista forneceu ao seu cliente um resultado cientificamente errado, então, temos de concluir que atuou culposamente, porquanto o resultado transmitido apenas se deve a erro na análise. VIII - No caso dos autos é manifesto que se acha feita a prova de erro médico por parte do Réu, - a realização da análise e a elaboração do pertinente relatório apontando para resultado desconforme com o real estado de saúde do doente. IX - Por causa da atuação do Réu, o Autor, ao tempo com quase 59 anos, sofreu uma mudança radical na sua vida social, familiar e pessoal, já que se acha impotente sexualmente e incontinente, jamais podendo fazer a vida que até então fazia, e é hoje uma pessoa cujo modo de vida, física e psicologicamente é penoso, sofrendo consequências irreversíveis, não sendo ousado afirmar que a sua autoestima sofreu um abalo fortíssimo”. Assim, vide o Acórdão do STJ, Processo n.º 08 A 183 (Relator Fonseca Ramos), de 04-03-2008.

Ainda que não se tenha conseguido a cura do doente, defendemos que não se poderá imputar *culpa* ao profissional de saúde se ficar provado que este despendeu todos os esforços em prol do bem-estar do doente, “dentro dos normais e adequados padrões técnico-científicos da profissão”¹¹.

Importa referir, outrossim, que a atividade médica implica uma incertitude ou uma álea de indeterminação que existirá sempre, por mais que o estado da ciência e da técnica avancem, uma vez que a complexidade do organismo humano e a inevitável influência de elementos externos sobre a atividade médica são uma realidade insofismável¹².

Porém, consideramos que esta dicotomia de obrigações encontra-se atualmente superada, por revelar-se demasiado simplista em virtude da hodierna evolução da ciência e estado da arte médica. Existem atos médicos¹³,

¹¹ Nestes termos, vide a posição defendida por JÚLIO MEIRELLES GOMES, JOSÉ FREITAS DRUMOND, GENIVAL VELOSO DE FRANÇA, *Erro Médico*. 4.^a edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, pp. 101.

¹² Por outro lado, levanta-se a questão de saber se deveremos tratar da mesma forma o médico especialista ou o chamado “médico de província”, atendendo à disparidade de recursos e de acesso a ações de formação contínua de conhecimentos, ao dispor de um e de outro.

¹³ É havido como “ato médico” aquele *ato executado pelo profissional de saúde (v.g. médico, enfermeiro, terapeuta, psicólogo, auxiliar de saúde) que tem como finalidade, direta ou indireta, promover ou assegurar as condições de saúde humana e o qual tem, geralmente, incidência sobre o corpo humano*. Por sua vez, Martínez-Calcerrada concede-nos diversos critérios que são necessários para a verificação de atos médicos: 1. Critério profissional; 2. Execução típica e regular; 3. Objetivo da atividade médica; 4. Licitude.

Relativamente ao *critério profissional* é «ato médico», o ato praticado por médico que possui um “título habilitante” que lhe permite exercer medicina, isto é, que revela qualidades e aptidão profissional para o efeito de desenvolver a atividade médica. O segundo critério mencionado respeita às «*leges artis ad hoc*», que impõem ao médico que se conforme com a diligência e técnicas normais exigidas pelo caso em concreto. Em virtude do critério “objetivo da atividade médica”, podemos definir o *ato médico* como, geralmente, um ato que implica uma intervenção sobre o organismo humano. O critério da “licitude” diz-nos que um *ato médico* é lícito quando praticado em conformidade com os princípios do «consenso social» ou, doutro modo, aceite por toda a coletividade e em conforme à lei. A atividade médica é lícita e não considerada uma agressão atentatória do chamado «direito de dispor sobre o próprio corpo», corolário do princípio de integridade física, apenas quando se mostra orientada por uma finalidade curativa, levada a cabo por pessoa habilitada para o efeito. Por seu turno, os atos médicos exercidos sobre cadáver são justificados pelo *interesse social e científico* dessas mesmas intervenções médicas.

No que concerne às tipologias de “atos médicos”, encontramos uma vasta diversidade reconhecida pela doutrina da responsabilidade médica. Senão vejamos.

São considerados como sendo *atos médicos*, atos como: diagnóstico; atos de prevenção e de tratamento de doenças realizados por pessoal médico, no domínio das suas respetivas especialidades. Assim, não deverá um médico prescrever tratamentos ou medicamentos ao paciente, cuja doença esteja fora do seu âmbito de especialidade, ultrapassando assim as suas competências ou possibilidades, sob pena de lhe ser imputado responsabilidade pelo «*délit d' intrusion*».

A doutrina espanhola procede também a uma classificação de atos médicos, podendo ser divididos entre aqueles atos que implicam uma intervenção no corpo humano (“corporais”) ou, pelo contrário, *atos médicos “extracorporais”*, os quais dispensam aquela intervenção. Os atos médicos *extracorporais* englobam os atos dedicados à pesquisa científica e ensaios médicos, bem como, aqueles atos puramente administrativos, como a emissão de certificados, elaboração de dossiers médicos, etc.

Os atos médicos *corporais* subdividem-se em: 1. *Atos diretos*, quando esses atos visam, de forma direta e imediata, a cura do doente, incluindo-se, os atos de prevenção, diagnóstico, prescrição médica, tratamento, recuperação; 2. *Atos indiretos* que têm o intuito de preservar a saúde de modo geral, mas não procuram uma cura, incluindo-se neste catálogo, a realização correta de autópsias, as transfusões de sangue, as pesquisas biomédicas sobre o corpo humano, etc. Pedro Rodríguez considera que a atividade do médico engloba diferentes tipos de atos: a) *Atos de prevenção* – visam adotar as medidas necessárias para evitar que a doença se verifique; b) *Atos de diagnóstico* – com vista a determinar a natureza e origem da doença do paciente, que se verificou dos exames e análises clínicas; c) *Atos de prescrição* – que têm o fito de determinar a terapêutica que o paciente deve seguir, após a realização do seu diagnóstico; d) *Atos de tratamento* – que se traduz na execução de medidas idóneas à cura ou melhora do doente; e) *Atos de reabilitação* – que supõe todo um conjunto de ações dirigidos ao restabelecimento do paciente (órgão, membro) ao seu estado saudável; e) Outros atos médicos. Por seu turno, a doutrina francesa procede a uma classificação de atos médicos, em três categorias: a) Atos médicos *em sentido geral*; b) Atos médicos *propriamente ditos* e, por fim, c) Atos médicos *paramédicos*. Os primeiros são os atos unicamente praticados pelo pessoal médico hospitalar; os segundos atos são executados exclusivamente pelos médicos ou, sob a supervisão direta destes, os quais podem intervir a todo o momento. Consideramos *atos paramédicos* aqueles atos realizados pelo pessoal paramédicos e sob prescrição médica, mediante o seu grau de competência, quer se trate de simples atos de auxílio pelos paramédicos, quer se trate de atos tão fundamentais como os de manutenção de funções vitais do paciente. Assim, vide ALFONSO DE LA OSA ESCRIBANO, *La convergence de la responsabilité hospitalière en France et en Espagne*. Marseille: Presses Universitaires d' Aix Marseille, 2005, pp.341 e 342, assim como, PEDRO RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Barcelona: Bosch, 2004, pp.35 e ss.

em face dos quais essa mesma obrigação deverá ser havida como uma obrigação de resultado¹⁴, desde logo, as cirurgias estéticas com fins de embelezamento¹⁵, cirurgias pouco complexas como operação às amígdalas, vasectomia, exames laboratoriais e outros, transfusões sanguíneas, tratamentos em que o médico garante a não existência de qualquer risco para o paciente ou, que por força da sua simplicidade e carácter rotineiro da prática médica, não justifica a ocorrência de erro médico e de dano¹⁶.

Também o diagnóstico assente na interpretação de exames médicos e análises clínicas enquadra-se, igualmente, na obrigação de resultado, devido aos avanços técnicos e conhecimentos atuais da ciência médica. Dá-se como exemplo o exame de rastreio do cancro da próstata, em que é feito um diagnóstico errado ao doente e, por virtude do qual, este submete-se a uma cirurgia, que para além de desnecessária, resulta na incontinência e impotência sexual¹⁷.

Citamos, sobre esta concreta situação, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de setembro de 2007¹⁸:

“I - É uma obrigação de resultado, e não uma obrigação de meios, a assumida por um médico anátomo-patologista que se compromete, a solicitação de outra pessoa, a proceder à análise e elaborar relatório sobre a existência, ou não, de cancro nos filamentos de tecido prostático extraídos do corpo dessa pessoa.

III – Há cumprimento defeituoso dessa sua obrigação se, com omissão da diligência e cuidados devidos, no exame é diagnosticada a existência de um adenocarcinoma na próstata do paciente, quando este apenas sofria de uma prostatite.

IV – Trata-se de responsabilidade contratual, nada obstando a que neste caso se presuma a culpa do médico”.

O ato médico que foi praticado em desvio das *leges artis medicinae* não foi a cirurgia, mas o incorreto *diagnóstico* realizado. Este redundou num “erro médico” e será o respetivo profissional de saúde que terá de ser responsabilizado perante o doente.

Atendendo ao estado atual da medicina e da ciência tecnológica consideramos que haverá lugar a uma nova modalidade de obrigações denominada de “*obrigação-quase resultado*”.

Ainda assim, não obstante o ora referido, haverá sempre casos que, à primeira vista, «se mostram de rara ou nula complexidade e quando, atendendo ao fator de reação de cada paciente às especificidades do seu caso patológico concreto, acabam por revelar situações de especial dificuldade, com características extraordinárias»¹⁹, pelo que só

¹⁴ Aconselha-se a análise do catálogo de exemplos de obrigações de resultado e de obrigações acessórias, constante da obra de MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*. Universidade Católica Editora. Lisboa: 2014, pp.204 e 205.

¹⁵ Assim, vide AURÉLIA ROMERO COLOMA, *La Medicina ante los derechos del paciente*. Editorial Montecorvo, 2002, pp.127, 128 e 132. «(...) la obligación del Médico, (...) es, por lo general, una obligación de medios, y no de resultado, hay que hacer notar que en determinadas especialidades médicas sí existe una obligación de resultado (...)». São os exemplos paradigmáticos do «analista clínico (...)» e do «cirurgião estético (...)».

¹⁶ Neste sentido, vide Gómez Pavón, *Tratamientos Médicos: Su responsabilidad penal y civil*. 2ª edição. Barcelona: Bosch, 2004, pp. 358.

¹⁷ Casos tratados pela jurisprudência portuguesa: Acórdão do STJ de 26 de Junho de 2014, Processo n.º 1333/11.6TVLSB.L1.S1, 7.ª seção, Relator Lopes do Rego; Acórdão do STJ de 4 de março de 2008, Processo n.º 08A183, Relator Fonseca Ramos.

¹⁸ Cfr. Processo n.º 1360/2007-7, Relatora Rosa Ribeiro Coelho.

¹⁹ Assim, vide MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Atos Médicos*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2007, pp.54 e 55 (notas de roda-pé).

caso a caso, o julgador ou o mediador com auxílio de peritos, poderá constatar a que tipologia de obrigação encontrava-se o médico vinculado. É no “caso concreto situado temporalmente, em que a intervenção médica se afere, de acordo com as circunstâncias do caso em que esta se desenrola. Só assim poderemos ponderar a qualificação de certo ato médico como conforme ou não com a técnica normal requerida”²⁰.

2. A responsabilidade médica no Código Civil: que modalidade(s)?

A responsabilidade civil proveniente de prejuízo gerado por virtude de atividade médica, no Código Civil, pode encontrar acolhimento jurídico em dois tipos principais de responsabilidade²¹. Por um lado, temos a responsabilidade contratual e por outro lado, temos a responsabilidade extracontratual e dentro desta classificação, existe a responsabilidade subjetiva ou por culpa e a responsabilidade objetiva ou pelo risco.

Não raras as vezes podemos ter o caso de “concurso de responsabilidades”, quando se verifiquem os pressupostos de ambas as modalidades de responsabilidade civil, quer extracontratual,²² quer contratual²³. São desse facto, ilustrativas as seguintes considerações constantes de jurisprudência superior:

“I - O ato médico pode constituir simultaneamente uma violação do contrato e um facto ilícito, sendo de aceitar como solução natural, inexistindo uma norma que especificamente diga o contrário, a concorrência ou o cúmulo de responsabilidades.

III – Há cumprimento defeituoso dessa sua obrigação se, com omissão da diligência e cuidados devidos, no exame é diagnosticada a existência de um adenocarcinoma na próstata do paciente, quando este apenas sofria de uma prostatite.

IV – Trata-se de responsabilidade contratual, nada obstando a que neste caso se presuma a culpa do médico.

V – Tem também cabimento o uso de uma técnica dedutiva – prova de primeira aparência – que conclua pela existência de negligência médica quando a experiência comum revelar que, no curso normal das coisas, certos acidentes não poderiam ocorrer senão devido a causa que se traduza em crassa incompetência e falta de cuidado.

VI – Sendo de formular este juízo, a responsabilidade pode igualmente se qualificada como extracontratual, estando feita pela positiva a demonstração de existência de culpa”²⁴.

²⁰ Neste sentido, vide MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Atos Médicos*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2007, pp.54 (nota de roda-pé).

²¹ Neste sentido, vide NUNO PINTO OLIVEIRA, “Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa”. In *Responsabilidade Civil dos Médicos*, n.º11. Coimbra: Coimbra editora, 2005, pp.126-255 e vide, ainda, JÚLIO MEIRELLES GOMES, JOSÉ FREITAS DRUMOND, GENIVAL VELOSO DE FRANÇA, *Erro Médico*. 4.ª edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, pp.103 e ss.

²² Cfr. Acórdão do STJ de 24 de maio de 2011, Processo n.º 1347/04.2TBPNF.P1.S1, 1.ª seção, Relator Helder Roque.

²³ Neste sentido, vide o já supra referido Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de março de 2007, Processo n.º 1360/2007-7, Relatora Rosa Ribeiro Coelho.

²⁴ Cfr. Idem.

Como é sabido, os pressupostos cumulativos da responsabilidade subjetiva são o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre dano e facto voluntário. A responsabilidade objetiva dispensa o pressuposto da culpa.

De acordo com o entendimento dominante, ao médico apenas poderá ser assacada responsabilidade, tendo o dever de indemnizar o doente lesado, quando atue *culposamente*, seja a título de dolo (fazendo mais sentido a modalidade de “dolo eventual”), seja a título de negligência, imprudência ou imperícia (a qual se verificará, na vasta maioria das ocasiões).

A reforçar este entendimento temos o facto de, em regra, vigorar uma *obrigação de meios*, em que o médico apenas se vincula perante o seu doente, na adoção das melhores diligências possíveis para a cura, sem no entanto prometer assegurá-la, realizando os seus serviços e tarefas (atos médicos) em conformidade com as *leges artis* da profissão. Portanto, tal como referido anteriormente, “*o facto de o tratamento médico não produzir o resultado esperado, não confere ao paciente o direito de exigir uma indemnização*”²⁵.

A diferença determinante subjacente à distinção entre “obrigação de meios” das demais obrigações é, na verdade, ao nível do *onus da prova*. Nos casos em que estejamos perante *obrigações de resultado* ou *obrigações de quase-resultado*, o *onus de provar* que não houve culpa da parte do médico, compete a este e não ao lesado.

É, portanto, curial considerar que não existindo uma obrigação de meios, existirá uma *presunção de culpa* do médico, o qual terá de ilidir sob pena de ser responsabilizado civilmente.

Apraz-nos, de todo o modo referir que, há quem argumente que a via da responsabilidade subjetiva, no caso da obrigação de meios, é passível de configurar uma injustiça para o lesado que, *in casu*, sempre dependerá da comprovação do pressuposto “*culpa*” para que possa ser ressarcido, sabendo-se claramente que foi objeto de um dano devido ao *ato médico* (leia-se: “*erro médico*”). Deste modo, existem autores que defendem o acolhimento da responsabilidade médica de cariz objetivo:

*“Foi, pois, em nome (...) das injustiças irreparáveis sofridas pelas vítimas, esmagadas ante a impossibilidade de provar a culpa (...)”*²⁶
*que o ordenamento jurídico acabou por rececionar o regime da responsabilidade objetiva, assegurando ao sujeito lesado a possibilidade de obter uma indemnização, mesmo que o dano não pudesse ser imputado ao comportamento culposos de um outro sujeito. A responsabilidade objetiva (fundamentada no risco) surgiu de modo a temperar a responsabilidade baseada na culpa, que dominava por toda a Europa até finais do séc. XIX*²⁷.

Importa, no entanto referir que se é verdade que os doentes lesados por virtude de erro médico não devem suportar, sozinhos, os danos, também não é menos verdade que os médicos ou outros profissionais de saúde não

²⁵ Vide CARLA GONÇALVES, “A Responsabilidade médica objetiva”. In *Responsabilidade Civil dos Médicos*, n.º11. Coimbra: Coimbra editora, 2005, pp.363.

²⁶ Assim, ALVINO LIMA, *Da culpa ao risco*. Empresa gráfica da Revista dos Tribunais. São Paulo, 1938, pp.143 *apud* CARLA GONÇALVES, “A Responsabilidade médica objetiva”. In *Responsabilidade Civil dos Médicos*, n.º11. Coimbra: Coimbra editora, 2005, pp.365.

²⁷ Assim, CARLA GONÇALVES, “A Responsabilidade médica objetiva”. In *Responsabilidade Civil dos Médicos*, n.º11. Coimbra: Coimbra editora, 2005, pp.365-366.

poderão ser excessivamente onerados no exercício da sua atividade²⁸, sob pena de surgir o fenómeno pernicioso de “*medicina defensiva*” e o recurso a *fundos de garantia* ou a *seguros*²⁹ que têm a potencialidade de desvirtuar a *ratio essendi* punitiva ou repressiva do próprio instituto de responsabilidade civil.

