

fiança de que os juizes, por um lado, dependem das orientações e das informações da prática médica para o preenchimento desses conceitos; por outro lado, não exigirão dos médicos mais do que aquela diligência que o mero brio profissional leva os profissionais a exigir de si próprios<sup>(30)</sup>, quando se entregam aos melindrosos e sofisticados cuidados da carne em que se tomaram hoje as simplórias artes de Esculápio.

GUILHERME DE OLIVEIRA

## O ACESSO DOS MENORES AOS CUIDADOS DE SAÚDE

Estas páginas pretendem responder à seguinte pergunta: um menor pode aceder a cuidados de saúde sem o consentimento dos pais ou de outro representante legal?

1. A resposta a esta pergunta deve ser encontrada a partir de duas regras básicas do direito português.

Em primeiro lugar, importa ter presente que os menores estão sujeitos ao poder paternal (art. 1877.º do Código Civil) e, portanto, os pais têm o poder-dever de «velar pela saúde» dos seus filhos (art. 1878.º, n.º 1, do Código Civil). Além disto, os pais têm o poder-dever de «representar» os filhos na prática de actos jurídicos, isto é, têm o poder-dever de se substituírem aos filhos sempre que seja necessário ou conveniente celebrar actos jurídicos de que resultem direitos ou obrigações para os representados. Mas é preciso averiguar quais são os limites do poder paternal.

Em segundo lugar, importa tomar em consideração a regra contida no art. 38.º do Código Penal, que reconhece eficácia ao consentimento prestado por quem tenha mais de catorze anos e possua o discernimento neces-

sário para avaliar o sentido e alcance desse consentimento. Mas é necessário averiguar qual é o relevo desta norma para além do âmbito do direito penal.

2. Acerca dos limites do poder paternal, deve ter-se em consideração que o poder paternal é um poder-dever atribuído aos pais por causa da incapacidade natural dos menores e para defesa dos interesses dos filhos — é um poder conferido na medida do necessário para a protecção dos menores. Isto é: à medida que os menores vão crescendo, a intervenção protectora dos pais vai-se tornando desnecessária e, portanto, os poderes dos pais vão-se restringindo ao estritamente necessário. É assim que o Código Civil afirma que, «de acordo com a maturidade dos filhos, [os pais] devem ter em conta a sua opinião (...) e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida» (art. 1878.º, n.º 2). Portanto, a medida dos poderes e da intervenção dos pais reduz-se progressivamente até aos dezoito anos, com uma redução rápida na fase final da relação de poder paternal, motivada pelo desenvolvimento acelerado da adolescência.

Nesta conformidade, encontramos várias normas que reconhecem plena capacidade de decisão aos menores — a que chamamos casos de «maioridades especiais». Refiro-me ao art. 1886.º, que dá poderes de decisão livre, em matéria de escolha de religião, ao jovem com dezasseis anos; ao art. 1901.º, n.º 2, que obriga o juiz a ouvir a opinião do menor que tenha catorze anos, quando tiver de dirimir um desacordo entre os progenitores, em assuntos importantes relativos ao exercício do poder paternal; ao art. 1981.º, n.º 1, alínea a), que exige o consentimento do adoptando com mais de doze anos; ao art. 1931.º, n.º 2, que manda pedir opinião, ao menor com mais de catorze anos, sobre quem há-de ser o seu tutor; ao regime da lei e da portaria sobre educação sexual e planeamento familiar, que admite o acesso livre às consultas, sem restrições, como a que resultaria da necessidade de uma autorização prévia dos pais<sup>(1)</sup>; ao regime da inter-

(1) Em 1980, a Procuradoria-Geral da República foi chamada a pronunciar-se e respondeu que «Na falta

rupção voluntária da gravidez, que dá o poder de decisão à grávida com dezasseis anos. Refiro-me ainda à conhecida norma que dá aos menores capacidade de exercício de direitos, para a prática de actos jurídicos de «pequena importância» (art. 127.º do Código Civil).

