

CANOTILHO e um outro anotado por MANUEL PORTO.

Na área do direito privado, foram quatro os acórdãos comentados por ALMEIDA COSTA, quatro por HENRIQUE MESQUITA, um por SINDE MONTEIRO, três por PINTO MONTEIRO e um último por nós analisado.

6. *Saudação final aos leitores da publicação.* Queremos por fim endereçar as habituais saudações do corpo redactorial da *Revista* aos seus assinantes e assíduos leitores.

Não se trata da simples repetição de um ritual imposto pela frívola praxe coimbrã, mas da expressão sincera de um profundo sentimento de gratidão, que convive com os mortais nas próprias aras da cultura.

São muitos os que partem, do lado de lá e também do lado de cá, deste elo de ligação que periodicamente nos une, levados pelo tempo que cegamente não esco-

lhe pessoas, nem sequer idades respeita. Mas não secam a fonte dos valores que eternamente atraem os homens na área do pensamento e modelam a própria beleza moral e estética da sua vida.

7. *Preço de assinatura.* Para concluir, assentando bem os pés nas realidades pragmáticas da existência terrena, advertir-se-á o leitor de que, pela primeira vez, desde há bastantes anos a esta parte, o pequeno arredondamento feito no preço de assinatura da *Revista* se destina, não apenas a cobrir os pequenos agravamentos de custo da edição e distribuição da publicação, mas também a beneficiar de algum modo a remuneração dos seus colaboradores, aproximando-a dos padrões por que hoje se rege, no mercado de trabalho, o pagamento do próprio trabalho editorial.

ANTUNES VARELA

## Secção doutrinal

### O DIREITO DO DIAGNÓSTICO PRÉ-NATAL (1)

#### 1. A legislação vigente

Há poucas regras especiais, no sistema jurídico português, sobre o diagnóstico pré-natal. Quase não há também discussão na doutrina, não há sentenças nos tribunais, nem ensino sobre este tema nas Faculdades de Direito.

A Lei n.º 3/84, de 24 de Março, contém uma referência implícita ao diagnóstico pré-natal quando organiza as consultas de educação sexual e planeamento familiar e determina que se façam «acções de aconselhamento

genético e conjugal». Esta imposição parece exigir, sobretudo, que se façam averiguações tendentes a permitir o diagnóstico pré-natal sob a forma do diagnóstico pré-concepcional.

Muito mais tarde, em 6 de Agosto de 1997, a Ministra da Saúde publicou o Despacho n.º 5 411, que definiu algumas regras de organização das unidades de saúde envolvidas no diagnóstico pré-natal e, por outro lado, definiu os princípios orientadores desta actividade (2).

(1) «3. a) As técnicas invasivas apenas se devem realizar se existir uma grande probabilidade de se detectar uma anomalia congénita grave; b) A colheita de produtos embrionários e fetais deve ser sempre precedida por uma consulta de aconselhamento genético, cujos objectivos são informar e esclarecer o casal sobre os exames, os riscos inerentes à sua realização, as suas limitações e as implicações dos resultados; c) As grávidas que pretendam realizar as técnicas invasivas devem dar o seu consentimento livre e esclarecido e, sempre que possível, por escrito; d) A decisão de realizar ou não a interrup-

Por último, e para além da disciplina da interrupção voluntária da gravidez (arts. 140.º a 142.º do Código Penal), deve ter-se em conta a Portaria n.º 189/98, de 21 de Março, que estabelece o procedimento tendente à realização da interrupção voluntária da gravidez, desde a verificação nos casos de IVG não punível e do funcionamento da Comissões Técnicas de Certificação dos casos de «indicação fetopática» (3), até à previsão do concurso de outras instituições ou outros profissionais, de tal modo que o exercício da objecção de consciência não prejudique o direito que a mulher grávida tenha de interromper a gravidez dentro dos prazos legais (4).

Isto não significa que não haja enquadramento jurídico deste problema — de facto, as regras gerais que disciplinam a actividade médica orientam a maior parte das soluções necessárias. Creio que não é o caso, no que diz respeito à utilização das técnicas de DPN para prova da paternidade biológica.

As regras gerais sobre a prova pericial e, especificamente, o art. 1801.º do C.C., poderiam facilmente sugerir que as técnicas de DPN e as suas conclusões seriam um meio de prova

admissível nas acções de filiação, pois que se trata de «métodos cientificamente comprovados». Seriam usados no contexto de uma produção antecipada de prova (arts. 520.º e segs. do C.P.C.)