O aspeto positivo da modalidade de responsabilidade médica objetiva será, sem dúvida, o facto de o doente lesado com o erro médico encontrar-se desonerado do ónus da prova da culpa, sendo indemnizado independentemente de culpa, bastando a ligação entre o dano e o facto lesivo.

Esta solução imporia ao profissional de saúde a adoção de um nível de conduta mais exigente, vigilante e diligente, consentâneo com as regras da profissão, prevenindo-se, desse modo, a ocorrência de mais erros médicos. É pertinente salientar que independentemente de aplicação de responsabilidade civil ao médico, poderá haver lugar a responsabilidade disciplinar se se considerar que, apesar de a atuação médica não configurar um “*ilícito civil*”, consubstanciar uma infração disciplinar, de ordem ética, deontológica ou outra³⁰.

Por último, é interessante referir que existem autores que colocam a questão em moldes distintos dos acima descritos. Consideram que não faz tanto sentido falar em responsabilidade contratual ou responsabilidade extracontratual, mas sim em responsabilidade obrigacional e extraobrigacional³¹. Trata-se, no fundo, de proceder ao acolhimento pela opção unitária da responsabilidade:

“Para o que aqui importa, portanto, o regime de responsabilidade civil aplicável à violação das obrigações jurídicas de saúde é essencialmente integrado no âmbito do regime da responsabilidade civil obrigacional, independentemente da natureza pública ou privada da entidade obrigada ao seu cumprimento”³².

Mas, esta doutrina não ignora a existência de um *concurso de responsabilidades*, entre “responsabilidade obrigacional” e “responsabilidade aquiliana”,³³ designadamente quando se verifique a violação de direitos absolutos, como a vida, saúde, integridade física e psíquica, reserva da intimidade da vida privada, liberdade de autodeterminação, entre outros.

Perante este circunstancialismo compete ao lesado proceder à escolha do instituto de responsabilidade civil que considera melhor salvaguardar o seu interesse, *vulgo*, pretensão indemnizatória.

Em síntese podemos tecer as seguintes considerações.

No que concerne ao ónus probatório, será mais favorável ao doente lesado a opção pela responsabilidade contratual porquanto existe a presunção de culpa sobre o devedor, *in casu*, o prestador dos cuidados de saúde, nos

²⁸ Neste sentido, CARLA GONÇALVES, “A Responsabilidade médica objetiva”. In *Responsabilidade Civil dos Médicos*, n.º11. Coimbra: Coimbra editora, 2005, pp.360.

²⁹ Sobre as vantagens e desvantagens de seguro de responsabilidade civil do médico, *vide* JÚLIO MEIRELLES GOMES, JOSÉ FREITAS DRUMOND, GENIVAL VELOSO DE FRANÇA, *Erro Médico*. 4.ª edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, pp.111-113.

³⁰ *Vide*, de modo mais desenvolvido, PEDRO SILVA CARNEIRO, “Responsabilidade médica disciplinar no Serviço nacional de Saúde”. In *Direito da Medicina – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 197 e ss.

³¹ Este entendimento é preconizado por MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*. Universidade Católica Editora. Lisboa: 2014, pp. 294.

³² Assim, *vide* MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*. Universidade Católica Editora. Lisboa: 2014, pp. 294.

³³ Terminologia utilizada pelos Autores.

termos do artigo 799.º, n.º1 em articulação com o critério do padrão de diligência média ou do *bónus pater familias* patente no artigo 487.º, n.º2, ambos do CC, pese embora a prática judicial ignore esta presunção. Nesta matéria, a classificação da obrigação do profissional (obrigação de meios, obrigação de resultado ou um *tertium genus*, obrigação quase-resultado) revela-se imprescindível.

Se considerarmos a obrigação do prestador de cuidados de saúde como uma mera obrigação de *meios*, então pelo facto de o *resultado não ser atingido*, não poderemos concluir pela violação de contrato. Será o lesado (credor) que terá de provar quais foram os deveres violados e ainda o facto de o seu prestador não ter desenvolvido todos os esforços e diligências da profissão (*leges artis medicinae*) necessários à *não produção do dano*. Se, pelo contrário, qualificarmos aquela obrigação como sendo de *resultado*, estaremos já perante um inadimplemento contratual passível de gerar o direito a indemnização e competirá ao lesante (devedor, prestador de cuidados de saúde) a prova de que, independentemente de todos os esforços por si despendidos, *o dano sempre haveria de verificar-se*, por motivos alheios à sua conduta.

2.1. Responsabilidade médica: violação de um contrato?

Foi por mérito da *Cour de Cassation*, no seu *Arrêt Mercier* de 20 de maio de 1936, que se reconheceu pela primeira vez a existência de um contrato entre o médico e o seu doente, dando azo a responsabilidade contratual³⁴. No exercício da medicina em regime de profissão liberal ou em sede de estabelecimento particular de cuidados de saúde, a relação que se estabelece entre o profissional de saúde e o doente tem origem num *contrato*. É, na verdade, celebrado um *acordo* oneroso pelo qual o médico se obriga a prestar à sua contraparte – o doente – serviços médicos ou cuidados de saúde, mediante uma prestação de carácter pecuniário (remuneração).

Trata-se de um negócio jurídico perfeito ou sinalagmático, podendo o seu cumprimento ser pontual, esgotando-se num só momento (v.g. uma cirurgia, um tratamento ou uma consulta), como pode ser executado de modo duradouro, através de prestações periódicas durante o tempo que um tratamento for necessário até atingir a cura ou determinado ponto de evolução de saúde do doente.

Pese embora, atualmente a medicina revista um carácter mais impessoal que outrora, afigura-se-nos ainda curial qualificar a relação jurídica entre um médico e o doente, como sendo um contrato *intuitus personae* devido à relação de confiança que tem existir entre ambas as partes. É igualmente um contrato meramente consensual, porquanto não obedece a especiais requisitos de forma como condição da sua validade.

Por fim, resta-nos qualificar o contrato estabelecido entre o médico e o doente como um *contrato de prestação de serviços*, tal como é prescrito no artigo 1154.º CC, sem merecer, no entanto, um tratamento legal autónomo ou específico³⁵.

Mais difícil será porventura qualificar uma relação jurídica entre o profissional de saúde e o doente que emerge, espontânea e imprevisivelmente, de uma situação de urgência médica, quando o doente se encontra inanimado, desprovido de consciência e sem representante legal apto, a nesse momento, suprir a sua incapacidade.

Nestas circunstâncias, há autores que a qualificam não como um *contrato* (pois o doente não emite qualquer declaração de vontade), mas sim como *gestão de negócios*, previsto no artigo 464.º CC, porquanto o “médico assume o tratamento da pessoa doente sem para tal estar por ele autorizado”³⁶.

³⁴ Assim, vide JEAN PENNEAU, *La responsabilité du médecin*. 2ª ed. Dalloz, 1996, pp.7 e 8.

³⁵ Neste sentido, vide RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. n.º 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp.71-73.

³⁶ Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*. Universidade Católica Editora. Lisboa: 2014, pp.187.

Outra qualificação aventada por certa doutrina reconduz a relação médica como uma *espécie* de contrato de *empreitada*, nos termos do artigo 1207.º CC, “uma vez que envolve, para o médico, a realização de certa obra – produção ou transformação de uma coisa – a favor do paciente”, quando esteja em causa a colocação de próteses ou a realização de certos exames ou análises clínicas³⁷.

Os principais deveres que recaem sobre o doente são, desde logo, o pagamento da retribuição dos cuidados de saúde, o pagamento das taxas moderadoras (excetuados os casos de isenção), o dever de lealdade e de boa-fé, traduzidos na prestação de informação verdadeira sobre o seu historial clínico e condição de saúde, bem como, na colaboração com o médico no cumprimento dos tratamentos e prescrições médicas-farmacológicas.

De entre o conjunto de deveres legais que resulta do feixe passivo da relação jurídica de prestação de serviços médicos, sublinhamos a pertinência do dever de proteção da pessoa e património do doente, o dever de segurança e de respeito pela liberdade, autodeterminação, saúde, integridade física e psíquica ou do direito à vida do doente, o dever de informar e de obter consentimento informado, os quais constituem direitos absolutos com assento constitucional. A sua violação origina a responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual, nos termos do artigo 483.º, n.º1, do Código Civil (CC).

Por seu turno, o desrespeito por um dever inerente a uma prestação pertencente ao núcleo da relação jurídica complexa, ou de dever lateral de conduta assente nos princípios gerais de cumprimento contratual (v.g. boa-fé, lealdade, integralidade e pontualidade da prestação assumida), do qual resulte um dano dará origem a responsabilidade contratual, nos termos do artigo 798.º e seguintes, do CC³⁸.

3. Mediação na Saúde: a intervenção da ERS

Entende-se por “mediação” um sistema extrajudicial e alternativo de negociação assistida, caracterizado pelo seu carácter privado e informal através do qual um terceiro imparcial (mediador) auxilia as partes a alcançar um acordo. Trata-se, no fundo, de uma negociação assistida.

Em Portugal, os litígios em saúde são passíveis de mediação e de arbitragem, com exceção para os denominados “direitos indisponíveis” ou relativos a negócios jurídicos ilícitos³⁹. Deste modo, surge a questão de saber se será havido como “direito indisponível” o “*direito à saúde*”, o qual mais que um direito com assento constitucional, é um direito humano de cariz universal. Pese embora, o direito à saúde, indissociável do direito à vida e à própria dignidade humana seja indisponível, deve ser possível recorrer à mediação, pelos motivos *infra* expostos.

Em Portugal, existe “mediação na saúde”, levada a cabo pela Entidade Reguladora da Saúde (ERS),⁴⁰ junto dos seus serviços de mediação ou conciliação, podendo celebrar protocolos com centros de arbitragem institucionalizada existentes.

³⁷ Assim, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*. Universidade Católica Editora. Lisboa: 2014, pp.186.

³⁸ Assim, vide RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. n.º 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp.88-89.

³⁹ Cfr. o artigo 1.º, da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro (Lei de arbitragem voluntária), bem como, o artigo 11.º, da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril (Lei de Mediação) e os artigos 180.º a 187.º, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA). Poderá ter lugar a mediação penal, de acordo com a Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, vocacionada para crimes com pena de prisão inferior a 5 anos.

⁴⁰ Realçamos em particular, os artigos 28.º e 29.º, constantes da Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto (Lei da Entidade Reguladora da Saúde). São suscetíveis de mediação ou conciliação na ERS, os conflitos ou diferentes surgidos das relações entre: a) estabelecimentos do SNS; b) estabelecimentos do SNS e estabelecimentos do setor privado ou social; c) prestadores de cuidados de saúde e doentes/utentes; d) no âmbito de contratos de concessão, de parceria-público-privada, de convenção ou de relações contratuais afins no setor da saúde.

Cfr. As informações da ERS, in: <https://www.ers.pt/pages/397> acedido em 6 de outubro de 2016.

Os desideratos que merecem especial destaque são os da desburocratização, impedir a morosidade e a onerosidade normalmente associados a litígios judiciais suscitados no âmbito da saúde. A meta que se procura atingir é que a mediação surja como verdadeira alternativa (extrajudicial) ao litígio clássico, desenvolvido e disputado no contexto dos tribunais.

A condução do procedimento de mediação tem em consideração os valores de interesse público, imparcialidade, objetividade e independência.

O mediador é um técnico superior da ERS, devidamente habilitado com as competências exigidas pelo diferendo e para o efeito designado pelo respetivo Conselho de Administração.

As partes envolvidas podem ser pessoas singulares (v.g. doente/utente; nada impede que seja um médico ou enfermeiro) ou pessoas coletivas (v.g. estabelecimentos de saúde, sejam do setor público, privado ou social; empresas financiadoras⁴¹ e seguradoras), tendo a intervenção do mediador – terceiro imparcial e neutro face à questão e aos envolvidos.

As partes são, por via de regra, representadas por alguém por elas mandatado, como por exemplo, um advogado, um solicitador ou eventualmente um perito.

Na maioria dos casos, a relação de mediação é bilateral, sendo composta por duas partes, mas nada obsta a que possa estar em causa uma relação poligonal ou multilateral.

O impulso para a busca de uma solução via mediação pode partir, indistintamente, de qualquer das partes interessadas.

Inicialmente, pode a iniciativa partir apenas de uma das partes e posteriormente a outra parte dá o seu consentimento, com vista a atingir uma solução mutuamente vantajosa. Na verdade, a lógica subjacente à mediação é o espírito de confronto e de litigiosidade entre as partes ser substituída pelo espírito de colaboração, empatia e diálogo, sendo incentivada a comunicação para efeitos de se alcançar a melhor solução para ambas.

De entre as principais vantagens apontadas à mediação na saúde encontram-se a celeridade, a gratuitidade, a confidencialidade, a informalidade, assim como, o duplo carácter voluntário e colaborativo.

A celeridade é assegurada pela decisão do conflito no prazo máximo de 90 dias, existindo casos, cuja resolução tem lugar no próprio dia. Por seu turno, a intervenção da ERS é totalmente gratuita, sendo asseguradas as garantias de confidencialidade e sigilo.

A informalidade é um dos aspetos a realçar no processo de mediação, marcada pela flexibilidade e pela simplicidade da linguagem.

Para além da acessibilidade da linguagem utilizada, a própria tramitação beneficia da informalidade, porquanto após o momento em que a mediação é proposta e aceite pela ERS, é realizada uma sessão de pré-mediação, de carácter obrigatório, seguindo-se no próprio dia, uma sessão de mediação conjunta.

Após a realização desta sessão, poderão seguir-se eventualmente mais duas ou mais sessões, dependendo do grau de complexidade da questão em apreço, podendo *inclusive*, se a natureza ou circunstancialismo do caso o exigir, ser feitas sessões privadas.

Após o *terminus* do procedimento de mediação, alcançando-se o acordo, a ERS redige o acordo ou oferece o seu contributo na redação da solução, mediante assistência e apoio técnico às partes. À ERS competirá, de igual modo, velar pela boa execução e cumprimento dos termos acordados.

⁴¹ Podem surgir conflitos entre os estabelecimentos de saúde e as respetivas entidades financiadores, designadamente no âmbito dos contratos de parcerias público-privadas, de concessões, de convenção ou contratos de outra tipologia ou natureza no setor da saúde. Aliás, a ERS conseguiu, com êxito, o acordo de cinco em seis procedimentos de mediação em que estavam em causa a gestão de contratos de parcerias público-privadas.

3.1. O papel do mediador na saúde

De um modo geral, o papel do mediador deverá ser a de “esclarecer equívocos, emoções difusas e interesses comuns”⁴². Contudo, o setor da saúde apresenta especificidades que deverão moldar e adequar a forma de proceder do mediador.

Especificidades, estas, que se prendem desde logo com a natureza da medicina e da especificidade do organismo humano, os quais associados implicam uma “álea” de incerteza em torno da ação médica na saúde de uma determinada pessoa.

É do conhecimento comum que os tratamentos de uma forma geral atuam de diverso modo, com diferente eficácia, nos doentes, variando as reações de “organismo para organismo”, a um mesmo medicamento.

Numa primeira etapa do procedimento de mediação, o mediador deverá fundamentar a pré-mediação procedendo à revisão de todo o processo clínico do doente, efetivando uma avaliação preliminar para determinar, desde logo, se o doente está em condições de compreender o processo, a problemática que está em causa e as respetivas implicações.

Supondo que o doente se encontra com a sua capacidade de entendimento afetada, cumpre ao mediador averiguar quais os familiares legalmente aptos para proceder a essa representação. Cumpre, outrossim, ao mediador proceder a uma recolha factual pertinente para a “justa composição da causa” de modo a alcançar a solução mais justa, mais equitativa e adequada aos interesses que concretamente se contrapõem.

A recolha da narrativa do pessoal médico será uma das tarefas essenciais à missão da mediação, com vista ao esclarecimento dos factos médicos e não médicos com relevância objetiva para a resolução do diferendo. Por conseguinte, revela-se absolutamente central e determinante a função de acompanhamento e de assistência do mediador, incentivando ambas as partes a relatar, a transmitir e a comunicar os factos e informação pertinente, de modo objetivo, sereno e curial, desprovido de elementos não úteis para o esclarecimento cabal do sucedido e discussão elevada entre os envolvidos.

O mediador possui ainda a função de educar, isto é, de informar com clareza e simplicidade as partes⁴³ sobre o quadro axiológico-ético, normativo e regulamentar que, *in casu*, se perfila adequado, a vasta maioria das vezes, intrincado e complexo. O caso paradigmático será o da prestação do “*consentimento informado*” no âmbito dos tratamentos médico-cirúrgicos.

De acordo com determinada franja da doutrina estrangeira, no que concerne às qualidades inerentes à pessoa do mediador, acolhemos a seguinte consideração:

“(…) o mediador ético na saúde deverá ser um especialista das normas éticas na área da saúde, nomeadamente ao nível do raciocínio moral e ético, do

⁴² Cfr. As informações da ERS, in: <https://www.ers.pt/pages/397> acedido em 6 de outubro de 2016.

Neste sentido, vide RAQUEL SOARES CLARO, *Estratégias de Gestão Construtiva de Conflitos na Saúde: uma perspetiva dos profissionais da área da saúde*. Dissertação de Mestrado em Medicina Legal, 2014, pp.58, bem como, ANA PAULA PONTES CARDOSO, *Mediação nos Relacionamentos do setor de Saúde*. In Série Aperfeiçoamento de Magistrados n.º8. *Judicialização da Saúde Parte II* (in: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/8/judicializacaodasaudeII_18.pdf acedido em 6 de outubro de 2016), pp. 18 a 22.

⁴³ Cfr. As informações da ERS, in: <https://www.ers.pt/pages/397> acedido em 6 de outubro de 2016. Sobre esta matéria, vide RAQUEL SOARES CLARO, *Estratégias de Gestão Construtiva de Conflitos na Saúde: uma perspetiva dos profissionais da área da saúde*. Dissertação de Mestrado em Medicina Legal, 2014, pp.58.

conhecimento de questões e conceitos éticos, da compreensão do sistema de saúde e contexto clínico, conhecimento sobre a instituição em causa, compreensão das políticas da instituição, bem como, das diretrizes de organização”⁴⁴.