3. O segundo pilar da solução deste problema é a citada regra do Código Penal, cujo valor principal foi o de estabelecer um critério quanto possível nítido que permita saber quando é que o médico pode (e deve) intervir sem estar perante uma vontade autónoma e quando, pelo contrário, está perante um paciente capaz de se autodeterminar, capaz de decidir livremente se tolera<sup>(2)</sup> ou não tolera a intervenção no seu corpo. O art. 38.º, n.º 2, define essa fronteira essencial para se ajuizar sobre a aplicação do tipo legal de crime de «Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários»<sup>(3)</sup>.

de autorização expressa dos pais ou dos representantes legais, deve ser negado aos menores não emancipados o acesso às consultas de planeamento familiar». Porém, creio que a Lei n.º 3/84, de 24 de Março, adoptou uma orientação diversa quando estabeleceu, no art. 5.º, que «é assegurado a todos, sem discriminações, o livre acesso às consultas e outros meios de planeamento familiar». Um ano depois, a Portaria n.º 52/85, de 26 de Janeiro, regulamentou os chamados centros de atendimento para jovens e previu o acesso, «sem quaisquer restrições», de «todos os jovens em idade fértil». Salvo erro, pois, ficou aberta uma importante excepção à sujeição dos menores ao poder paternal, nesta matéria relativa à informação sexual e à contracepção.

(2) A expressão e a ideia são de ORLANDO DE CARVALHO que, distinguindo os tipos de consentimento — vinculante, autorizante e tolerante — afirmou que é este consentimento tolerante que está referido na regra do Código Penal; e que este tipo de consentimento escapa às regras previstas para os negócios jurídicos acerca da capacidade negocial e do respectivo suprimento através do poder paternal (*Teoria Geral do Negócio Jurídico*, policopiado, Coimbra, Centelha, 1981, p. 183-4).

Em última análise, é sobre a ideia de ORLANDO DE CARVALHO que assentam estas páginas.

(3) A lei penal contém o tipo legal de crime de intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art. 156.º) para punir o médico que realize uma intervenção que não tenha sido previamente autorizada pelo paciente. Este tipo legal pretende assim tutelar a livre disposição do corpo, a liberdade de decisão sobre a submissão a um tratamento. Sendo assim, tratando-se de um tipo legal de crime que pretende evitar a violação da liberdade, a violentação de uma pessoa autónoma, ele só pode ser cometido quando o paciente for portador de uma capacidade de vontade autónoma; pelo contrário,

Podemos, pois, afirmar que o sistema jurídico português usou um dos seus instrumentos mais potentes e rigorosos para dizer que os menores que tenham catorze anos e possuam o discernimento suficiente são capazes de formar uma decisão sobre as intervenções médicas sobre a sua pessoa, no exercício da liberdade de se autodeterminarem em matéria de cuidados de saúde.

4. Ora, se no direito civil não encontramos uma enunciação clara desta fronteira entre a incapacidade e a autonomia para decidir sobre o acesso a consultas de DPN ou para o acesso a outras intervenções clínicas, parece-me que se deve dar um relevo geral à norma do Código Penal que reconhece a autonomia dos jovens com catorze anos e com o discernimento suficiente. De facto, seria muito estranho que o ramo do direito que está mais preocupado com a defesa da liberdade e a autodeterminação ficasse satisfeito com o livre consentimento prestado por um jovem de catorze anos e, simultaneamente, o direito civil entendesse que o mesmo jovem, no mesmo caso, carecia da protecção dos pais, que decidiriam em vez dele! Penso que esta solução criaria uma desarmonia injustificada no nosso sistema jurídico.

O art. 38.º, n.º 3, do Código Penal, aliás, está perfeitamente de acordo com o princípio de que os menores devem ter uma autonomia progressiva (art. 1878.º, n.º 2, do Código Civil) e apenas concretizou a idade a partir da qual os menores escapam à necessidade e à intervenção protectora do poder paternal, em assuntos relacionados com a assistência médica: Essa norma criou, em termos gerais, uma «maioridade especial», uma maioridade para o acesso a cuidados de saúde<sup>(4)</sup>.

5. Este valor amplo que se pode reconhecer à norma do Código Penal, porém, não tem de significar uma amputação completa do poder paternal, em matéria de cuidados de

não pode violentar-se uma vontade que não é autónoma, capaz de se autodeterminar.

(4) Sem prejuízo de normas especiais, como a do art. 142.º do Código Penal, n.º 3, alínea b), que estabelece a idade mínima de 16 anos para se dar um «consentimento tolerante» válido para a interrupção voluntária da gravidez.