Porém, as técnicas de DPN relevantes para este efeito são invasivas e, portanto, susceptíveis de provocar aborto numa certa percentagem de casos. Não parece razoável utilizá-las para meros efeitos probatórios quando há outros meios de prova seguros, porventura realizados em ocasiões posteriores mas sem qualquer risco para o filho. Aliás, a prática médica é certamente contrária a esta utilização do DPN, que só se usa quando os riscos são compensados por um benefício maior, traduzido no diagnóstico de uma anomalia congénita grave — cfr., neste sentido, o Despacho n.º 5411/97 citado, 3 a).

#### 2. O acesso aos serviços de DPN

##### a) Acesso de grávidas adultas e juridicamente capazes

Se tomássemos à letra o texto do art. 64.º da Constituição da República, diríamos que todas as mulheres teriam um direito igual de aceder às consultas de DPN, independentemente das suas necessidades reais relativamente a este tipo de cuidados de saúde. Mas não é assim. Todos os «direitos a prestações do Estado» reconhecidos pela Constituição são realizados «sob reserva do possível» (5), no quadro da universal escassez de meios, que apela para a ponderação das necessidades dos utentes. Assim, a prática médica universal recomenda — e o Direito aceita — uma definição prévia de certas categorias de mulheres pertencentes a «classes de risco» a quem se dá um acesso preferencial (6); sem prejuízo da

ção de gravidez face aos resultados dos exames de diagnóstico pré-natal cabe à mulher; e) Os procedimentos devem realizar-se sempre sob a responsabilidade de um médico; f) Os serviços que realizam as actividades de diagnóstico pré-natal devem estar acreditados para este fim; g) Sendo o diagnóstico pré-natal uma sequência de procedimentos, deve estar garantida em cada instituição a totalidade da prestação de cuidados desde o aconselhamento genético até à interrupção da gravidez no quadro legal vigente; h) Deve ser garantida a confidencialidade das informações fornecidas pelas famílias e das conclusões obtidas através dos exames de acordo com a lei».

(3) FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Comibricense do Código Penal*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 184.

(4) Art. 2.º, n.º 2: «Os atestados, relatórios e pareceres médicos legalmente exigidos deverão ser obtidos antes do prazo legalmente previsto para a interrupção da gravidez e em tempo útil à sua eventual realização dentro dos referidos prazos». E «os estabelecimentos em que a existência de objectores de consciência impossibilite a realização da interrupção da gravidez nos termos e prazos legais devem desde já providenciar pela garantia da sua realização, adoptando as adequadas formas de cooperação com outros estabelecimentos de saúde ou com profissionais de saúde legalmente habilitados, assumindo os encargos daí resultantes» (art. 5.º).

(5) VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 201.

(6) O citado Despacho n.º 5 411 define estas classes: a) Idade superior a 35 anos; b) Filho anterior portador de cromossomopatia; c) Progenitor portador de cromossomopatia equilibrada; d) Suspeita ecográfica de anomalia congénita fetal; e) Alteração dos valores dos marcadores serológicos maternos; f) Risco elevado de reconcórdia de doença genética não cromossómica; g) Risco elevado de defeito teratogénico (infeccioso, medicamentoso ou outro).

(1) Texto de uma palestra feita no âmbito do 2.º Curso de Medicina Fetal, na Maternidade Bissaya Barreto, em 18-12-98.

admissão de outras mulheres que apresentem um quadro clínico que recomende a prestação deste tipo de assistência (7). Isto significa que os serviços não têm a obrigação de praticar o DPN a requerimento de qualquer mulher que não se inclua numa classe de risco, nem apresente um quadro clínico que recomende o acesso a estas prestações médicas. E não importa, para este efeito, que uma grávida excluída dos serviços venha a demonstrar que deu à luz um filho com malformações ou defeitos genéticos graves, que teriam sido detectados no DPN e teriam podido conduzi-la a uma interrupção da gravidez não punível. O resultado eventual e infeliz não será imputável à omissão da realização do DPN, desde que não houvesse dúvidas sobre a ausência de indicação clínica para incluir a grávida nos grupos que, segundo um julzo técnico dos médicos, devem beneficiar desta prestação de saúde.