Segundo PEDRO MADEIRA DE BRITO, dentro das organizações de saúde existem duas grandes tipologias de diferendos que podem ser sanados por via da mediação: a) *Conflitos internos*. Dentro deste grupo, temos os conflitos de cariz profissional e orgânico; os conflitos coletivos entre os prestadores e a organização de saúde, intragrupal e intergrupar; os conflitos transversais à organização de saúde, em que são partes opostas no litígio, pessoas com vínculos de pertença; b) *Conflitos externos*, dentro dos quais se inserem os litígios relativos à qualidade dos serviços e aqueles relativos às prestações de saúde passíveis de acionar a responsabilidade civil

⁴⁵.

4. Conclusão: Principais desafios e fragilidades da mediação na saúde

O carácter multifacetado e a amplitude do “erro médico” e as novas e mais desafiantes facetas das “*leges artis medicinae*” colocam sérios desafios ao mediador na saúde, porquanto os mesmos implicam conhecimentos profundos e atualizados do estado da arte da medicina, mediante o acompanhamento constante dos avanços da técnica, da posologia, dos tratamentos e cirurgias, bem como, saberes próprios de áreas específicas da própria medicina (v.g. cardiologia, obstetrícia, psiquiatria, etc.) e farmácia.

Por outro lado, a própria ética e deontologia médica estão em permanente evolução, pelo que o poder de adaptação e de flexibilidade do mediador tem de ser elevado, sob pena de todo o procedimento de mediação ser desajustado da realidade que procura conciliar e sanar.

Cada vez mais é dada autonomia à escolha e decisão do doente em receber determinados tratamentos, ganhando preponderância o papel da *bioética* no exercício da atividade médica e da prestação de cuidados de saúde. Também esta área deverá ser conhecida pelo mediador na saúde, exigindo-se uma articulação paulatina e permanente com as diversas ordens profissionais, como a Ordem dos Médicos e a Ordem dos Enfermeiros.

Mas não só. Se porventura uma das partes for uma empresa seguradora e o que *iuris contendo* for a recusa de um determinado doente (v.g. fenómeno de seleção adversa) do espectro de cobertura do seguro de saúde, competirá ao mediador o estudo do regime de cláusulas contratuais gerais, porquanto os contratos de seguro são contratos de adesão e a análise dos diplomas legais especiais em matéria de mecanismos de proteção e de direitos do consumidor.

A mediação afirma-se, de uma perspetiva global, como uma meritória forma de gestão alternativa de conflitos, a nosso ver, útil em certos domínios e questões, mas ainda “insuficiente” ou “desajustado” em muitos outros, pelos motivos supra expostos.

Assinalamos uma acrescida dificuldade na tarefa do mediador, quando o objeto do diferendo gira em torno do erro médico e reveste significativa complexidade. Existem, por isso, contendas que, pela sua natureza e por questões

⁴⁴ Neste sentido, vide RAQUEL SOARES CLARO, *Estratégias de Gestão Construtiva de Conflitos na Saúde: uma perspetiva dos profissionais da área da saúde*. Dissertação de Mestrado em Medicina Legal, 2014, pp.59.

⁴⁵ Citamos, a este respeito, a classificação realizada por PEDRO MADEIRA DE BRITO, “A mediação e arbitragem no Direito da Saúde”, pp.11 cfr. in: http://www.icjp.pt/sites/default/files/cursos/documentacao/ppt_pedro_madeira_de_brito.pdf acedido em 6 de outubro de 2016.

de prova ao nível do nexo de causalidade entre o dano e o facto voluntário ilícito, não são relegadas para o foro da mediação ou conciliação.

Na prática, *grosso modo*, quando um doente tem um diferendo com um profissional de saúde ou estabelecimento prestador de cuidados médicos, é sobre a ocorrência de um erro médico. Na circunstância de um doente se queixar de mau atendimento em virtude de má-educação por parte de um médico ou enfermeiro, por virtude de motivos atinentes à conduta destes profissionais que não tenham repercussões diretas ou indiretas no estado de saúde do doente, normalmente, o doente queixoso recorre à Ordem dos Médicos ou Ordem dos Enfermeiros, para o exercício do competente poder disciplinar.

Para auxiliar o mediador, atendendo à enorme diversidade e complexidade dos problemas suscitados na prestação de cuidados de saúde, defendemos a criação de uma *equipa multidisciplinar* constituída por profissionais de saúde e juristas especialistas nas áreas concretamente relevantes, a prestar funções de assessoria, estando presente em todas as sessões e trabalhos de mediação.

Levantamos outras questões no que concerne ao advento da conciliação ou mediação na saúde em Portugal.

Primeira. Qual o grau de vinculação das soluções dos acordos alcançados e quais as respetivas cominações legais pelo desrespeito do acordo alcançado?

Segunda. O elemento “nexo de causalidade” entre o ato médico e o dano releva para efeitos da função do mediador? Ou será a análise de tal pressuposto “dispensável”, atendendo ao facto de o objetivo da mediação ser alcançar um acordo entre as partes? É que se este pressuposto for essencial à mediação, os objetivos de simplicidade e celeridade do procedimento poderão ser colocados em causa (v.g. três sessões são a regra serão insuficientes).

Terceira. A avaliação do *quantum indemnizatório* intrinsecamente relacionado a *avaliação do damnum* representará certamente um desafio para o mediador.

Quarta. A mediação encontra-se, por definição, condicionada a uma *predisposição* de ambas as partes em chegar a um acordo. Ora, verificando-se uma lesão do doente resultante do exercício de atividade médica, na cultura atual portuguesa, o recurso à mediação ainda é visto com alguma desconfiança.

Parece-nos, por isso, que a mediação fica, no fundo, reduzida a questões de escassa relevância, atendendo às questões que são suscitadas diariamente no setor da saúde. A par de medidas de incremento do recurso à mediação, fará também sentido a introdução de mecanismos de prevenção desta categoria de conflitos, no próprio seio dos estabelecimentos de saúde, sem desprimor da criação de tribunais especializados nesta matéria, por virtude do elevado grau de complexidade e sensibilidade associados à mesma.

BIBLIOGRAFIA

BRITO, Pedro Madeira de. “A mediação e arbitragem no Direito da Saúde”

(in:http://www.icjp.pt/sites/default/files/cursos/documentacao/ppt_pedro_madeira_de_brito.pdf – acedido e 6 de outubro de 2016)

CARDOSO, Ana Paula Pontes. Mediação nos Relacionamentos do setor de Saúde. In Série Aperfeiçoamento de Magistrados n.º 8. *Judicialização da Saúde Parte II*, pp.18-22.

CARNEIRO, Pedro Silva. “Responsabilidade médica disciplinar no Serviço nacional de Saúde”. In *Direito da Medicina* – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2002

- CLARO, Raquel Soares. *Estratégias de Gestão Construtiva de Conflitos na Saúde: uma perspetiva dos profissionais da área da saúde*. Dissertação de Mestrado em Medicina Legal, 2014.
- COLOMA, Aurélio Maria Romero. *La medicina ante los derechos del paciente*. Editorial Montecorvo, 2002.
- DEMOGUE, Rene. *Traité des obligations en général*. T.V., T.VI. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925; 1931.
- ESCRIBANO, Alfonso López de la Osa. *La convergence de la responsabilité hospitalière en France et en Espagne*. Presses Universitaires d' Aix Marseille, 2005.
- ESTORNINHO, Maria João/MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde*. Universidade Católica Editora. Lisboa: 2014.
- GONÇALVES, CARLA. “A Responsabilidade médica objetiva”. In *Responsabilidade Civil dos Médicos*. n.º11. Coimbra: Coimbra editora, 2005, pp.365-366.
- GOMES, Julio Meirelles/DRUMOND, José Freitas/ FRANÇA, Genival Veloso de. *Erro Médico*. 4.ª edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.
- LÓPEZ, Pedro Rodríguez. *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Bosch, 2004
- _ *Nuevas Formas de Gestión Hospitalaria y Responsabilidad Patrimonial de la Administración*. Editorial Dykinson, 2004.
- LÓPEZ -MUNOZ y LARRAZ, Gustavo. *El error sanitario*. Editorial Dykinson, 2003.
- LUELMO, Andrés Domínguez. *Derecho sanitario y la responsabilidad médica*. Editorial Lex Nova, 2003.
- MOREAU, Jacques / TRUCHET, Didier, *Droit de la santé publique in Mémentos – droit public/science politique*. 4ème éd. Dalloz, 1998.
- NUNES, Manuel Rosário. *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*. Coimbra: Almedina, 2005.
- OLIVEIRA, Nuno Pinto. “Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa”. In *Responsabilidade Civil dos Médicos*. n.º11. Coimbra: Coimbra editora, 2005, pp.126-255
- PALEY-VINCENT, Catherine. *Responsabilité du médecin – mode d’emploi*. Collection de Droit medical pratique. Masson, 2002.
- PANTALÉON, Fernando. *Responsabilidad Médica y Responsabilidad de la Administración*. Editorial Civitas, 1995.
- PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. n.º 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin*. 2ª ed. Dalloz, 1996.

Jurisprudência

- Acórdão do STJ de 26 de Junho de 2014, Processo n.º 1333/11.6TVLSB.L1.S1, 7.ª seção, Relator Lopes do Rego.
- Acórdão do STJ de 24 de maio de 2011, Processo n.º 1347/04.2TBPNF.P1.S1, 1.ª seção, Relator Helder Roque.
- Acórdão do STJ de 4 de março de 2008, Processo n.º 08A183, Relator Fonseca Ramos.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de março de 2007, Processo n.º 1360/2007-7, Relatora Rosa Ribeiro Coelho.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O REGIME SUBSTANTIVO E PROCEDIMENTAL DA ADOÇÃO

Luisa Maria Baptista Lopes Sousa
Mestre em Direito/ Docente do IS CET/Advogada

RESUMO

A Adopção é um instituto jurídico familiar que consta do código civil, porém outros instrumentos legislativos são chamados também a regular esta figura. Foi objeto recentemente de alterações do ponto de vista substantivo e também procedimental que merecem a nossa atenção e que nos propomos debater. A presente comunicação visa tratar de forma breve as questões colocadas pelo regime jurídico da adoção, os seus propósitos bem como uma breve alusão às fases processuais e as inovações introduzidas.

Palavras-chave:

Adopção, Criança, Processo, Adoptante, Sentença

1. A Adopção – Generalidades

A adoção é definida pelo art. 1586º do CC, como “O vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente de laços de sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos art. 1973º e seguintes”.

Trata-se de uma das fontes relações familiares, cuja constituição se traduz num acto jurídico, a sentença, pelo qual se estabelece uma relação legal de filiação.

A preocupação e objetivo fundamental consiste em assegurar um ambiente estável a uma criança, logo a filiação legal assemelha-se em tudo aos moldes da filiação natural, assegurando um desenvolvimento harmonioso que não existia na família de origem, sendo por isso independente de laços de sangue.

No que se refere à natureza jurídica da adoção debatem-se na doutrina três teorias consoante acentuem o carácter negocial, o ato jurídico público ou um ato complexo ou misto (Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira)

Na verdade a adoção comporta um lado negocial e pode ser encarada como fonte de relações jurídico-privadas tese que provém da concepção conferida a este instituto pelo Código de Napoleão, onde apenas era admitida a adoção de maiores. A verdade é que isto não se adequa à actualidade, pois o nosso sistema jurídico apenas admite a adoção até aos 15 anos de idade, sendo que o consentimento do menor apenas é exigido a partir dos 12 anos. Para além disso, a adoção não pode ser encarada como uma mera declaração de vontade emanada do consentimento dos seus requerentes, pois a sua validade encontra-se dependente de uma sentença judicial.

Por outro lado, a vertente que possui uma visão publicista da adoção, encara a sentença que a decreta como a sua causa primordial, sendo a declaração dos adoptantes um simples pressuposto da decisão judicial.

Além do mais a relevância da vertente “Pública” da adoção, denota-se no facto de o art. 67º da CRP atribuir a importância da família como elemento fundamental da sociedade daí que lhe seja concedida a proteção constitucional pela intervenção estatal através da constituição do vínculo por sentença, bem como pelo facto de o art. 20º da Convenção Sobre os Direitos da Criança estabelecer que uma criança quando se privada do seu ambiente familiar tem direito à proteção e assistência especiais do Estado, que podem revelar-se sob a forma de adoção. Note-se ainda que esta Convenção orienta todo o processo de adoção no sentido de, acima de tudo, proteger o interesse superior da criança.

Além do mais a vertente pública da adoção denota-se ainda na importância do estabelecimento de um vínculo estável através da norma que impede a revogação da adoção - artigo 1989º CC -.

Finalmente a terceira teoria apontada, a vertente “mista” da adoção é traduzida por dois fatores: uma vez decretada a adoção por sentença transitada em julgado, a lei não permite uma ação de declaração de nulidade ou de anulação do ato de adoção, mas apenas e só a revisão da respetiva sentença e ainda assim os fundamentos substantivos da revisão, referem-se ao ato de adoção, nomeadamente na falta ou vícios do consentimento do adoptante ou de outros consentimentos necessários; por outro lado o legislador considera que os vínculos biológicos são importantes porém caso estes não proporcionem à criança um ambiente afetivo, saudável e seguro inerentes às responsabilidades parentais, a criança tem o direito de adquirir uma família que lhe proporcione tais valores e promova a sua educação, zele pela sua segurança, saúde e sustento contribuindo a para o seu desenvolvimento físico, psíquico e afetivo.

Nesta medida, os fundamentos da adoção assentam na ausência de um meio familiar normal, isto é, de um meio biológico estável. Apesar da importância que o legislador atribui à manutenção dos vínculos biológicos, o certo é que estes se devem balizar por requisitos substanciais que são fundamentalmente o cumprimento das responsabilidades parentais, cujo conteúdo se traduz em aspetos muito relevantes que a família biológica ou adoptiva devem proporcionar a criança: afeto, carinho, amor, educação, segurança, saúde e sustento por forma a contribuir para o seu desenvolvimento físico, psíquico e afetivo. Quando estas responsabilidades não são cumpridas deve encontrar-se a melhor solução para a vida daquela criança.

Esta é também a preocupação da CRP, que reconhece a relevância social da adoção do ponto de vista socio familiar, consagrando-a como uma medida de proteção das crianças, visando a sua integração familiar de substituição, isto é como instrumento para proteger as crianças que não têm na sua origem um meio familiar adequado ao seu desenvolvimento social, educativo e afetivo.

Tem-se entendido que esta integração estável e segura implica uma mudança relativamente aos padrões a que a criança estava habituada na sua família biológica. Por isso será melhor efetivada assegurando o corte total dos vínculos com a família biológica, que representa uma integração harmoniosa para àquela criança.

Contrariamente no sistema americano, por exemplo, a família que pretende adoptar tem um contacto frequente com os pais biológicos, mesmo antes do nascimento. Antes da sentença que decreta a adoção os candidatos a adoptantes são sujeitos a uma série de entrevistas, inclusive com os pais biológicos, que podem ainda exigir conhecer toda a estrutura familiar e social dos candidatos, pois cabe-lhes a selecção do adoptante do seu filho. Este papel ativo pode continuar a ser assumido pelos pais biológicos após a sentença que decretará a adoção.

2. Breve perspectiva histórica do Instituto da Adoção no Direito Civil Português

A Adoção é uma preocupação do poder político, do legislador e da opinião pública, que contudo não se revela no escasso número de adoções efectivas:

Em 2011 o número total de processos findo foi de 455 e baixou em 2014 para 406 (base de dados por data - <http://www.pordata.pt> – consultada em Maio de 2016)

Este facto tem sobretudo uma explicação histórica.

No Princípio do instituto da adopção a principal preocupação era com os interesses do adoptante, que recorria a esta figura com o intuito de assegurar a continuidade da sua família, muitas vezes em causa por problemas de infertilidade. O que se procurava era forma de perpetuar o nome da família ou muitas vezes legitimar a sucessão de propriedade, na falta de herdeiros “legítimos”. Nos séculos XV e XVI, o vínculo da adopção caiu em declínio devido grande parte às finalidades que estavam no seu fundamento. A adopção assentava numa visão aristocrática da família, pois visava apenas criar uma filiação fictícia a fim de assegurar os interesses patrimoniais das famílias abastadas.

Reconhecendo o declínio do instituto da adopção, no século XIX o mesmo legalmente eliminado, tendo sido abolido pelo código Civil de 1867 (Código de Seabra).

No Século XX renasceu o instituto da adopção tendo sido retomada legislativamente a figura da adopção, no Código Civil de 1966, ainda que de forma muito embrionária.

Só em 1977 se verificou uma regulamentação menos restritiva da Adopção e desde então tem-se observado intervenções legislativas que visam facilitar e dinamizar a adopção.

A concepção do instituto da adopção alterou-se profundamente, motivada por um problema de carácter social - o advento da 1ª Guerra Mundial -. O número de mortos foi avassalador, o que acabou por se refletir na destruição de muitas famílias. A quantidade de crianças órfãs aumentou exponencialmente e a sociedade começou a deparar-se com fenómenos preocupantes, crianças inválidas, delinquentes juvenis e indisciplinada. Uma situação que carecia, urgentemente, de soluções. O direito faz renascer das cinzas o instituto da adopção, agora em moldes bem distintos dos utilizados anteriormente.

A figura da criança passou a assumir um papel central nas sociedade, portanto a adopção deixou de se pautar pelo interesse do adoptante, focando-se no interesse da criança, que de ser tida como objecto de protecção para passar a ser entendida como um sujeito autónomo de direitos.

No Contexto português, a adopção surgiu, pela primeira vez, no século XII e manteve-se nos mesmos moldes até ao século XVI. Tal como noutros países, na nossa realidade social a adopção era encarada como algo que protegia apenas os interesses do adoptante e tinha como principal finalidade a transmissão do nome e do património do adoptante. Contudo, a partir do século XVI o nosso sistema jurídico, começou a desvalorizar e não reconhecer as finalidades da adopção, pelo que o Código Civil de 1867, o Código de Seabra, aboliu o instituto, deixando de o consagrar.