(30) As poucas decisões que os nossos tribunais proferiram contra médicos mostram que os profissionais condenados actuaram claramente abaixo de um grau de diligência normal.

saúde. De facto, tudo o que a referida norma impõe é que nos bastemos com o «consentimento tolerante» do menor, em termos de não considerar ilícita a intervenção médica sobre o seu corpo, que o menor autorize. Assim, os detentores do poder paternal devem conservar os poderes que sobram para além disso, designadamente, devem manter os poderes de representarem o menor na realização de actos jurídicos de que resultem obrigações para o filho (como o internamento hospitalar, o pagamento de honorários) em que se trata de prestar «consentimentos vinculantes» ou «autorizantes».

6. Tem ainda de reconhecer-se que a intervenção do médico, autorizada pela vontade autónoma do menor com mais de catorze anos, tem de ser acompanhada pelas garantias gerais de confidencialidade, pela protecção do segredo médico, mesmo relativamente aos pais. De facto, se o menor tem o poder de decidir sobre a intervenção, em homenagem à sua autonomia, também merece gozar das garantias acessórias, como a do segredo. Concebe-se facilmente, porém, que o médico procure o consentimento do menor para revelar a intervenção aos titulares do poder paternal, na medida em que precisar de garantir o apoio deles para a prestação dos cuidados ao filho, e para a prática de actos jurídicos, no interesse do menor, cuja competência cabe aos pais. Concebe-se mesmo que, perante a eventual obstinação do menor em manter o segredo<sup>(6)</sup>, o médico entenda que a revelação aos pais é necessária para garantir novas intervenções e cuidados que se mostrem indispensáveis para defender interesses do próprio menor, superiores ao da defesa da confidencialidade. A justificação da quebra do segredo médico assentará, pois, nas regras conhecidas da «colisão de direitos» (art. 335.º do Código Civil) e do «direito de necessidade» ou do «conflito de deveres» (arts. 34.º e 36.º do Código Penal).

7. Se o menor não tem catorze anos, ou não tem o discernimento suficiente, o poder

<sup>(6)</sup> Esta situação parece bem verosímil, sobretudo se as intervenções clínicas se referem a áreas de liberdade e de confidência familiar, como as da toxicodpendência e da sexualidade.

paternal impõe-se com todo o seu valor de protecção, sem restrições significativas, derivadas da maturidade do filho e do respeito pela sua autonomia. Assim, julgo que as intervenções de saúde devem ser precedidas pelo consentimento dos detentores do poder paternal<sup>(6)</sup>.

Devem ressaltar-se, é claro, as hipóteses de urgência, em que o médico não consegue, em tempo útil, pedir e obter o consentimento dos pais; nestes casos, a obrigação geral dos médicos — que é a de tratar — e o interesse do menor de ser tratado, levam a que se torne lícita a intervenção clínica, sem mais.

Devem também ressaltar-se as hipóteses em que, pedida a autorização aos pais, estes a neguem com evidente prejuízo da pessoa do menor. Trata-se de casos em que se justifica a limitação do poder paternal, nos termos da lei, para que o tribunal se substitua aos pais na autorização necessária.

Esta última conclusão — que mostra a prevalência da recta intervenção clínica em detrimento da vontade dos progenitores — pode levar a sugerir que mais valia entregar-se a decisão logo aos médicos, sem necessidade de mediação do consentimento pais. Creio, porém, que é necessário respeitar o poder paternal até onde for possível. A Constituição da República deu-lhe a máxima dignidade (art. 36.º, n.ºs 5 e 6) num local sistemático que atribui ao poder paternal uma grande força jurídica, com aplicabilidade imediata, vinculando entidades públicas e privadas (art. 18.º, n.º 1); e em outras passagens da lei fundamental mostra-se que o Estado tem uma função adjuvante relativamente ao papel dos progenitores (p. ex., art. 67.º, n.º 2, alínea c)). E se é verdade que a tutela da saúde e da vida do menor ainda tem mais valor do que o exercício do poder paternal — de tal modo que aquele valor prevalecerá sempre sobre o papel dos pais — nada justifica que não se tente harmonizar os dois valores constitucionalmente protegidos, por forma a respeitar ambos até onde for possível.