O carácter finito dos recursos em geral — que tem ficado bem patente na iminência de ruptura dos sistemas de saúde — e a escassez dos meios de DPN parecem suficientes para justificar este acesso selectivo. Mas pode acrescentar-se um argumento adicional que é específico deste âmbito clínico. Com efeito, a prática de certos meios invasivos de DPN comporta um certo risco de interrupção espontânea da gravidez que só deve correr-se quando o risco de surgimento de uma anomalia no feto ainda é maior; por outras palavras, quando a mulher não sugerir um risco considerável de gerar um feto com anomalia, o que avulta é o risco provocado pela prática de técnicas invasivas de DPN, que conduzem, estatisticamente, à eliminação de alguns fetos saudáveis. Nestas condições, é inteiramente razoável não praticar certas formas habituais de DPN em quem não corre verdadeiros riscos.

b) *Acesso de grávidas menores ou incapazes* (8)

Se a grávida ainda não tiver atingido os catorze anos, ou for incapaz, o consentimento

para a intervenção tem de ser pedido aos titulares do poder paternal. A menor não pode ser tratada com autonomia e os representantes legais têm o poder-dever de se substituírem à pessoa dos representados, no interesse destes 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.

Se a grávida tiver catorze anos ou mais, e tiver o discernimento necessário, a regra estabelecida no art. 38.º, n.º 2, do Código Penal, leva a permitir que ela seja tratada como adulta no que se refere às intervenções clínicas sobre o seu corpo, que envolvam mera tolerância da intervenção, isto é, que não façam nascer compromissos jurídicos do menor e direitos subjectivos relativamente a este (9).

Nestes casos em que as grávidas menores tiverem o direito de consentir com autonomia, gozam também da protecção geral que resulta do segredo acerca da intervenção, mesmo relativamente aos pais. Admite-se, todavia, que o médico ache indispensável revelar as informações clínicas aos progenitores, contra a vontade da menor, designadamente nos casos em que a grávida carece de intervenções subseqüentes 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 da própria grávida. Nestes casos, o prejuízo que resulta da revelação das informações clínicas aos pais estará justificado pela defesa de interesses superiores da menor.

c) *Acesso condicionado a aceitação prévia da IVG*

Suponho que se tem discutido, entre os profissionais, a questão de saber se se pode

(9) Os actos que envolvam compromissos deste tipo continuam a ficar sob a protecção do poder paternal e devem ser os representantes legais a tomar o lugar da menor para os assumir validamente — refiro-me aos compromissos de pagar honorários, medicação, internamento, que cabem exclusivamente aos titulares do poder paternal.

(7) Como um quadro de especial ansiedade que possa ter efeitos nocivos sobre a gravidez, segundo informações dos especialistas.

(8) Veja-se o meu «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», neste número da Revista.

submeter a admissão de uma grávida ao DPN à condição de ela consentir na interrupção da gravidez, no caso de os resultados positivos virem a colocá-la numa das situações legais de interrupção não punível.

Os argumentos em favor do estabelecimento da condição têm sentido.

Se a mulher grávida recusa, por princípio, uma IVG, não deve sujeitar-se ao DPN, pois que este comporta uma possibilidade conhecida de risco de interrupção espontânea da gravidez que afectará, aliás, principalmente, fetos saudáveis; quem não tolera, em qualquer caso, uma interrupção não deve sujeitar-se ao risco que resulta do DPN.

Acrescenta-se ainda que, se uma grávida rejeita liminarmente tirar consequências de um resultado infeliz, que poderia suscitar uma interrupção não punível, vai usar o serviço de uma forma inútil, apenas para satisfazer uma curiosidade, com prejuízo para outras mulheres que estão em lista de espera.

Apesar da valia destes argumentos, creio que não se pode estabelecer a condição de IVG para o acesso das grávidas ao DPN. Com efeito, as decisões de sujeição ao DPN e de interrupção voluntária da gravidez são duas decisões diferentes, com pressupostos e consequências diversas. Quando a grávida pertencente a um grupo de risco decide aceitar o DPN que lhe é proposto, sabe que tem uma grande probabilidade de estar a gerar um feto saudável e sabe que o risco de aborto espontâneo, resultante da utilização da técnica, é menor do que o risco de o seu filho vir a sofrer de malformações ou doenças genéticas. De um modo diverso, quando a grávida fica posta perante um resultado infeliz do DPN, sabe que o feto sofre de malformação ou doença genética grave e sabe que a decisão que pode tomar é a da eliminação do feto.

As duas decisões têm de ser tomadas com liberdade e com esclarecimento. Ora, no momento em que a grávida se presta a fazer um DPN, não sabe que o feto sofre de malformação ou doença genética, não sabe qual é o grau de severidade do defeito, em suma, não está ainda a viver plenamente a situação delicadíssima em que se tomam as decisões relativas à interrupção voluntária da gravidez. Só poderia prestar um consentimento anteci-

pado, com base em probabilidades ainda não concretizadas. Um consentimento assim não parece ser verdadeiramente informado. Só um consentimento actual, em face das circunstâncias conhecidas, pode ser considerado um consentimento informado.