Embora a lei não o tivesse em conta, socialmente debatia-se um problema decorrente do elevado número crianças abandonadas e rejeitadas pela família devido à pobreza ou a situações de filhos bastardos. E muitas vezes, a solução era o recurso à “Roda dos Expostos”, que consistiu num dos primeiros exemplos de rutura com o vínculo biológico. Este era um mecanismo existente em Misericórdias e Conventos composto por uma roda que só tinha visibilidade para um lado. As mães que pretendiam abandonar a criança rodavam a roda para o lado de fora, colocavam lá o bebé e tocavam à campainha. Do lado de dentro respondiam virando a roda e acolhendo a criança. Em 1862 foram entregues à Roda da Santa Casa da Misericórdia 2 550 crianças, o que expressa a sua importância social.

De notar como elemento relevante desta prática o desconhecimento da identidade de quem entregava a criança e de quem a recebia. Este elemento acabou por assumir expressão no decalcar da adopção.

O Código Civil de 1966, consagrou a adopção enquanto uma relação familiar, apesar de a restringir aos casais unidos pelo matrimónio há mais de dez anos, não separados, sem descendentes e com a idade mínima de 35 anos, excepto se o adoptando fosse filho ilegítimo de um dos cônjuges. O adoptando devia ter menos de 14 anos, ou menos de 21, desde que não fosse emancipado e estivesse ao cuidado do adoptante a partir dos 14 anos. Os adoptandos tinham que ser, necessariamente, filhos do cônjuge do adoptante ou filhos de pais incógnitos ou desaparecidos, o que limitava muito a aplicabilidade do instituto da adopção.

O Decreto-Lei nº 496/77, veio introduzir grandes alterações ao Direito da Família, e a admissão da adopção foi alargada aos casamentos com mais de 5 anos, desde que não separados de pessoas e bens, e a idade mínima dos adoptantes passou a ser de 25 anos. Consagrou-se, ainda, a possibilidade de adopção por uma pessoa singular, desde que tivesse mais de 35 anos, ou mais de 25 anos se o adoptando fosse filho do seu cônjuge. Passou a ser admitir-se a adopção de menores abandonados, mediante uma declaração judicial de abandono, bem como a adopção daqueles que residissem com o adoptante e estivessem a seu cargo há mais de um ano, para além dos filhos do cônjuge do adoptante ou de pais incógnitos ou falecidos. Nos termos do então artigo 1978º o tribunal poderia declarar o estado de abandono em relação a um menor cujos pais revelassem um manifesto desinteresse pelo filho, em termos de comprometerem a subsistência dos vínculos afetivos da filiação, durante pelo menos o ano que precedesse o pedido de declaração, posto que não se encontrasse a viver com ascendente ou colateral até ao 3º grau e a seu cargo.

Surgiram novos requisitos para a adopção, para além dos requisitos gerais da sua constituição que apontavam para a relevância do interesse do adoptando, exige-se a ausência de sacrifício injusto para os demais filhos do adoptante e o estabelecimento de um vínculo entre o adoptante e o adoptando semelhante ao da filiação natural.

A exigência do consentimento dos pais passou a integrar algumas excepções, sendo que a primeira é a existência de uma declaração de estado de abandono, já referida. Este consentimento também era dispensado quando os pais estivessem privados das suas faculdades mentais, houvesse dificuldade em ouvi-los ou quando quando o seu comportamento se tenha apresentado indigno para o adoptando.

A adopção foi consagrada constitucionalmente, através da primeira revisão no ano de 1982. Fez-se um aditamento ao art.36º, através do nº 7: “ A adopção é regulada e protegida nos termos da lei”. Na quarta revisão constitucional acrescentou-se a este nº 7 a necessidade da lei estabelecer formas céleres para a tramitação do processo de adopção.

Na última década do século XX foram dados grandes passos a nível internacional no que respeita à adopção, que influenciou o legislador português. A 20 de Novembro de 1989 foi aprovada a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, a que Portugal foi dos primeiros países aderentes.

Em 20 de Fevereiro de 1990 a Convenção Europeia em Matéria de Adopção de Crianças, foi ratificada pelo Presidente da República Portuguesa.

Neste contexto aprovou-se o Decreto-Lei nº 185/93, de 22 de Maio, que veio estabelecer uma alteração sistematizada ao regime da adopção.

Assim, reduziu a duração do período de casamento de cinco para quatro anos na adopção conjunta e a idade mínima do adoptante de 35 para 30 anos na adopção singular. A idade máxima dos candidatos a adoptantes diminuiu de 70 para 50 anos, excepto para os filhos do cônjuge do adoptante, devendo verificar-se este requisito no momento da confiança judicial ou administrativa e não no momento da adopção.

Extinguiu-se a figura da declaração judicial de abandono e introduziu-se o conceito de confiança judicial com vista à futura adopção e de confiança administrativa. Estes trâmites antecedem o pedido de adopção propriamente

dito, excepto quando se trate de filho do cônjuge ou adoptante, dado que nestas situações estes procedimentos encontram-se dispensados.

A idade do menor suscetível de adopção alterou-se de 14 para 15 anos, com possibilidade de adopção de menor com idade inferior a 18 anos, desde que não esteja emancipado e tenha sido confiado judicial ou administrativamente aos adoptantes ou a um deles com idade não superior a 15 anos ou quando for filho do cônjuge do adoptante.

Instituiu-se a obrigatoriedade de audição dos ascendentes ou, na ausência destes, dos irmãos maiores do progenitor falecido, sempre que o adoptado seja filho do cônjuge do adoptante e o seu consentimento não se mostre necessário.

Estabeleceu-se a possibilidade de alteração do nome próprio do adoptante, ainda que a título excepcional e quando isso representasse um fator importante para a integração da criança na nova família.

Este Decreto-Lei consagrou, pela primeira vez, regras relativas à adopção internacional ao regular a colocação no estrangeiro de menores residentes em Portugal para aí serem adoptados, bem como o procedimento com vista à adopção, por residente em Portugal, de menores residentes no estrangeiro.

Posteriormente o Decreto-Lei nº 120/98 estabeleceu a guarda provisória em processo de confiança judicial, sempre que for de concluir pela probabilidade de procedência da ação - art. 166.º OTM -. Introduziu-se também a possibilidade de, após a decisão de confiança administrativa ao candidato a adopção, este poder vir a ser nomeado curador provisório do menor, o que veio a dirimir os conflitos entre quem detinha a confiança administrativa e aquele que exercia o poder paternal - art.163.º OTM -.

Criou-se a obrigatoriedade, por parte das instituições públicas e particulares de solidariedade social, de comunicar às comissões de proteção ou ao Ministério Público os acolhimentos de crianças a que procederem em situações de perigo.

Aumentou-se o leque de pessoas que devem prestar o consentimento para adopção, estabelecendo-se a posterior desnecessidade de citação no decorrer do processo de confiança judicial. A idade a partir da qual passou a ser necessário o consentimento do adoptando e dos filhos do adoptante começou a ser de 12 anos.

Consagrou-se a possibilidade de, em condições excepcionais, ocorrer a adopção plena por quem tenha mais de 70 anos, desde que a diferença de idade entre o adoptante e o adoptando não seja superior a 50 anos, pelo menos no que concerne a um dos adoptantes.

Instituiu-se a não prejudicialidade do processo de averiguação. O processo de averiguação é um processo para aferir do processo de paternidade quando não se sabe quem é o pai da criança. Antes deste Decreto-Lei podia haver, simultaneamente, um processo de averiguação e um processo no qual a mãe pretendia entregar para adopção. Consequentemente, um processo prejudicava o outro. A questão da criança não se definia até ser encontrado o pai e, muitas vezes, tratava-se de um pai ou de uma mãe que não tinham interesse nenhum pela criança. Esta reforma veio estabelecer que um processo não prejudicava o outro, dando prevalência ao processo de adopção.

Entretanto, e embora não abordasse diretamente sobre a matéria adopção, a Lei nº 7/2001, de 11 de Maio, veio admitir a adopção por parte de pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto há mais de dois anos, em condições análogas às dos conjugues.

A Lei nº 31/2003 introduziu grandes alterações no sentido de fazer cumprir a disposição constitucional que impunha uma tramitação célere do processo de adopção: eliminou o limite temporal após o nascimento para a não prejudicialidade; agilizou procedimentos na promoção e proteção; a pendência dos processos de adopção passou a

suspender o processo de averiguação; equiparou à confiança judicial a medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção.

Consagrou-se, expressamente, o superior interesse da criança como critério chave para a decisão com vista à futura adoção (art.1974.º/1 Código Civil).

Introduziu-se a inibição legal do exercício do poder paternal dos pais no decorrer do processo de confiança judicial. A idade máxima do candidato a adoptante elevou-se para 60 anos, sendo que a partir dos 50 anos a diferença de idades entre o adoptante e o adoptando não pode exceder os 50 anos, excepto se houver motivos ponderosos que o justifiquem. Foi extinta a possibilidade dos pais revogarem o consentimento, evitando-se uma situação de espera ao longo de dois meses para o processo de adoção; e instituiu-se o prazo de três anos para a caducidade desse consentimento.

Passou a ser obrigatória a criação de listas nacionais de candidatos a adoptantes, bem como de crianças em situação de adoptabilidade, com o intuito de aumentar as possibilidades de adoção. O regime atual resultante das alterações introduzidas pela Lei 143/2015 de 8 de Setembro será abordado de seguida.

3. Breve alusão ao regime substantivo atual da Adoção Nacional

Atualmente, nos termos do art. 2º al a) e b) do RJPA, podemos aferir duas modalidades de adoção: a adoção internacional e a adoção interna. Sendo o critério distintivo o facto de a adoção implicar ou não uma mudança da residência habitual.

Dedicaremos a nossa atenção por ora à adoção interna.

A única distinção relevante na nova lei é agora a que opõe adoção conjunta e singular. A primeira, que é feita simultaneamente por duas pessoas é sem qualquer dúvida a mais usual. O que vem confirmar, como veremos, a noção legal, que concebe a adoção como uma figura que imita a filiação natural e nessa medida de certa forma dá primazia à adoção bi parental.

A NLA – Lei 143/2015 de 8 de setembro, à semelhança do que ocorre com o direito francês acabou com a distinção entre adoção restrita e adoção plena, eliminando a primeira pela revogação do art.1977º do CC, sendo que a única atualmente admitida é a que anteriormente correspondia ao regime da adoção plena, pelo que a adoção interna é assim, agora, uma categoria unitária.

Traçamos agora as linhas gerais do regime substantivo da adoção com as correspondentes alterações introduzidas pela Lei 143/2015 de 8 de setembro, não sem antes referirmos que atualmente a adoção está regulada de forma dispersa e encontramos vários diplomas em que o legislador verte o respetivo regime jurídico:

A Constituição da República Portuguesa,

Código Civil,

Regime Jurídico do Processo de Adoção,

Lei da Protecção de Crianças e Jovens em Perigo,

E não podemos descurar os diplomas internacionais relevantes que têm regras e princípios que têm aplicação na adoção interna, isto é aquela que ocorre no território Português, em particular a Convenção sobre os Direitos das crianças - art.21º- e a Convenção Europeia em matéria de Adoção de crianças.

Alguns autores defendem por isso a necessidade de se proceder a uma sistematização legal que permita contornar a descoordenação entre as diversas fontes.

Da regulamentação legal podemos extrair o sentido e objetivo a prosseguir com o instituto adoção, que mudou substancialmente face ao espírito que a orientava na altura em que foi retirada pelo código civil de Seabra. Hoje o

objetivo primordial é o “superior interesse da criança (o nosso regime não admite sequer a adoção de adultos) e o interesse que está em causa é o do adoptando e em geral a protecção da infância excluída de relações familiares consanguíneas dignas e responsáveis. Tem pois uma finalidade assistencial e filantrópica. A adoção continua pois a ter como critério base o superior interesse da criança e será decretada quando apresente reais vantagens para o adoptando.

O artigo 1974.º, n.º1 consagra os requisitos gerais da adoção. O primeiro - superior interesse da criança - é o objetivo da adoção, que traça a essência do instituto e se vislumbra em todas as fases processuais. Apesar deste conceito não se encontrar expresso na legislação que versa sobre a matéria (RJPA), assume grande importância no momento da análise da adoção enquanto mecanismo protetor na vida de uma criança. Os profissionais que lidam com a adoção compreenderam a importância deste “superior interesse da criança” e isso traduziu-se na inclusão no n.º 1 da Lei n.º31/2003, Lei de Promoção e Protecção de Jovens em Risco da expressão: “a adoção visa realizar o superior interesse da criança”, o que motivou a posterior alteração ao Código Civil acima mencionada.

Esta preocupação resultou da influência que os diplomas legais internacionais tiveram no legislador português. Especificamente referimo-nos à Convenção Europeia em Matéria de Adoção de Crianças e a Convenção Sobre os Direitos da Criança.

Este princípio é imperativo na prática judiciária, e tratando-se de um conceito vago e genérico tem de ser integrado pelo juiz, face a cada caso concreto e o contexto em que se coloca, o que admite ao juiz alguma discricionariedade, bom senso e criatividade.

Diz ainda o art. 1974º, 1, que será de decretar a adoção quando “for razoável supor que entre adoptante e adotado se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação. Este requisito levanta uma questão qual seja a de colocar dúvidas sobre se é viável a adoção de um irmão pelo outro, ou de neto por avô, ou ainda de um membro de uma união de facto por outro. Já o n.º 2 deste normativo consagra um outro requisito – um período em que o adotando tenha estado previamente ao cuidado do adoptante, por forma a se poder avaliar se é conveniente a constituição do vínculo adoptivo.

Nessa medida e por força do art.1980º, 1 al. a), só se permite a adoção de crianças que tenham sido confiadas ao adotante, pela via da confiança administrativa ou medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, salvo se se tratarem de filhos do cônjuge do adoptante. Desde este momento inicia-se a contagem de um período que coincide com o período de pré-adoção, pelo que não deverá ser superior a seis meses, ou excepcionalmente de nove meses. Um outro requisito a que alude o n.º 2 deste normativo é à idade do adoptando: deverá ter menos de 15 anos à data do requerimento da adoção, admitindo-se no entanto que o adoptando tenha menos de 18 anos e não seja emancipado, quando desde idade não superior a 15 anos tenha sido confiado aos adoptantes ou a um deles, se o adoptando for filho do cônjuge.

Pese embora este carácter social e apesar de os esforços de flexibilização ao nível dos requisitos e procedimentos da adoção, contrariamente ao pretendido, os números de processos findos não correspondem às expectativas, registando-se por isso uma não adequação entre as funcionalidades legais e realidade prática.

Na verdade o nosso modelo legislativo baseia-se na imitação da filiação natural, donde se infere que a filiação adoptiva tem um carácter substitutivo da filiação natural ou biológica. Daí que configura uma situação de exceção, o que do ponto de vista jurídico se constata desde logo pelo facto de na CRP ser precedida da consagração do princípio da inseparabilidade dos filhos dos pais biológicos, apenas ressalvando o afastamento que ocorra por via judicial por incumprimento dos seus deveres parentais fundamentais.

Podemos configurar um outro modelo, no qual a adoção não fosse vista como sendo uma filiação de substituição ou alternativa, pela qual a grande maioria das pessoas (adoptantes) apenas se interessa por razões egocêntricas, o mais das vezes ligadas a situações de infertilidade não solúvel pelos meios de procriação medicamente assistida. O modelo assentaria numa realidade em que o adoptante representa a figura de um adulto que assume a responsabilidade pela orientação e garantia das necessidades da criança (alimentares, educacionais, sociais, etc.) A transição para este paradigma não se revela facilitada nem isenta de riscos, nomeadamente os que se ligam à atitude socio cultural a que nos referimos, que leva a que, por muito profundas que sejam as alterações legislativas que visam conseguir instituir o modelo, não haja garantia de que seja efetivo tal propósito. A nossa mentalidade social e cultural não permite ainda que se “entenda” verdadeiramente a finalidade deste instituto, que foi retomado e reconsagrado legislativamente há cerca de 50 anos.

A figura do adoptante é tratada no art. 1979º CC. Aí se estabelece os requisitos a que o adoptante ou adoptantes devem responder para assumir tal posição. Assim, se a adoção for conjunta podem adoptar duas pessoas casadas há mais de 4 anos e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto, sendo necessário que ambas tenham mais de 25 anos de idade. De notar que se antes do casamento houve algum período de união de facto, tal é contabilizado para o cômputo dos 4 anos.

No caso da adoção singular, o adoptante deve ter mais de 30 anos, salvo se o adoptando for filho do seu cônjuge em que se exige apenas os 25 anos de idade.

O nº 3 impõe um duplo limite máximo quanto à idade do adoptante, que no entanto não se aplica se o adoptando for filho do cônjuge do adoptante – nº 5. Na generalidade o adoptante não poderá ter mais de 60 anos, considerados à data em que a criança lhe é confiada, mediante confiança administrativa, medida de promoção ou proteção de confiança com vista a futura adoção, e a diferença de idades entre adoptante e adoptando não pode ser superior a 50 anos, quando o adoptante completar 50 anos.

Dedicamos agora uma breve atenção aos requisitos da adoção quanto a terceiros. Diga-se que os terceiros são, para efeitos da adoção, os familiares do adoptante, parentes e tutor do adoptando.

Quanto aos familiares do adoptante a lei impõe dois requisitos:

> que a adoção não represente um sacrifício injusto para os outros filhos do adoptante- 1974º,1, pelo que o juiz deverá ouvi-los se tiverem mais de 12 anos – 1984, al. a) –

> que o cônjuge do adoptante não separado de pessoas e bens dê o seu consentimento para a adoção – art. 1981º, 1 al. b) –

Quanto aos parentes e tutor do adoptando:

> exigência do consentimento para a adoção prestado pelos pais, pelo tutor e por certos parentes do adoptando.