<sup>(6)</sup> É certo que a falta de cumprimento desta exigência não implica responsabilidade penal — porque não há uma previsão típica neste sentido; mas deve implicar responsabilidade civil, quanto mais não seja pelo dano moral que resulta da falta de respeito dos poderes dos pais.

8. Se for assim, e em conclusão, poderemos sustentar as seguintes afirmações:

a) Os menores, de qualquer idade, podem prestar consentimento para todos os actos de assistência médica que se revistam de pequena importância e que estejam, por isso, ao alcance da sua capacidade natural.

Esta legitimidade para consentir livremente fundamenta-se no preceito do Código Civil (art. 127.º, n.º 2) que, embora esteja previsto apenas para actos de conteúdo patrimonial, pode aplicar-se, por analogia, aos actos de natureza pessoal de pequeno relevo.

O consentimento pode mesmo ir além da mera tolerância das intervenções para abranger as formas de consentimento que envolvam compromissos jurídicos, como a aquisição do serviço de desinfeção de uma ferida ligeira, e o pagamento módico desse serviço, numa clínica particular.

b) Se o menor ainda não tiver atingido os catorze anos e os actos de assistência tiverem um relevo que exceda «a pequena importância», o consentimento para as intervenções tem de ser pedido aos titulares do poder paternal. O menor ainda não pode ser tratado com autonomia e os pais têm o poder-dever de se substituírem à pessoa do filho, no interesse deste e para sua protecção.

Abrangem-se aqui os actos que envolvam compromissos jurídicos e também os que signifiquem uma simples tolerância da intervenção sobre o corpo.

c) Se o menor tiver catorze anos ou mais, e tiver o discernimento necessário, a regra estabelecida no Código Penal leva a permitir que o menor seja tratado como adulto no que se refere às intervenções clínicas sobre o seu corpo, que envolvam mera tolerância da intervenção, isto é, que não façam nascer com-

promissos jurídicos do menor e direitos subjectivos relativamente a este.

Os actos que envolvam compromissos deste tipo continuam a ficar sob a protecção do poder paternal e devem ser os pais a tomar o lugar do menor para os assumir validamente.

Assim, por exemplo, o consentimento para uma operação será pedido só ao menor que a vai sofrer, mas o compromisso de pagar os honorários, a medicação e o internamento, cabe exclusivamente aos titulares do poder paternal.

d) Sempre que os menores tiverem o direito de consentir com autonomia, gozam também da protecção geral que resulta do segredo acerca da intervenção. Em casos especiais, todavia, o médico pode entender que deve revelar as informações clínicas aos pais: tratar-se-á dos casos em que o menor carece de intervenções subsequentes que têm de ser acompanhadas pelos progenitores, tanto porque este acompanhamento é tecnicamente indispensável, como porque envolve a assunção de compromissos jurídicos e financeiros necessários para a defesa dos interesses superiores do próprio menor. Nestes casos, o prejuízo que resulta da revelação das informações clínicas aos pais estará justificado pela defesa de interesses superiores do menor (?).

GUILHERME DE OLIVEIRA

<sup>(?)</sup> O Despacho n.º 9108/97, da Ministra da Saúde (*Diário da República*, II Série, de 13-10-97), sobre a realização de testes de biologia molecular, não segue a orientação proposta nestas páginas: com efeito, os exames sobre menores devem ser sempre precedidos de autorização dos pais (7.1), salvo quando se trate de testes para diagnóstico do estado de heterozigotia ou de diagnóstico pré-sintomático em que não haja intervenção médica possível para minorar, atrasar ou impedir as consequências clínicas, casos em que os exames podem ser pedidos por um «jovem com o objectivo de constituir família» (7.2.b), parte final) — o que parece significar a dispensa da intervenção dos pais, uma excepção ao regime-regra.

## Secção de jurisprudência

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão de 9 de Janeiro de 1997

Sumário: — I. A presunção decorrente do registo não prevalece sobre a presunção decorrente de

posse anterior (art. 1268.º, n.º 1, do Cód. Civil). II. A posse é integrada por dois elementos: o «corpus», que consiste no domínio de facto sobre uma coisa; e o «animus», que é a intenção de exercer sobre a coisa, como seu titular, o direito real correspondente ao domínio do facto. — III. Em caso de