Sendo assim, poderíamos dizer que o consentimento antecipado para a interrupção da gravidez não respeitaria as exigências expressas pelo art. 157.º do Código Penal, e não seria, portanto, um consentimento eficaz, um consentimento suficiente para justificar a intervenção médica.

Por outro lado, a subordinação do acesso ao DPN à condição de aceitar antecipadamente a IVG deixaria de fora as grávidas de risco que tivessem relutância em aceitar a interrupção, sobretudo num momento em que ainda não sentem verdadeiramente o desgosto e a responsabilidade de gerar um feto doente. Esta exclusão, porém, contraria as regras técnicas que recomendam a prestação deste serviço às mulheres que integram os chamados «grupos de risco» que se encontram definidos, no nosso país, pelo citado Despacho n.º 5 411. Não seria de estranhar que esta exclusão fosse julgada inconstitucional, por violar o «direito à saúde», pois essa exclusão afastaria desta prestação médica uma mulher que pertencia aos grupos para quem ela está sobretudo destinada.

Creio, pois, que não pode subordinar-se a oferta do diagnóstico pré-natal ao consentimento antecipado para uma interrupção da gravidez.

### 3. Deveres dos médicos

a) Valem para este tipo de intervenção as regras que se impõem em todos os actos clínicos.

Vale, em primeiro lugar, um dever de proferir o diagnóstico pré-natal.

O direito constitucional de cada cidadão às prestações de saúde abrange a organização progressiva de cuidados médicos, segundo os conhecimentos da ciência e as disponibilidades do país. Desde que foi possível montar serviços capazes de proporcionar o diagnóstico pré-natal, cada serviço assume o dever de proferir este exame — se não a todas as mulheres

grávidas; ao menos às grávidas que possam incluir-se numa classe de risco.

Isto quer dizer que a omissão do exame relativamente a uma dessas mulheres constitui um acto de mau exercício da medicina, porventura capaz de fundamentar responsabilidade jurídica, como se dirá adiante.

Vale aqui, também, um dever de informar.

Como em qualquer outro acto médico, há um dever jurídico de informar a grávida das finalidades da intervenção, dos riscos que o exame implica para a mulher e para o feto, dos resultados típicos possíveis (ausência de anomalias, anomalia ou doença pequena ou grave, etc.) e das medidas subsequentes possíveis (terapêuticas ou interrupção da gravidez). Quando estão em causa suspeitas de anomalias genéticas, o dever de informar toma a feição do chamado «aconselhamento genético».

Este dever de informar — e os deveres subsequentes — fundamentam-se no direito dos indivíduos à integridade física e moral e no direito à autodeterminação nos cuidados de saúde.

Como em qualquer acto médico, tem de cumprir-se o dever de verificar se a grávida entendeu as informações prestadas.

A informação deve ser dada para que a interessada decida submeter-se à intervenção em plena consciência. A decisão só será devidamente esclarecida se o médico conseguir efectivamente fornecer os elementos essenciais sobre que ela vai assentar. E como o dever de informar pertence ao médico, é ele que tem o encargo de confirmar que o doente captou os esclarecimentos necessários.

Se um paciente toma uma decisão que não assenta sobre informações suficientes, de tal modo que decidiria de outro modo se estivesse esclarecido, o seu consentimento para o acto médico pode ser anulado e a intervenção clínica pode ser tratada como uma intervenção «arbitrária» que pode gerar responsabilidade jurídica.

Vale aqui, como seria de esperar, o dever geral de obter o consentimento prévio do doente.

O cumprimento dos deveres referidos acima é meramente instrumental, serve para garantir a satisfação deste preliminar necessário da relação clínica. Na verdade, é o con-

sentimento do doente, livre e esclarecido, que legitima a prática do acto médico que, de outro modo, constitui um acto ilícito do ponto de vista do direito civil e constitui um crime de «intervenção arbitrária» do ponto de vista do direito penal.

Falando do exercício da medicina em geral, não há necessidade jurídica de obter um consentimento escrito. No caso específico do DPN, porém, o citado Despacho da Ministra da Saúde, n.º 5 411, impõe que o consentimento da mulher grávida seja prestado «sempre que possível, por escrito»<sup>(10)</sup>. Assim, os médicos que actuem no quadro de serviços dependentes do ministério da saúde estão obrigados a cumprir esta determinação da hierarquia dos serviços e devem recolher o consentimento das mulheres grávidas por escrito, salvo quando se mostre que isso é impossível, como nos casos de a grávida ser incapaz de entender e querer, ou incapaz de assinar.

Vigora aqui também o dever de revelar o resultado ao interessado, e o dever de sigilo relativamente a estranhos.