> audição de alguns parentes do adoptando cujo consentimento não é necessário.

O consentimento para adoção é necessário relativamente aos pais do adoptando ainda que sejam menores e não exerçam as responsabilidades parentais, desde que tenha tido lugar a medida de promoção e proteção de confiança com vista à adoção; ou relativamente ao ascendente, ao colateral até ao 3º grau ou ao tutor, quando tenham falecido os pais do adoptando, e tenham a viver consigo e a seu cargo o adoptando.

O consentimento é prestado perante o juiz e pode ser dado independentemente da instauração do processo de adoção. – art.1982º, nºs 1 e 2 –

O consentimento é irrevogável e não está sujeito a caducidade – 1983º,1. A NLA eliminou a hipótese de caducidade prevista no anterior art.1983º em que se previa a caducidade do consentimento no prazo de três anos

se o menor não fosse adotado nem confiado administrativa ou judicialmente ou sujeito a medida de proteção de confiança a pessoa ou instituição para futura adoção.

O Juiz deve ouvir os ascendentes ou, na sua falta os irmãos maiores do progenitor falecido, se o adoptando for filho do cônjuge do adoptante e o seu consentimento não for necessário. Não o fará se se estiverem privados das suas faculdades mentais, ou se por qualquer outra razão, houver grande dificuldade em ouvi-los. – Art.1984º, al. b) –

O art.1981º, 1 al. c) exige o consentimento dos pais do adoptando para a adopção.

Particularmente o consentimento da mãe não pode ser prestado antes de decorridas seis semanas após o parto, - art. 1982º, 3 –

Embora o legislador tenha atribuído um papel determinante do consentimento dos pais biológico para a adopção, considerando que esta depende exclusiva e predominantemente desse consentimento, consagrou porém um largo número de situações em que não se exige tal consentimento ou até em que pode ser dispensado pelo tribunal. – 1981º, 1 al. c) e 3 al. a) –

Assim sucede nomeadamente no caso de ter existido medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura confiança, por exemplo em caso de abandono ou manifesto desinteresse pelos pais biológicos, perigo grave da segurança, saúde, educação, formação ou desenvolvimento da criança.

Um aspeto que nos merece também uma referência é o que consagra o art. 1987º CC. Reza este preceito que depois de decretada a adopção não é possível estabelecer a filiação natural do adoptado, nem fazer prova dessa filiação fora do processo preliminar de casamento. Será esta a exceção consagrada. Porém, parece-nos fundamental interpretar o normativo em análise por forma a contemplar a admissibilidade da prova da filiação natural ou biológica do adoptado em ação de nulidade ou anulação do casamento com fundamento num dos impedimentos referidos no art.1602º als. a), c) e d) CC. Na verdade consideramos que o art.1603º nº1CC aplica-se na totalidade à filiação biológica daquele que foi adoptado, caso contrário se no processo preliminar não fosse detetado o impedimento decorrente da filiação biológica, poderíamos ter um casamento entre uma pessoa adoptada e o seu pai ou mãe natural e não poderia ser invocada a sua invalidade, permanecendo o vínculo matrimonial intocável. Não é obviamente de admitir tal solução.

Embora a solução literal do art.1987ºCC esteja em consonância com o estabelecido no art 1986º,1 CC, que determina a extinção das relações familiares entre o adoptado e os seus ascendente e colaterais naturais, mantendo exclusivamente tais relações decorrentes do vínculo da adopção constituído, e com o carater irrevogável da adopção patente no art.1989º CC, levanta sérias dúvidas sobre a sua constitucionalidade. Na verdade a proibição em causa, impedindo a investigação da maternidade ou paternidade pelo adoptado, representa, segundo prestigiada doutrina de Guilherme de Oliveira, que merece a nossa concordância, uma desproporcionada restrição aos direitos fundamentais à identidade pessoal e à constituição da família – arts. 26º, 1, 36º, 1 e 18º, 2 da CRP –

A corrente defensora da restrição imposta pelo art.1987º, representada por Rafael Luis Vale e Reis, baseia a sua argumentação no facto de a proibição aí contida ter por fundamento a tutela do instituto da adopção e estar vocacionada para tal, e sendo a adopção em si mesma um direito constitucionalmente garantido – art.36º,7, parece de admitir ainda como constitucional tal restrição.

Para terminar a abordagem substantiva da adopção, cumpre-nos dedicar algumas palavras à questão do segredo da identidade do adoptante e ao conhecimento das origens biológicas do adoptado. O art. 1985º, 1, impede a revelação da identidade dos adoptantes aos pais biológicos do adoptado, salvo se aqueles declararem de forma expressa que a tal se não opõem. Esta ideia está igualmente patente nos arts 69º, 5 CRC e 5º e 56º, 2 e ss RJPA.

Trata-se de regras supletivas que visam proteger os pais adoptivos de interferências dos pais biológicos. Admite-se o seu afastamento mediante vontade expressa do destinatário da protecção legal.

Do ponto de vista do processo de adopção, a reserva da identidade determina que os pais biológicos não interfiram, não se admitindo assim o contraditório.

O art.1985º, 2 CC, por seu lado, plasma que a identidade dos pais biológicos pode ser revelada aos adoptantes a não ser que aqueles se tenham oposto mediante declaração expressa. A mesma solução está consagrada no CRC, arts.213º, 2 e 3, e 214º, 2, bem como no âmbito do processo de adopção no art. 5º RJPA.

4. Aspetos gerais sobre o regime procedimental da Adopção (RJPA)

O processo de adopção interna está consagrado no art.2º, al. h) do RJPA. Trata-se de um processo cujas características fundamentais se revelam claramente: é secreto – art.4º RJPA; tem simultaneamente carácter administrativo (fase preparatória e de ajustamento) e judicial (fase final); tem três fases – preparatória, de ajustamento entre candidatos e crianças e fase final.

A fase preparatória e de ajustamento integra as atuações e competências levadas a cabo pelos Organismos da Segurança Social ou por entidades particulares autorizadas. A fase preparatória abarca o estudo e caracterização das crianças que estejam em condições de adoptabilidade e a formação, avaliação e selecção de candidatos a adoptantes – art.40º, al. a) RJPA -.

A criança em situação de adoptabilidade é aquela relativamente à qual existiu decisão de confiança administrativa ou de confiança judicial com vista a adopção – art.2º,al.c) RJPA - e devem integrar obrigatoriamente as listas nacionais – art.10, 1 RJPA-

O processo inicia-se por uma candidatura que é apresentada na equipa de adopção dos Organismos da Segurança Social ou instituição particular autorizada – art. 43º, 1 – e não existindo motivos para indeferimento liminar desencadeiam-se os procedimentos de preparação, avaliação e selecção, que deverá estar concluído no prazo de seis meses – art.44º,1 – Estes procedimentos visam a emissão de parecer sobre a candidatura, nomeadamente atenta sobre os traços de personalidade, saúde e idoneidade dos candidatos para criar e educar a criança, situação socio familiar e económica, bem como as razões que determinaram a candidatura. – Art. 44º, 2 a 7 RJPA.

Face à avaliação a decisão de aceitação ou rejeição da candidatura é comunicada aos candidatos. A decisão de rejeição esta sujeita a recurso para o tribunal – art.46º RJPA-

A aceitação da candidatura determina a obrigatoriedade de os candidatos serem inscritos na lista nacional.

A segunda fase a que aludimos – ajustamento entre candidatos e criança – visa aferir a correspondência entre as necessidades da criança e as capacidades dos candidatos, a organização do período de transição, o acompanhamento e avaliação do período de pré-adopção – art.40º, al. b) RJPA

Esta aferição concretiza-se pela pesquisa nas listas nacionais, dos candidatos relativamente aos quais seja previsível um juízo favorável de compatibilidade entre as suas capacidades e as necessidades da criança. – art.48º, 2 e 3 RJPA –

Segue-se a confirmação pelo Conselho Nacional de Adopção. Este órgão é composto por um representante de cada organismo da segurança social – art.7º RJPA – a quem incumbe harmonizar os critérios que presidem à aferição a que aludimos.

Feita a confirmação da proposta esta é apresentada ao candidato - art.48º, 1 e 4 RJPA - caso a mesma seja aceite inicia-se o período de transição, que não deve exceder 15 dias e que visa a promoção de encontros entre os

candidatos e a criança, no sentido de se conhecerem mutuamente e onde ainda se pretende aferir e confirmar a existência de indícios favoráveis à vinculação afetiva entre ambos. – art.49º, 1 e 4 RJPA –

Terminado o período de transição e não se concluindo pela existência de qualquer facto impeditivo, o período seguinte será o da Pré-adopção.

Nesta fase os candidatos selecionados para a adopção tomam a seu cargo a criança (desde que não esteja em causa filho do cônjuge ou companheiro) com vista à adopção, mediante confiança administrativa ou medida de promoção e protecção de confiança. Esta medida dura até ser decretada a adopção, em regra não está sujeita a revisão e impede os pais biológicos do exercício das responsabilidades parentais – art.1978º-A CC -. Além do mais suspende um eventual processo de averiguação oficiosa da maternidade ou paternidade. – Art. 38º, 2 RJPA – Com a confiança administrativa ou medida de promoção e protecção de confiança, compete aos candidatos a adoptantes a Curadoria provisória da criança – Art.62º-A,3 e 4 da Lei de protecção e 51º, 2 e 3 RJPA – que supre o exercício daquelas responsabilidades e que é decretada pelo tribunal, ficando o curador provisório com os direitos e deveres de Tutor.

No decurso do período de pré adopção a criança é acompanhada pelas entidades responsáveis dos organismos da segurança social ou instituições particulares autorizadas. A sua atenção centra-se na integração da criança, procurando avaliar a viabilidade do estabelecimento da relação parental – art.50º, 1 RJPA –

Logo que se verifiquem as condições para ser requerida a adopção ou decorrido o prazo de pré adopção - que não excederá os seis meses ou excepcionalmente nove, sendo certo que se se tratar de filho do cônjuge ou companheiro o limite é de três meses – 34º,3 RJPA -, é elaborado relatório no prazo de 30 dias, concluindo com parecer sobre a concretização do projeto de adopção – art. 50º, 4 RJPA.

Os candidatos são notificados do teor do relatório – art. 50º, 6 RJPA – e após tal notificação ou findo o prazo de elaboração do relatório, os candidatos podem apresentar requerimento de adopção junto do tribunal de comarca, particularmente nas secções de família e menores do tribunal – art.52º, 1 RJPA – iniciando-se assim a fase final do processo de adopção.

Na sua fase judicial, o processo de adopção é um processo de jurisdição voluntária – art.31º RJPA – e tem caracter urgente, art.32º RJPA.

Ao processo é junto o relatório que concluiu a fase da pré-adopção, ouvem-se o adoptante e outras pessoas e o Ministério Publico, efetuam-se as diligências requeridas ou julgadas convenientes, e o juiz decide sobre a adopção - art.58º RJPA - .

Esta mecânica mostra que apesar da adopção ser decretada e por isso constituída por sentença judicial, a decisão administrativa, precedente de cariz administartivo é fundamental.

A adopção decretada é sujeita a Registo Civil obrigatório –art.1º, 1, al. c) CRC e é averbada ao assento de nascimento – art.69º, 1, al. d) CRC.

Prevê ainda o RJPA, no seu art.60º, a possibilidade de acompanhamento pós-adopção.

Trata-se de uma intervenção especializada, de caracter técnico, junto da família, aconselhando a apoiando em eventuais dificuldades que surjam decorrentes da parentalidade e filiação adoptiva. Esta intervenção tem que ser expressamente solicitada pelos sujeitos da relação adoptiva e é efetivada pelos organismos da segurança social ou instituição particular autorizada entre o momento do trânsito em julgado da sentença que decertou a adopção e a data em que o adoptado complete 18 anos ou 21 se este solicitar a continuidade do acompanhamento antes de atingir a maioridade.

ABREVIATURAS

al. - alínea
art. - artigo
CC - Código Civil
CRC - Código de Processo Civil
CRP – Constituição da República Portuguesa
D.L. - Decreto-Lei
NLA – Nova Lei da Adopção
nº - número
OTM – Organização Tutelar de Menores
pág. - página
ss. – seguintes
RJPA – Regime Jurídico Processual da Adopção
vg. – verbi gratia

BIBLIOGRAFIA

- BOLIEIRO, Helena/GUERRA, Paulo, *A criança e a família – uma questão de Direito(s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- CAMPOS, D. Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1999.
- COELHO, F. M. Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de - *Curso de Direito da Família*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2001
- COELHO, F. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, com a colaboração de Rui Moura Ramos, Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, 4ª ed., 2008, e vol. II, tomo I, 2006
- Colecção de Formação Contínua, Adopção, CEJ, Janeiro 2015
- CORTE-REAL, C. Pamplona/PEREIRA, José da Silva, *Direito da Família. Tópicos para uma Reflexão Crítica*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2011.
- HERRING, Jonathan, *Family Law*, 6ª ed., Harlow (Inglaterra), Pearson, 2013.
- LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. IV, 2ª ed., 1992, e vol. V, 1995.
- MENDES, J. Castro/SOUSA, M. Teixeira de, *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1990/1991.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, 2016, 5ª ed., Coimbra, Almedina
- SOTTOMAYOR, M. Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2011.
- VARELA, Antunes, *Direito da Família*, vol. I, 5ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999.

O PRINCÍPIO *PACTA SUNT SERVANDA* E O PROBLEMA DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

Melanie de Oliveira Neiva Santos

ISCET – Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo

1. Notas introdutórias

O tema de que nos ocuparemos convoca, como figura central desta exposição, o contrato. Como lhe apelidou Miguel Veiga “uma invenção admirável” que contém a virtualidade antagónica de passar “de mecanismo privilegiado do relacionamento económico a instrumento de domínio; de expressão da personalidade humana a meio de opressão; de paradigma da justiça a veículo de abusos e iniquidades”.

¹

É indubitavelmente um instrumento central do direito e da economia e um meio de auto-determinação, produto e reflexo dos valores e tendências de cada época.

Sintomaticamente o prémio Nobel da Economia foi este ano atribuído à dupla de investigadores, o finlandês Bergt Holmstrom e o britânico Oliver Hart, pelo trabalho desenvolvido no domínio da Teoria dos Contratos.

É que a vida, a sociedade, o Estado, as empresas, os cidadãos regem-se por contratos. Do privado ao público, da propriedade às relações familiares e sucessórias, às múltiplas facetas em que se desdobra a personalidade, em todos estes domínios o contrato pode intervir como fonte de relações jurídicas.

Qual é, porém, essa dimensão fundamental do contrato que incontáveis vezes o coloca na fonte de relações jurídicas entre estes atores, públicos e privados. O contrato é decisivo porque introduz segurança. O fator da certeza, da estabilidade tem um forte impacto na vida, na economia e no tráfico jurídico.

Mas justamente porque assim é, existe uma relação entre o contrato e a realidade. Nas palavras de Oliveira Ascensão² o direito tem “pés de terra”. “A realidade histórica que explica o negócio é deste modo intrinsecamente constitutiva da vinculatividade. (...) é nela e por ela que se negocia.” “Contratamos porque as circunstâncias são assim.”

O título desta intervenção coloca em confronto o princípio *pacta sunt servanda* e o problema da alteração das circunstâncias, dito de outra forma, os valores da segurança jurídica e o da justiça (do equilíbrio do contrato).

Partindo do conceito de contrato, passando pelos princípios do direito dos contratos e pelos desvios a tais princípios, de que a alteração das circunstâncias constitui um exemplo, concluiremos com Oliveira Ascensão³ que “O consentimento não basta porque a realidade impõe-se.”

Adotamos como fio condutor desta intervenção a afirmação de que o princípio *pacta sunt servanda* não tem carácter absoluto. Um contrato não pode cegamente prosseguir quando qualitativamente perdeu justificação ou quantitativamente ficou desequilibrado.

2 . Breve caracterização da disciplina do contrato no Código Civil Português

¹ VEIGA, M. (1999), “A crise de confiança nos contratos”, ROA, Ano 59, p. 803.

² ASCENSÃO; J. Oliveira (2005), “A onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias”, ROA, Ano 65, Vol. III, p. 625.

³ Ibidem, p. 647.

O anterior Código Civil Português de 1867, definia no seu artigo 641º que o contrato “é o acordo, por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação”.

O atual Código Civil Português de 1966, não alberga uma definição legal de contrato, limitando-se o legislador a esclarecer, no artigo 232º, que “o contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo”.

Feita uma análise sistemática do Código Civil vigente é fácil concluir, com Almeida Costa⁴, que “o contrato pode ser, entre nós, fonte de constituição, transmissão, modificação e extinção de obrigações ou direitos de crédito, bem como fonte de direitos reais, familiares e sucessórios.”

Do ponto de vista doutrinal é usual definir o contrato como um negócio jurídico bilateral que contém duas ou mais declarações de vontade, com conteúdo diverso, tendo em vista fins distintos, que contudo convergem na produção de um resultado comum.

O nosso Código Civil estabelece uma teoria geral dos contratos nos seus artigos 405º a 456º, por via de um conjunto de normas aplicáveis, em princípio, a todos os contratos: típicos, atípicos e mistos.

Da exegese do direito dos contratos retira Almeida Costa⁵ quatro grandes princípios: o da liberdade contratual, o do consensualismo, o da boa fé e o da força vinculativa, que por facilidade de exposição seguiremos.

2.1 O princípio da Liberdade Contratual

Um dos corolários da autonomia privada é a autonomia da vontade, é a liberdade de contratar, pois como vimos, por definição, o contrato nasce de declarações de vontade.

O contrato é um instrumento de auto-regulação à disposição dos particulares.

Dispõe o nº 1 do artigo 405º, sob a epígrafe “Liberdade contratual”, que “dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.” E no seu nº 2 que “As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.”

Assim as partes têm a faculdade de, dentro dos limites da lei, celebrarem ou não o contrato, escolherem um tipo previsto na lei ou outro, modelarem o conteúdo do contrato, de acordo com os fins e interesses que a ele presidem. A estas faculdades apelida Almeida Costa⁶, respetivamente, “liberdade de celebração”, “liberdade de selecção do tipo contratual” e “liberdade de estipulação”.

E conclui, por isso, este autor que neste domínio, o do direito das obrigações, vigora o princípio dos *numerus apertus* ou atipicidade, ao contrário do que sucede no âmbito dos direitos reais, do direito da família e do direito das sucessões, orientados pelo princípio dos *numerus clausus* ou da tipicidade.

2.2 O princípio do CONSENSUALISMO

O nosso Código Civil abre o capítulo do negócio jurídico com as regras sobre a declaração negocial, regulando sucessivamente as suas modalidades, forma e perfeição. É justamente na subsecção da perfeição da declaração negocial que se insere a norma do artigo 232º relativa ao “âmbito do acordo de vontades.” Como vimos basta o acordo de vontades para, dentro dos limites da lei, se dar a perfeição do contrato.

⁴ COSTA, M. J. de Almeida (2009), “Direito das Obrigações”, 12ª ed. rev. Act., Coimbra: Almedina, p. 220.

⁵ Ibidem, p.228.

⁶ Ibidem, p. 230.

E assim, percorrido um maior ou menor processo de negociação com vista à obtenção do encontro das vontades do proponente e do aceitante, as partes concluem o contrato por mútuo consenso.

Repare-se que no anterior Código Civil de 1867 o legislador dedicava um conjunto de normas ao mútuo consenso estabelecendo que “o consentimento dos estipulantes deve ser claramente manifestado”(art. 647º), “A manifestação do consentimento pode ser feita de palavras, por escripto ou por factos donde elle necessariamente se deduz” (art. 648º) e “Logo que a proposta seja aceita, fica o contracto perfeito, excepto nos casos em que a lei exige mais alguma formalidade” (art. 649º).

No actual Código Civil vigora a regra geral da liberdade de forma, constante do artigo 219º do Código.

2.3 O Princípio da BOA FÉ

A liberdade contratual é regulada pela ordem jurídica, que lhe impõe limites, constituindo o princípio da boa fé, um desses limites.

Parafraseando Morais Carvalho “A autonomia privada encontra-se (...) limitada no seu exercício, em especial no que à liberdade contratual diz respeito, pela boa fé daquele que a pretende exercer.”⁷

Podemos distinguir **boa fé subjetiva** e **boa fé objetiva**, a primeira reporta-se a um determinado estado da pessoa, normalmente o conhecimento ou desconhecimento de um facto, a última é algo exterior ao sujeito conexas com padrões de lealdade, honestidade, probidade que se impõem no patamar da conduta, do comportamento.

Morais Carvalho enfatiza que a boa fé objetiva é considerada mais relevante no que respeita ao estudo da autonomia privada, por estar na base de institutos centrais do direito privado, como a responsabilidade pré-contratual, o abuso do direito ou a alteração das circunstâncias.⁸

De igual modo Menezes Leitão define a boa fé em sentido objetivo como regra de conduta e salienta ser esse o sentido da referência à boa fé no instituto da alteração das circunstâncias.⁹

2.4 O princípio *PACTA SUNT SERVANDA* ou, na terminologia de Almeida Costa, o Princípio da força vinculativa

Entrando no livro do Direito das Obrigações, em particular na Secção dos Contratos, deparamo-nos com o artigo 406º, nº 1, que sob o título “Eficácia dos contratos” estabelece que “o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei.”

E assim exercida a liberdade de contratar, dentro dos limites legais, e perfeito o negócio, este deve ser cumprido ponto por ponto, em todas as suas cláusulas!

E esse contrato que se celebrou, no exercício da autonomia privada, no uso da liberdade contratual e por mútuo consenso, constitui, por isso, *lex privata*, isto é, lei entre partes. O contrato só poderá ser modificado ou extinguido por mútuo consenso ou nos casos admitidos na lei.

Para Almeida Costa¹⁰ a força vinculativa dos contratos traduz-se em três princípios:

- pontualidade;
- irrevogabilidade do contrato;
- e intangibilidade do seu conteúdo.

⁷ CARVALHO, J. Morais (2016), “Os limites à liberdade contratual”, Coimbra: Almedina, p. 125.

⁸ Ibidem, p. 126.

⁹ LEITÃO, L. M. Teles de Menezes (2016), “Direito das Obrigações”, Vol. I Introdução – da constituição de obrigações, Coimbra: Almedina, p. 50

¹⁰ *Op. Cit.* p. 313.

Estes dois últimos princípios fundem-se no chamado princípio da estabilidade dos contratos.

Bem e chegados aqui parece forçoso concluir *Conventio Est Lex* – o que foi ajustado é lei! O que foi acordado deve ser cumprido.

Mas a realidade ensina-nos que a vida é feita de mudança e assim, os contratos, tal como a vida, podem sofrer modificações ou extinguir-se.

3. O problema da alteração das circunstâncias

A problemática da alteração das circunstâncias insere-se justamente ao nível da resolução ou modificação do contrato.

Com efeito o instituto, previsto nos artigos 437º a 439º do Código Civil, vem regulado sob o título de “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias.”

Enunciemos o problema seguindo a fórmula de Galvão Telles¹¹:

“(…) uma vez celebrado o contrato, e suposto venha a ocorrer *alteração das circunstâncias*, existentes à data dessa celebração, que torne o contrato mais gravoso para uma das partes, deve esta, mesmo assim, cumpri-lo tal como foi ajustado ou pode dá-lo sem efeito ou, pelo menos, satisfazê-lo em termos menos onerosos.”

Olhemos para o passado para daqui e passando pelo presente deixar algumas considerações finais sobre o futuro.

Pois o tema deste congresso remete-nos para o passado e o futuro do Código Civil Português vigente.

3.1 Apontamentos históricos sobre o instituto

A relevância jurídica desta temática remonta ao século XII, momento em que se fazia apelo à chamada cláusula *rebus sic stantibus*, nos contratos de longa duração. Nos termos desta cláusula, os referidos contratos só se manteriam em vigor se perdurasse o estado de coisas em cujo contexto haviam sido celebrados. Conforme explica Galvão Telles¹² esta doutrina integrou o direito europeu comum, mas suscitava dúvidas quanto à sua natureza. Seria uma verdadeira cláusula do contrato, ainda que presumida? Constituía uma determinação do direito objetivo? Quais os pressupostos da sua aplicação e os efeitos sobre o contrato?

O humanismo do séc. XVI alterou concepções e com ele surge uma valorização da vontade individual.

Assistiu-se a um progressivo declínio da cláusula *rebus sic stantibus* e, no século XIX, com o movimento das codificações verificou-se uma cisão no direito europeu e a questão da alteração das circunstâncias mereceu diferentes abordagens nos distintos países.

3.1.1 O caso francês

A tendência geral em França foi da não aceitação da cláusula *rebus sic stantibus*, mesmo quando esta era aceite noutros ordenamentos jurídicos europeus. O Código de Napoleão de 1804 nada previu a propósito da alteração das circunstâncias, nem mesmo a jurisprudência atuou neste domínio, mantendo o silêncio no que respeita a esta matéria.

Conforme referia Vaz Serra¹³, no seu estudo de 1957, precisamente para a reforma do Código Civil Português de 1867, “(…) a jurisprudência civil francesa, apesar da gravidade das alterações resultantes da primeira guerra

¹¹ TELLES, I. Galvão (2010), “Manual dos contratos em geral”, Coimbra: Almedina, p. 337.

¹² *Idem*, pp. 337-338.

¹³ SERRA, A. P Vaz (1957), “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”, ROA, Ano 59, p. 297.

mundial, recusou-se, de modo geral, a admitir que o contrato deixe de obrigar pelo facto de se modificarem profundamente as condições económicas ou sociais em que foi feito.”

Já não se passou assim no domínio do direito administrativo francês que, pela mão do seu Conselho de Estado, construiu a teoria da imprevisão reconhecendo a possibilidade de revisão de contratos de longa duração. Esta teoria foi considerada pela jurisprudência administrativa francesa.

E assim se manteve o estado de coisas em França até este ano, de 2016, em pleno Séc. XXI, que por via da reforma do Código Civil Francês, de fevereiro, foi alterado o capítulo dos contratos e acolhida a teoria da imprevisão, no seu novo artigo 1195°. Esta reforma entrou em vigor a 1 de outubro de 2016 e a citada norma apenas se aplica aos contratos celebrados após a sua entrada em vigor.

Article 1195

Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.»

Assim ao abrigo da referida norma um contrato pode ser modificado ou terminado com base em circunstâncias imprevisíveis que o tornem excessivamente oneroso para uma das partes. Se as partes não chegarem a acordo podem requerer a um juiz que modifique ou termine o contrato.

3.1.2 O Caso Italiano

A cláusula *rebus sic stantibus* foi inicialmente acolhida em Itália mas foi votada ao esquecimento no Código Civil de 1865. Ulteriormente, o Código Civil de 1942 tomou partido e acolheu uma solução favorável à resolução contratual. Com efeito dispõe o seu artigo 1467° que “Nos contratos de execução continuada ou periódica ou de execução diferida, se a prestação de uma das partes se tornou excessivamente onerosa pela verificação de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode pedir a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos pelo art.º 1458”¹⁴

3.1.3 O Caso Alemão

Conforme refere Galvão Telles¹⁵ o Código Civil de 1896 guardou silêncio sobre esta temática. “Mas a primeira guerra mundial, com as alterações económicas que produziu, provocou tão grandes diferenças nas prestações contratuais que se sentiu necessidade de valer ao devedor”.¹⁶

¹⁴ Vaz Serra, *op. cit.* p. 294.

¹⁵ *Op. cit.* p. 341.

¹⁶ Vaz Serra, *op. cit.* p. 300.

E assim a jurisprudência alemã acabou por dar relevância à alteração das circunstâncias e reconhecer em diversas decisões o direito de resolução. Sucederam-se várias teorias para fundamentar a resolução do contrato por alteração das circunstâncias: a teoria da imprevisão, a teoria da pressuposição e a surgiu ainda a formulação “base do negócio”.

A “base do negócio” não é mais do que relação entre o negócio jurídico e a realidade.¹⁷ Esta formulação, a da base do negócio, foi a adotada no Código Civil Português de 1966.

3.1.4 O Caso Português

O Código Civil de Seabra, de 1867, que vigorou entre nós cem anos, nada previa a propósito da temática da alteração das circunstâncias. Como refere Galvão Telles, fruto também do individualismo e voluntarismo reinantes, ignorou a questão, que nem sequer foi a florada nos trabalhos preparatórios.

Já assim não sucedeu no vigente Código Civil de 1966.

Repare-se que no já citado estudo de Vaz Serra para a reforma do Código Civil, escrevia o autor, em 1957, que a tendência à época era favorável à resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias.

“Embora deva salvaguardar-se, na medida do possível, o princípio da estabilidade dos contratos, do qual depende a segurança das relações contratuais, não parece que ele, por muito respeitável que seja, deva conduzir, em face de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que modifiquem profundamente o equilíbrio contratual, à manutenção do contrato.”¹⁸ Prosseguindo com a afirmação de que “a resolução e a modificação do contrato se fundam no princípio da boa fé; não procede de boa fé o contraente que exige do outro uma prestação que a alteração de circunstâncias tornou inexigível.

Poderia observar-se, por outro lado, que, permitindo-se a impugnação por erro de um contrato quando o contraente se enganou acerca das circunstâncias fundamentais para a sua decisão de contratar, deve igualmente proteger-se o contraente quando as circunstâncias em que se baseou o seu consentimento se alteram profundamente.”¹⁹

O certo é que o instituto foi acolhido no actual Código Civil Português. Vejamos agora em que termos.

4. Pressupostos da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias

As condições de admissibilidade da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias estão previstas no artigo 437º do Código Civil:

1. “Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.”
2. “Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando a modificação do contrato nos termos do número anterior.”

4.1 As circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar

¹⁷ Neste sentido Oliveira Ascensão, *op. cit.* p. 625

¹⁸ *Ibidem* p. 303.

¹⁹ *Idem*.

Nas palavras de Oliveira Ascensão²⁰ “são aquelas circunstâncias que levaram as partes comumente a contratar, e a contratar assim. Fazem com que o contrato seja o que é (...)”

Galvão Telles fala em “ (...) circunstâncias que determinaram as partes a contratar, de tal modo que, se fossem outras, não teriam contratado, ou tê-lo-iam feito, ou pretendido fazer, em termos diferentes.”²¹

4.2 O carácter anormal da alteração

As circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar são afinal a base do negócio. E existe uma relação entre o negócio jurídico e a realidade. Se essa realidade se altera há portanto uma discrepância da base do negócio com a realidade.

Há contudo que distinguir a discrepância originária isto é, a que já existe no momento da celebração do contrato – e entramos na problemática do erro, prevista no artigo 252º do Código Civil. Aqui a base do negócio tem natureza subjetiva, é uma falsa representação da realidade, e portanto unilateral.²²

Na discrepância superveniente isto é, que resulta de uma alteração ulterior à celebração do contrato, estamos perante o instituto da alteração das circunstâncias. Esta tem carácter objetivo pois não se reconduz “a uma imaginária falsa representação psicológica da manutenção de tais circunstâncias. A base do negócio, na alteração das circunstâncias, é bilateral: respeita simultaneamente aos dois contraentes.”²³

Ora essa alteração superveniente tem que ser anormal, isto é excessiva. Antunes Varela e Pires de Lima referem que a lei não exige uma alteração imprevisível mas o requisito da anormalidade conduzirá afinal e praticamente ao mesmo resultado.²⁴

Oliveira Ascensão refere que os termos do contrato sofreram uma alteração anormal, em virtude de acontecimentos supervenientes, extraordinários e graves. Uma ideia nuclear que este autor sublinha é a de que “não é anormal o que está dentro dos riscos normais do contrato.”

“A alteração é anormal quando não estiver coberta pelos riscos próprios do contrato. (...) Isto significa que uma alteração é anormal quando provoque uma alteração extraordinária das circunstâncias. (...) extraordinária e imprevisível.”²⁵

4.3 A exigência das obrigações assumidas à parte lesada afete gravemente os princípios da boa fé

Não basta uma alteração superveniente e extraordinária, esta tem ainda que revestir gravidade ao ponto de desequilibrar a relação jurídica com intensidade.

Conforme refere Moraes Carvalho²⁶ “(...) não está aqui em causa um juízo de censura sobre qualquer pessoa, não se podendo sequer falar de má-fé da parte beneficiada com a alteração. Há apenas um juízo de censura sobre a justiça do equilíbrio resultante do contrato após alteração das circunstâncias.”

Oliveira Ascensão fala antes em onerosidade excessiva explicando que “a alteração anormal é, não só, extraordinária e imprevisível, como também uma alteração que afecta gravemente, manifestamente, a equação negocialmente estabelecida.”²⁷

²⁰ *Op. cit.* p. 625.

²¹ *Op. cit.* pp. 343-344.

²² Neste sentido Galvão Telles, *op. cit.* p. 344.

²³ TELLES, I. Galvão, *op. cit.* pp. 344-345.N

²⁴ LIMA, P. e VARELA, A. “Código Civil Anotado”, Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p.413, nota 1.

²⁵ ASCENSÃO, J. de Oliveira, *op. cit.* 628.

²⁶ *Op. cit.* p. 132.

4.4 A natureza do contrato

No que respeita à natureza do contrato Pires de Lima e Antunes Varela explicam que a lei não exige que os contratos tenham prestações corresponsivas. Podendo mesmo tratar-se de um contrato unilateral como uma doação, um depósito gratuito, ou um mandato gratuito. Mister é que o contrato não seja de execução imediata. Estão, por isso, em causa contratos de execução continuada ou periódica ou de execução deferida, como por exemplo o caso de uma compra e venda a prestações, ou com reserva de propriedade, posição sustentada na doutrina italiana.²⁸

Oliveira Ascensão sustenta que o instituto pode funcionar no domínio dos contratos aleatórios “porque o que estiver para lá do risco tipicamente implicado no contrato pode ser relevante. Assim quem joga na bolsa está sujeito aos riscos de oscilação das cotações. Mas já a paralisação da bolsa é uma ocorrência extraordinária que pode levar à revisão ou modificação dos negócios por alteração das circunstâncias.”²⁹

5. A resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias

Verificadas as condições da sua admissibilidade, previstas no artigo 437º, a parte lesada pode **requerer** a resolução ou modificação do contrato que, por isso, não opera *ipso iure*.

5.1 Por acordo

Nada impede que os contraentes celebrem uma transação preventiva ou extrajudicial³⁰ se chegarem a acordo, (art. 1248º e ss. do Código Civil) ou o alterem por mútuo acordo, no uso da faculdade prevista no artigo 406º do Código Civil. Esta última solução, a da renegociação, é aliás o primeiro remédio que consta da recentíssima norma que introduziu no Código Civil Francês o instituto da alteração das circunstâncias.

A questão que se coloca aqui é: E na pendência de tal negociação, apesar de em virtude da alteração das circunstâncias a exigência das obrigações à parte lesada ser ofensiva da boa fé objetiva, no sentido do desequilíbrio do contrato, terá esta que continuar a cumprir?

A solução francesa assim o obriga, pois no novo artigo 1195º determina que “Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation”.

O nosso Código Civil não prevê expressamente esta questão mas versa a questão da mora, no artigo 438º, segundo o qual “A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou.”

Mas o que este preceito acautela é uma situação de abuso: isto é, a possibilidade de, por culpa da parte lesada, que estando em mora dá causa a que a relação seja atingida pela alteração das circunstâncias, venha a prevalecer-se desse incumprimento e beneficiar do instituto.

Como explica Oliveira Ascensão “A parte pode prevalecer-se da alteração das circunstâncias que teria sobrevindo de qualquer modo e atuado sobre o contrato, houvesse ou não mora.” Não poderá é invocar a alteração das circunstâncias em seu benefício “se a sua mora foi causal para que aquela relação fosse atingida por essa alteração; quando, portanto, se tivesse cumprido, a relação já estaria extinta.”³¹

Assim, e em bom rigor, a norma do art. 438º trata da situação em que a parte lesada está em mora, ao tempo da alteração das circunstâncias.

²⁷ *Op. cit.* p. 629.

²⁸ De Ruggiero e Stolfi *apud* Vaz Serra, *op. cit.* p. 294.

²⁹ *Idem.*

³⁰ Neste sentido Galvão Teles, *op. cit.* p. 345.

³¹ *Op. cit.* p. 631.

Voltando então à questão que enunciámos parece-nos que, se nos termos da lei preenchidos os respetivos requisitos, assiste à parte lesada o direito a resolver o contrato, será de aceitar que, em fase de negociação tendente a uma revisão do contrato, esta parte lesada suspenda o cumprimento das suas obrigações até à sua revisão/modificação do contrato.

Veja-se a propósito da mora mas num sentido que de alguma forma oferece apoio a esta solução, Pires de Lima e Antunes Varela referem que “Se porém, a alteração das circunstâncias é anterior à mora, não é o simples facto de o devedor ter incorrido em mora que o impede de pedir a resolução ou modificação do contrato.”³²

5.2 Na falta de acordo

E assim se as partes não chegam a acordo sobre a modificação do contrato, a parte que se considera lesada pode intentar uma ação judicial e pedir a resolução ou modificação do contrato.

Requerida a resolução a parte contrária pode opor-se e declarar aceitar a modificação do contrato (art. 437º, nº 2). “Caberá ao tribunal, nesta hipótese, decidir, face ao circunstancialismo do caso, se deve decretar a resolução pedida pelo autor ou proceder à modificação equitativa do negócio. O que o tribunal não pode é alterar *oficiosamente* o pedido de resolução, substituindo-se ao outro contraente na opção pela modificação do contrato.”³³

Conforme refere Galvão Teles a parte lesada pode ainda optar pela resolução extrajudicial do contrato mediante declaração recetícia considerando-se o contrato resolvido logo que a declaração chegue ou seja conhecida do destinatário (art. 224º do Código Civil).³⁴

E Oliveira ascensão salienta que “em abstrato qualquer uma das partes tem legitimidade para requerer a resolução ou modificação do contrato, pois haverá situações em que não há necessariamente uma parte prejudicada e uma parte beneficiada. Pode colocar-se a hipótese de a alteração anormal da base do negócio atingir ambas as partes. Veja-se o exemplo avançado pelo autor: “Pactua-se a prestação de um transporte. Afinal a estrada a que as partes implicitamente associaram a execução vem a ficar bloqueada por desabamento de terras. O serviço só pode fazer-se por estradas secundárias com grandes desvios e maiores despesas. Ambas as partes são atingidas nos seus cálculos. O transportador porque teve em vista um percurso direto e curto. O cliente, porque teve em vista um preço e um tempo, e não os acréscimos a que o desvio obriga.”³⁵

“A modificação, na falta de acordo das partes, deverá ser determinada pelo juiz. Isso implica uma reposição económica do equilíbrio contratual visado pelas partes, que foi quebrado pela alteração anormal das circunstâncias. O equilíbrio visado não representa necessariamente uma repartição igualitária de vantagens e encargos.”³⁶

A lei prevê uma modificação segundo juízos de equidade o que por exemplo em caso de onerosidade excessiva pode levar à redução da prestação pecuniária ou das quantidades a prestar. Este será um caso de modificação quantitativa do contrato.

³² *Op. cit.* nota 2 ao artigo 438º, p. 416.

³³ Pires de Lima e Antunes Varela, *op. cit.*, p. 414.

³⁴ *Op. cit.* nota 314, p. 345.

³⁵ *Op. cit.*, p. 629.

³⁶ Oliveira Ascensão, *op. cit.*, p. 630.

Para Oliveira Ascensão já não será possível uma modificação qualitativa do contrato no sentido de alterar o seu clausulado sem o consentimento da outra parte pois uma cláusula tem sempre fundamento na autonomia privada.³⁷

5. Regime da resolução

Dispõe o artigo 439º que “resolvido o contrato, são aplicáveis à resolução as disposições da subsecção anterior.”, ou seja aplicam-se as disposições da resolução em geral constantes dos artigos 432º a 436º.

A questão que se coloca é terá a resolução efeito retroativo?

E, em caso afirmativo, retroage ao momento da celebração do contrato ou ao momento da alteração das circunstâncias.

O artigo 434º estabelece que a resolução é em princípio retroativa, salvo se a retroatividade contraria a vontade das partes ou a finalidade da resolução.

A este propósito Oliveira Ascensão propende para uma solução de não retroatividade. “(...) não se vê que uma alteração superveniente tenha como consequência adequada a retroatividade, pois o passado não é posto em causa.” Recorde-se que o instituto tem como campo de aplicação contratos de execução continuada ou periódica. Para Oliveira Ascensão “Só poderá pensar-se em retroatividade, por analogia com o art. 434º/2, quando o contrato perder o seu sentido se for cindido da execução futura. Então será possível a retroatividade mas ainda assim com todas as cautelas indispensáveis, de maneira a corresponder à diversidade das situações contratuais que possa ocorrer.”³⁸

6. Natureza do instituto da alteração das circunstâncias

O instituto da alteração das circunstâncias tem natureza supletiva pois caso exista previsão especial na lei para os termos da modificação do contrato, como sucede em matéria de atualização de rendas será este o regime aplicável. Acresce que as partes podem afastar as disposições dos artigos 437º a 439º, e assim atribuírem carácter aleatório ao contrato. Esta solução encontra-se expressamente prevista no Código Civil Italiano (artigo 1469º), bem como nos princípios UNIDROIT³⁹

De acordo com estes princípios, usados no comércio jurídico internacional, estabelece o artigo 6.2 sob a epígrafe “observância do contrato” que “as partes estão adstritas ao cumprimento das suas obrigações, mesmo que a execução se tenha tornado onerosa, sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes relativamente a *hardship*.”

Estabelece-se portanto o princípio da força vinculativa do contrato ou o princípio *pacta sunt servanda* com carácter absoluto. O artigo 6.2.2. define o que se entende por *hardship*.

³⁷ *Op. cit.* p. 630.

³⁸ *Idem.*

³⁹ “Organismo internacional intergovernamental, com sede em Roma, criado em 1926 como um órgão auxiliar das Nações Unidas, foi reformulado em 1940. Os princípios do Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais datam de 1995, tendo sofrido alterações em 2004 e 2010, no entanto, a secção relativa a *hardship* não foi alterada (...)”, in Corrêa Cardoso, A. J. A. Barata (2013), “Alteração abrupta do contexto económico de um país e sua repercussão em Contratos Internacionais – a cláusula de *hardship* e o princípio da alteração das circunstâncias revisitados”, Dissertação de mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito de Lisboa.

7. CONCLUSÃO

Chegados ao final já longo desta intervenção, atenta a sua natureza, é possível concluir que a base do negócio quando alterada com caráter anormal, imprevisível e a exigência das obrigações assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato, permite a recuperação da justiça do conteúdo, como fundamento da vinculatividade do contrato.

O princípio *pact sunt servanda* é um princípio fundamental do direito contratual pela estabilidade que confere a esse instrumento supremo de auto-regulação, auto-determinação. Porém, “O consentimento não basta porque a realidade impõe-se.”⁴⁰

A revisão do contrato por alteração das circunstâncias repõe o equilíbrio do contrato e deve fazê-lo na exata proporção em que as partes se vincularam, atendendo designadamente ao caráter aleatório do negócio.

Julgamos que o instituto em análise não merece uma revisão, quer na sua formulação, quer na sua aplicação. O fundamento para a escolha do tema não recaiu pois na necessidade da sua revisão, recaiu antes na particularidade do tempo histórico em que vivemos. As (im)prováveis escolhas a que assistimos como o Brexit, a eleição de Donald Trump, os crescentes movimentos independentistas e de isolamento nacional, com impacto na economia global podem levar-nos a visitar este instituto, com particular acuidade, na doutrina e na jurisprudência.

BIBLIOGRAFIA

- ASCENSÃO; J. Oliveira (2005), “A onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias”, ROA, Ano 65 Vol. III
- CARVALHO, J. Morais (2016), “Os limites à liberdade contratual”, Coimbra: Almedina,
- COSTA, M. J. de Almeida (2009), “Direito das Obrigações”, 12ª ed. rev. Act., Coimbra: Almedina
- LEITÃO, L. M. Teles de Menezes (2016), “Direito das Obrigações”, Vol. I Introdução – da constituição de obrigações, Coimbra: Almedina
- LIMA, P. e VARELA, A. “Código Civil Anotado”, Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- SERRA, A. P Vaz (1957), “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”, ROA, Ano 59
- TELLES, I. Galvão (2010), “Manual dos contratos em geral”, Coimbra: Almedina, p. 337.
- VEIGA, M. (1999), “A crise de confiança nos contratos”, ROA, Ano 59.

⁴⁰ ASCENSÃO; J. Oliveira, *op. cit.* p. 647.

A INTERPRETAÇÃO E A INTEGRAÇÃO DA LEI FISCAL FACE AO CÓDIGO CIVIL

Rodrigo Maria De Azevedo Soares Cordeiro Da Silveira
Advogado e Docente do IS CET

RESUMO

A importância do Código Civil é transversal no ordenamento jurídico português. A aplicação sistemática dos seus conceitos, institutos e regras nos diversos ramos do Direito confirmam o carácter estruturante do Código Civil.

E, tal como acontece nos demais ramos do Direito, são inúmeras as situações em que o Direito Fiscal encontra no Código Civil – quer por via de remissão expressa e específica, quer por aplicação supletiva – o suporte para a sua construção, interpretação e aplicação.

Nos termos da Lei Geral Tributária, aplicam-se às leis fiscais as regras e os princípios gerais da interpretação das leis, previstos no Código Civil. É patente a tensão existente entre o comando de aplicação geral das regras de interpretação (e da integração) ao Direito Fiscal e o constrangimento imposto por alguns princípios jurídico-constitucionais especialmente aplicáveis ao Direito Fiscal, tais como o princípio da legalidade, na sua acepção ou subprincípio da tipicidade, e o princípio da segurança jurídica, de que decorre o princípio da não retroactividade da lei fiscal.

Com a consagração expressa da proibição da retroactividade da lei fiscal, introduzida na revisão constitucional de 1997, a jurisprudência dos Tribunais superiores e do próprio Tribunal Constitucional evoluiu no sentido da admissibilidade muito restrita da interpretação autêntica, através das leis interpretativas, no âmbito do Direito Fiscal.

Palavras-chave: Código Civil, Direito Fiscal, Interpretação, Integração, Leis Interpretativas.

1. A Interpretação da Lei

Uma vez que as leis se destinam à aplicação a casos concretos, importa determinar o seu exacto sentido e alcance. Ora, a interpretação da lei consiste precisamente no exercício através do qual o intérprete procura atingir o espírito da lei ou o pensamento legislativo. Nas palavras de J. Batista Machado¹: “*A disposição legal apresenta-se ao jurista como um enunciado linguístico, como um conjunto de palavras que constituem um texto. Interpretar consiste evidentemente em retirar desse texto um determinado sentido ou conteúdo de pensamento.*”.

A interpretação da lei é *doutrinal*, quando efectuada por juristas, e será *jurisprudencial*, quando efectuada pelos Tribunais (ou melhor, pelos Juízes, na qualidade de julgadores e aplicadores da lei). Naturalmente, o legislador, enquanto órgão competente para criar a lei, é também competente para interpretar a mesma. Esta interpretação ocorre através de uma nova lei – lei interpretativa – que irá determinar o sentido da lei interpretada. Este tipo de interpretação tem a designação de interpretação *autêntica* e dela falaremos mais adiante. Por fim, uma referência à chamada interpretação *administrativa*, que é feita pela própria Administração Pública através de regulamentos

¹ J. Batista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 5ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 175.

internos (no caso da Administração Tributária é relevante a figura do *Ofício Circular*, enquanto elemento de uniformização interna – dos serviços – da interpretação das disposições tributárias).

As regras gerais e os métodos de interpretação da lei estão consagrados no Código Civil, mais precisamente, no seu artigo 9º. Na solução adoptada pelo Código Civil, “*o intérprete não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstruir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada*” (cfr. artigo 9º, nº 1, do Código Civil). Por outro lado, dispõe o nº 2 do mencionado artigo 9º que “*não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso*”. Daqui decorre que o texto ou a letra da lei acaba por balizar a tarefa interpretativa, pois é o ponto de partida para o intérprete alcançar o espírito ou o pensamento legislativo (elemento interpretativo gramatical), mas é também o seu limite, uma vez que não é admissível uma interpretação que não tenha esse *mínimo de correspondência* com o texto legislativo.

Do nº 1, do artigo 9º, decorre que, na procura do pensamento legislativo (espírito da lei), o intérprete deve ainda socorrer-se dos seguintes elementos interpretativos: (i) o elemento sistemático – onde deve atender à coerência e unidade do sistema jurídico; (ii) o elemento racional ou teleológico – analisando a razão de ser da lei (*ratio legis*), quer em função das circunstâncias em que a lei foi elaborada, quer atendendo às circunstâncias específicas em que deve ser aplicada; (iii) o elemento histórico – através da análise dos “*vestígios arqueológicos*” da lei em causa, nomeadamente, os trabalhos preparatórios.

Deste exercício decorrerá um dos seguintes resultados interpretativos: o intérprete conclui que o espírito da lei corresponde, na exacta medida, ao sentido extraído do texto legal (*interpretação declarativa*); o intérprete conclui que o espírito da lei ou o pensamento legislativo vai além do sentido extraído do texto legal (*interpretação extensiva*); o intérprete conclui que o pensamento legislativo fica aquém da letra da lei (*interpretação restritiva*). Poderá ainda dar-se o caso, mais raro, de o intérprete concluir que o pensamento legislativo não se encontra minimamente retratado no texto legal (*interpretação revogatória ou ab-rogante*), o que julgamos ser apenas admissível em caso de conflito de duas ou mais normas aplicáveis ao mesmo caso, face à mencionada obrigatoriedade do *mínimo de correspondência*. Finalmente, apenas uma referência para a *interpretação enunciativa*, onde, a partir de uma norma, o intérprete infere uma estatuição meramente implícita (utilizando argumentos lógicos como os da *maioria de razão* ou *a contrario*).

2. A Integração da Lei

Enquanto que na interpretação parte-se de uma lei existente para se tentar atingir o seu sentido e alcance, na integração o ponto de partida é a própria inexistência da lei (*lacuna legal*). Na integração, a situação da vida em causa ou em apreciação, sendo merecedora de tutela jurídica, não está consagrada, nem na letra, nem no espírito da lei. Isto acontece na medida em que é impossível ao legislador prevenir ou antecipar todas as situações da vida que merecem regulação normativa.

Ora, o artigo 8º, nº 1, do Código Civil estabelece que “*o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio*”. E isto equivale a dizer que o julgador não poderá recusar-se decidir um determinado conflito que mereça a tutela jurídica, alegando a inexistência de lei que regule essa situação específica.

Por forma a ultrapassar tal obstáculo – colmatação das lacunas legais – o legislador estipulou o recurso à metodologia integradora ou à integração da lei. Desde logo, e como principal meio de se colmatar as lacunas da lei, o legislador previu o recurso à analogia. Nos termos do n.º 1, do artigo 10.º do Código Civil: “*Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos*”. E prossegue o n.º 2, do mesmo artigo 10.º: “*há analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei*”. Ou seja, perante a constatação de inexistência da lei que deveria regular o caso concreto que tem em mãos, o julgador deverá socorrer-se das normas que regulem casos paralelos ou idênticos, em que as razões e fundamentos de tais normas sejam igualmente coincidentes.

Na falta de casos análogos, prevê o n.º 3 do artigo 10.º, que “*a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema*”. Ou seja, subsidiariamente à aplicação analógica o legislador prevê a elaboração de uma norma *ad hoc*. Neste caso, legislador exige que o julgador ultrapasse a lacuna legal, não através de uma mera decisão equitativa, mas recorrendo à elaboração de uma verdadeira norma que, ainda que somente aplicável ao caso concreto, se revista de um carácter geral e abstracto e de uma harmonia com o sistema jurídico, como se destinasse a ser genericamente aplicável.

Apenas uma nota final, nesta questão da integração da lei, para a proibição da aplicação analógica no âmbito das normas excepcionais (ainda que as mesmas comportem a possibilidade de interpretação extensiva), nos termos do artigo 11.º do Código Civil.

3. A interpretação e a integração da Lei fiscal

Em matéria da interpretação da lei fiscal, a Lei Geral Tributária (LGT) começa por fazer uma remissão genérica para as regras e os princípios gerais previstos no Código Civil. Prescreve o artigo 11.º da LGT: “*Na determinação das normas fiscais e na qualificação dos factos a que as mesmas se aplicam são observadas as regras e princípios gerais de interpretação e aplicação das leis*”.

Com esta norma, que regula especificamente a problemática da interpretação das leis fiscais, a LGT pôs cobro a certas teorias de interpretação – algumas históricas – como aquelas assentes nos princípios do *in dubio contra fiscum* e *in dubio pro fisco*, consoante se atribuía à tributação um carácter odioso e a ideia de uma certa extorsão aos particulares ou, posteriormente e de forma inversa, quando afastada a ideia do abuso e do arbítrio em consequência da consagração do princípio do *autoconsentimento* (*no taxation without representation*) se consensualizou a supremacia do interesse geral sobre os interesses particulares.

Refiram-se, ainda, as teorias da *interpretação literal* (em que a relevância da legalidade obrigaria a que as leis fiscais fossem interpretadas apenas em função da sua letra) e da *interpretação económica* (neste caso, a interpretação da lei deveria ter especialmente em conta a essencialidade económica das leis fiscais). Não obstante parecer existir ainda um resquício da interpretação económica no n.º 3, do artigo 11.º, da LGT, quando se refere neste preceito legal que “*persistindo a dúvida sobre o sentido das normas de incidência a aplicar, deve atender-se à substância económica dos factos tributários*”, a verdade é que a interpretação das normas fiscais passou a ser inequivocamente balizada pelos ditames gerais do artigo 9.º, do Código Civil, para lá se remetendo tudo o quanto atrás se disse sobre a interpretação da lei.

Por outro lado, e no que se refere à integração das leis fiscais, a LGT, no artigo 11.º, n.º 4, excepciona a aplicação analógica nas lacunas relativas a normas tributárias abrangidas na reserva de lei da Assembleia da República. Daqui resulta que, relativamente às matérias reservadas à lei em sentido formal – incidência, taxas, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes – fica excluído o recurso à aplicação analógica e, por maioria de razão, à

criação de normas *ad hoc*. Daqui também se infere, *a contrario*, que aplicar-se-ão as regras gerais da integração da lei previstas no artigo 10º do Código Civil, às leis fiscais quando estas não digam respeito a matérias sujeitas à reserva formal da lei ou, por outras palavras, aos elementos essenciais dos impostos.

Nesta fase, será de salientar o carácter estruturante do Código Civil no ordenamento jurídico português. Como vimos, os artigos 9º e 10º – entre muitas outras normas do Código Civil – são verdadeiras *normas de segundo grau*, no sentido em que são “*normas sobre normas que valem para todo o direito, qualquer que seja o ramo em causa*”². No caso, o artigo 9º e, em parte, o artigo 10º, ao terem aplicação nas leis fiscais, ultrapassam não só a fronteira do ramo do Direito Civil, a que pertencem, mas também a “*summa divisio*” entre o Direito Privado e o Direito Público – na medida em que Direito Fiscal é um ramo do Direito Público.

Acontece, no entanto, que as leis fiscais estão sujeitas a certos princípios constitucionais estruturantes do Direito Fiscal, que se impõem desde logo em função do seu grau hierárquico superior. Estes princípios constitucionais acabam por matizar e trazer algumas especificidades e excepções à lei fiscal, nomeadamente nesta matéria da interpretação e integração da lei fiscal, face àquilo que seria uma remissão geral e uma aplicação *tout court* das tais normas de segundo grau – neste caso, dos artigos 9º e 10º do Código Civil.

Já vimos que, no caso da integração da lei fiscal, o legislador optou por proibir a aplicação analógica nas normas tributárias abrangidas pela reserva da Assembleia da República – reserva de lei formal. Esta proibição, que restringe a aplicação, sem mais, do artigo 10º do Código Civil, decorre naturalmente do princípio constitucional da legalidade fiscal, nas acepções (ou subprincípios) do princípio da reserva de lei (formal), nos termos do artigo 165º, nº 1, alínea i), da Constituição da República Portuguesa (CRP), e do princípio da tipicidade, nos termos do artigo 103º, nº 2, da CRP. Nas palavras de José Casalta Nabais: “*Este [princípio da legalidade], ao exigir que a disciplina dos elementos essenciais dos impostos conste da lei (parlamentar), obstará a que o legislador deixasse para o aplicador das leis – sobretudo a administração tributária e o juiz – qualquer possibilidade de colmatação de lacunas, seja através do recurso à analogia, seja por qualquer outro modo de preenchimento de lacunas. Estas, caso se verifiquem, hão-de considerar-se como domínios que o legislador não quis disciplinar, isto é, como lacunas políticas e não como lacunas jurídicas*”³.

No que se refere à matéria da interpretação da lei fiscal, temos alguns constrangimentos resultantes dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da não retroactividade da lei fiscal. Estes constrangimentos ou restrições colocam-se, sobretudo, ao nível de um tipo de interpretação possível, e atrás mencionada, a *interpretação autêntica*. Sobre este tema da interpretação autêntica da lei fiscal falaremos agora mais detalhadamente.

4. As leis interpretativas no Direito Fiscal

Como atrás referimos, o legislador, enquanto órgão competente para a criação das leis, tem naturalmente competência para proceder à interpretação das mesmas. Esta interpretação é designada por *interpretação autêntica* e é feita através da criação de *leis interpretativas*. Assim, quando se constata que existem dúvidas acerca da interpretação de uma lei anterior – muitas vezes com querela doutrinária e com jurisprudência em sentido diverso – o legislador poderá fixar o sentido e alcance daquela lei através de uma nova lei, a mencionada lei interpretativa. E a verdade é que tem-se assistido a um aumento do recurso a leis interpretativas no âmbito do Direito Fiscal, nomeadamente, uma crescente inclusão das mesmas nos orçamentos de Estado. Só na Lei do Orçamento de Estado para 2016 (LOE 2016), verificamos inúmeros exemplos de inclusão de normas em que o legislador

² J. Batista Machado, *Obra Citada*, pág. 173.

³ José Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 218.

declarou expressamente o seu carácter interpretativo, nomeadamente, no que se refere ao Código de IRC, ao Código do Imposto do Selo e ao Código do IMI⁴.

A questão fulcral relativamente às leis interpretativas coloca-se na sua aplicação no tempo, isto é, na sua eventual eficácia retroactiva.

De acordo com o artigo 12º, nº 1, do Código Civil, a lei só dispõe para o futuro. É este o princípio geral. No entanto, prossegue o nº 1 do artigo 12º: “*ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos a que a lei se destine a regular*”. Assim, temos como princípio geral a não retroactividade da lei, mas admite-se que o legislador possa conferir eficácia retroactiva à lei (ainda assim, uma retroactividade de terceiro grau, ou retroactividade normal, porquanto salvaguarda os efeitos já produzidos e, por maioria de razão, as situações já definidas por decisão judicial transitada em julgado⁵).

Ora, nos termos do artigo 13º, do Código Civil, “*a lei interpretativa integra-se na lei interpretada, ficando salvos, porém, os efeitos já produzidos pelo cumprimento da obrigação, por sentença passada em julgado, por transacção, ainda que não homologada, ou por actos de análoga natureza*”. Assim, no entendimento de J. Batista Machado, desde que a lei interpretativa seja verdadeira ou materialmente interpretativa – para tal, cumprindo os dois requisitos, a saber: (i) que a solução do Direito anterior seja controvertida ou pelo menos incerta e (ii) que a solução definida pela nova lei se situe dentro dos quadros da controvérsia, numa das interpretações possíveis dentro dos limites normalmente impostos à interpretação⁶ – a aplicação da mesma a factos passados não implica uma verdadeira retroactividade. Ou seja, na medida em que as evoluções e mudanças de interpretação jurisprudencial relativas a uma norma incerta não constituem efeitos retroactivos, também a lei interpretativa não será substancialmente retroactiva.

Por outro lado, há que distinguir as leis verdadeiramente interpretativas das leis que apenas são formalmente interpretativas. Estas últimas, apesar de designadas ou caracterizadas pelo legislador como sendo interpretativas, não versam verdadeiramente sobre uma questão de direito controvertida e/ou a solução por si definida não se enquadra em nenhuma das hipóteses ou soluções possíveis – e até aplicadas – nessa controvérsia. Neste caso, apesar de formalmente designadas de interpretativas, são leis substancialmente inovadoras, não se lhes aplicando o regime previsto no artigo 13º do Código Civil.

Esta questão – da retroactividade ou não das leis interpretativas – coloca-se com acuidade no âmbito do Direito Fiscal, não só pela crescente utilização destas leis interpretativas neste ramo do Direito, mas também pelo princípio constitucional da não retroactividade da lei fiscal, expressamente consagrado no artigo 103º, nº 3 da CRP, desde a revisão constitucional de 1997. Tal princípio vem igualmente consagrado no artigo 12º, nº 1, da LGT, pese embora aqui tratar-se de uma mera lei ordinária.

Antes de vigorar expressamente na nossa Constituição, o princípio da não retroactividade da lei já se inferia do princípio da Confiança previsto no artigo 2º, da CRP (e, bem assim, do próprio princípio da legalidade). Pelo que, mesmo aqueles autores e aquela jurisprudência que consideravam não existir uma verdadeira proibição absoluta da retroactividade da lei fiscal⁷, aceitavam que tal retroactividade sempre estaria vedada quando fosse intolerável,

⁴ Aditamento do nº 20, ao artigo 88º, aditamento do nº 21, ao artigo 89º e alteração do nº 8, do artigo 117º, todos do CIRC. Alteração ao nº 1, nº 3, e à alínea b), do nº 2, todos do artigo 2º, alteração ao nº 8 do artigo 4º e alteração ao artigo 7º, todos do CIS. Alteração da verba 17.3.4 da Tabela Geral do IS. Alteração dos artigos 3º e 27º, ambos do Código do IMI.

⁵ A este propósito, J. Batista Machado, *Obra Citada*, págs. 226 e 227.

⁶ J. Batista Machado, *Obra Citada*, pág. 247.

⁷ Proibição, essa, então expressamente consagrada no artigo 29º da CRP, no que se refere à lei penal.

afectando de forma inadmissível e arbitrária os direitos e expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos. Cabia, pois, à jurisprudência apreciar, em cada caso, se as *razões imperiosas e de interesse geral* se sobrepunham à tutela dos valores da *certeza e da segurança jurídica*. No que se refere às leis verdadeiramente interpretativas, no âmbito do Direito Fiscal, até à revisão constitucional de 1997, a maioria da doutrina⁸ e da jurisprudência⁹ aceitava a sua aplicação a factos anteriores à sua vigência (com as supra referidas salvaguardas, nomeadamente, dos efeitos das decisões judiciais transitadas em julgado). No caso daquelas leis apenas formalmente interpretativas, a eventual eficácia retroactiva das mesmas teria que passar, casuisticamente, pelo referido crivo da ponderação das tais *razões imperiosas e de interesse geral* e pela garantia de que tal retroactividade não fosse intolerável, afectando de forma inadmissível e arbitrária os direitos e expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos

Com a revisão constitucional de 1997, a Constituição passou a consagrar expressamente o princípio da não retroactividade da lei fiscal no seu artigo 103º, nº 3. Refere o citado artigo: “*Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança não se façam nos termos da lei*”¹⁰. E foi significativa a evolução da própria jurisprudência constitucional desde a modificação do texto da Constituição. Desde logo, a análise casuística da ponderação das acima mencionadas *razões imperiosas e de interesse geral* nas normas de âmbito fiscal, com carácter inovador e com pretendida eficácia retroactiva, deu lugar à absoluta inadmissibilidade e à respectiva declaração da inconstitucionalidade das mesmas. Naturalmente, incluindo-se neste tipo de normas as leis interpretativas *meramente formais*, na medida em que – como vimos – mais não são do que leis inovadoras.

Mas mais, as próprias leis verdadeiramente ou substancialmente interpretativas foram alvo de uma apreciação restritiva, passando a proibir-se a eficácia retroactiva das mesmas, isto é, a sua aplicação a factos anteriores à sua vigência. O Acórdão do Tribunal Constitucional nº 172/00 é paradigmático do exposto.

A questão subjacente e em análise no Ac. do TC nº 172/00 era a de saber se a derrama municipal deveria ser ou não considerada como custo para efeitos de IRC numa liquidação respeitante ao exercício de 1992. À data da liquidação em causa, a redacção do artigo 41º, nº 1, alínea a), do CIRC (que se referia aos encargos não dedutíveis para efeitos fiscais e, entre estes, os impostos que não podiam ser deduzidos) apenas referia o IRC e não a derrama. Acontece que, por força da Lei Orçamental nº 10-B/96, de 23/03, o mencionado artigo 41º do IRC passou a estabelecer que não poderiam ser deduzidos “*O IRC e quaisquer outros impostos que directa ou indirectamente incidam sobre os lucros*”, passando assim a considerar-se como não dedutível a derrama. Mais, a referida Lei Orçamental acrescentou, ainda, no seu artigo 28º, nº 7, que “*a redacção dada à alínea a), do nº 1, do artigo 41º do CIRC tem natureza interpretativa*”.

O Tribunal Constitucional (TC) começa por dizer que, em Acórdãos anteriores do Tribunal Constitucional foi aceite a natureza retroactiva do nº 7, do artigo 28º, da Lei nº 10-B/96, de 23/03, uma vez que à data das decisões recorridas e posteriormente submetidas à apreciação do Tribunal Constitucional, ainda não estava em vigor o estatuído no nº 3 do artigo 103º, da CRP¹¹. No entanto, nos autos deste Ac. nº 172/00, embora a decisão de 1ª Instância tenha sido anterior à entrada em vigor do texto da revisão constitucional de 1997, a decisão do STA, de que foi interposto o recurso para o TC, já foi proferida na vigência da actual redacção do artigo 103º, nº 3 da CRP.

⁸ Neste sentido, Diogo Leite de Campos, Benjamim Silva Rodrigues, Jorge Lopes de Sousa, Glória Teixeira e Casalta Nabais.

⁹ Entre outros: Ac. do TC nº 275/98, de 09/03/1998 e Ac. do TC nº 193/01, de 08/05/2001

¹⁰ Nosso sublinhado.

¹¹ Nomeadamente, no Ac. do TC nº 275/98 de 09/03/1998.

E no decisório deste Acórdão, considerando o TC estar perante uma norma verdadeiramente ou substancialmente interpretativa, julgou-se da seguinte forma:

“... se é verdade que as leis autenticamente interpretativas não abalam, verdadeiramente, as expectativas concretas anteriores dos destinatários das mesmas, no caso de a interpretação tornada vinculativa já ser conhecida e tiver sido mesmo aplicada, todavia, mesmo nesses casos, a vinculação interpretativa que tais leis comportam, ao tornar-se critério jurídico exclusivo da aplicação do texto anterior da lei, modifica a relação do Estado, emitente de normas, com os seus destinatários. A exclusão pela lei interpretativa de outras interpretações propugnadas e já aplicadas noutros casos [...] leva a que o Estado possa a posteriori impedir que o Direito que criou funcione através da sua lógica intrínseca comunicável aos destinatários das normas, permitindo que infira na interpretação jurídica um poder imperativo e imediato que altera o quadro dos elementos relevantes da interpretação jurídica.”

“Nesta medida, poder-se-á entender que a lei interpretativa, ainda que autêntica, ao pretender vigorar para o período anterior à sua emissão, nos termos do artigo 13º do Código Civil, altera o contexto de auto-vinculação dos órgãos de aplicação do Direito ao Direito e, conseqüentemente, afecta a segurança dos destinatários das normas protegidas por uma proibição (constitucional) de retroactividade. Haverá, conseqüentemente, nesta última situação, uma garantia de segurança mais forte inerente à proibição de retroactividade.”

“Ora, a proibição constitucional explícita da retroactividade em matéria fiscal não pode ser interpretada de modo que exclua o sentido forte anteriormente referido de protecção da segurança, ou seja, restritivamente em termos semelhantes à jurisprudência anterior do Tribunal, como se não tivesse sido alterado o texto constitucional e apenas resultasse de princípios gerais, na expressa proibição de retroactividade não pode deixar de estar insita uma garantia forte de objectividade e auto-vinculação do Estado pelo Direito.”

“Deste modo [...] ter-se-á que concluir pela violação da proibição da retroactividade em matéria fiscal (artigo 103º, nº 3, da Constituição) pela norma interpretativa que a si mesma confere eficácia relativamente a factos anteriores à sua entrada em vigor – o questionado artigo 28º, nº 7, da Lei nº 10-B/96, de 23 de Março”.

A importância deste Acórdão nº 172/00 é fulcral, na medida em que vem estabelecer que, não obstante o disposto no artigo 13º do Código Civil – que refere que a lei interpretativa se integra na lei interpretada – fica absolutamente vedada a retroactividade das leis fiscais, mesmo às leis autenticamente interpretativas, proibindo-se a sua eficácia relativamente a factos anteriores à sua entrada em vigor.

Assim, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal Constitucional, deve concluir-se que, na vigência do artigo 103º, nº 3, da CRP, as normas que conferem carácter interpretativo às leis fiscais, devem ser consideradas inconstitucionais, valendo as alterações destas leis fiscais (nomeadamente, aquelas inseridas na LOE 2016) apenas para o futuro.

5. Conclusão

O Direito Fiscal encontra-se efectivamente subordinado a determinados princípios constitucionais, entre outros, o princípio da legalidade, o *princípio da igualdade*, o *princípio da confiança*, o *princípio da não retroactividade da lei fiscal* e o *princípio da tutela jurisdicional efectiva*. Tais princípios têm efectividade – como vimos a propósito do mencionado Acórdão do Tribunal Constitucional nº 172/00 – impondo-se e limitando a aplicação de determinadas regras gerais e orientadoras provenientes do Código Civil, nomeadamente no que se refere à matéria da interpretação e da integração da Lei. No entanto, não deixa de ser manifesta a relevância e a

influência decisiva do Código Civil no Direito Fiscal – quer por via de remissão expressa e específica, quer por aplicação supletiva – enquanto suporte para a sua construção, interpretação e aplicação.

Repete-se: o Código Civil é estruturante de todo o ordenamento jurídico português, extravasando os limites do ramo de Direito Civil a que pertence, e, no que se refere ao Direito Fiscal, ultrapassa até a suprema divisão entre o Direito Privado e o Direito Público.

BIBLIOGRAFIA:

MACHADO, J. Batista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1991

NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 12ª ed., Ediforum, Lisboa, 1999

NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2009

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, *Fiscalidade*, 3ª ed., Almedina, Coimbra 2009

TEIXEIRA, Glória, *Manual de Direito Fiscal*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010

PIRES, Manuel, e Pires, Rita Calçada, *Direito Fiscal*, 4ª ed., 2010

CAMPOS, D. L., Rodrigues, B. S. e Sousa, J. S., *Lei Geral Tributária Anotada e Comentada*, Encontro da Escrita, 2012.

JURISPRUDÊNCIA:

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 275/98, de 09/03/1998

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 172/00, de 22/03/2000

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 193/01, de 08/05/2001