Trata-se, em primeiro lugar, de satisfazer o direito a uma informação plena dos dados clínicos pessoais, e este direito constitui uma faceta da autonomia pessoal, da livre determinação da personalidade em matéria de cuidados de saúde. As restrições geralmente admitidas — em que o médico deve guardar reserva sobre os resultados — fundam-se na necessidade clínica de poupar a doente a um sofrimento tão grande que possa causar-lhe um dano grave na saúde, ou mesmo pôr em perigo a sua vida (Código Penal, art. 157.º, parte final).

Também valem as regras gerais que estabelecem a confidencialidade dos dados obtidos pelo médico. O citado Despacho n.º 5 411 menciona expressamente este dever de guardar segredo não só dos resultados dos exames mas também das «informações fornecidas pelas famílias» [n.º 3, alínea h)].

Não se excluem, evidentemente, os casos excepcionais que permitem ou impõem a reve-

<sup>(10)</sup> N.º 3, alínea c). A lei penal também impõe que o consentimento para a interrupção da gravidez seja prestado por escrito [art. 142, n.º 3, alínea a)].

lação do segredo profissional: casos em que o interessado autoriza a revelação, ou a lei a impõe, ou ainda os casos em que a revelação se justifica para defesa de interesses sensivelmente superiores.

Por último, impõe-se um dever de agir segundo as regras cientificamente reconhecidas e habitualmente praticadas — as leis da arte médica, as «leges artis».

Não há nada de verdadeiramente novo, também neste aspecto.

b) Pode perguntar-se, no entanto, se os deveres dos médicos se cumprem apenas em face da grávida ou também em face do futuro pai, que pode ser marido ou não.

É fácil ver que o homem tem um interesse relevante neste tipo de assistência médica que é prestado à mulher, quer na sua qualidade de pai do filho em gestação, quer na sua qualidade de marido. Na verdade, o pai do nascituro já é representante legal dele, em parceria com a mãe (art. 1878.º, n.º 1, do Código Civil), o que lhe dá o direito de participar nas decisões relativas ao filho; e, se for também o marido, tem o direito de participar nas decisões relativas à vida conjugal comum (art. 1671.º, n.º 2, do Código Civil).

Em sentido contrário, pode argumentar-se que em qualquer caso de assistência médica está em causa a saúde, e porventura a vida, da mulher grávida, e que todas as intervenções clínicas são praticadas necessariamente no corpo da grávida — o que lhe dá uma posição mais relevante do que a do homem, no que diz respeito à sua protecção, à sua liberdade, isto é, ao consentimento para as intervenções médicas.

Tendo em conta estes argumentos, parece defensável distinguir dois tipos de intervenção — intervenções não invasivas, sem risco para o feto, e intervenções invasivas, com risco de interrupção espontânea da gravidez.

No primeiro caso, a consulta de DPN respeita apenas à mulher, como qualquer outra consulta ou como qualquer acto da sua vida particular, estranha à vida em comum. Assim, não haverá dúvida de que os deveres jurídicos dos médicos cumprem-se apenas relativamente à mulher.

No segundo caso, o papel do homem assume maior relevo, na medida em que a

saúde do futuro filho, ou a continuação da gravidez, podem ser afectadas. Porém, não creio que esta diferença, apesar de grande, imponha uma solução diferente. De facto, não parece possível que se dê ao homem um estatuto igual ao da mulher. Se o homem tiver um estatuto igual, um poder de decisão igual, isto significaria que a grávida poderia ficar colocada numa posição em que ela quisesse realizar o DPN mas o homem não anuisse, ou, pelo contrário, numa posição em que a grávida não quisesse realizar o DPN, contra a vontade favorável do homem. Se usássemos os instrumentos jurídicos gerais para resolver este conflito, teríamos de pedir a intervenção do tribunal para decidir esta «questão de particular importância» relativa ao filho (art. 1901.º, n.º 2, do Código Civil). Mas compreende-se o insólito da situação em que o juiz decidisse em favor do homem que quisesse a realização do DPN contra a vontade da mulher... Como se forçaria a mulher a cumprir esta decisão?

Parece mais razoável dizer que a paridade dos estatutos do homem e da mulher, e o método de solução que consiste em pedir a decisão a um árbitro imparcial — o juiz — só funciona nos assuntos que cabem no chamado tráfego jurídico do direito matrimonial, mas não têm sentido quando, apesar do papel relevante do homem por causa da sua qualidade de pai, a decisão passa necessariamente pela pessoa da mulher, por uma intervenção sobre o seu corpo.

Este parece ser, portanto, um assunto que compete só à mulher, e é apenas em relação a ela que os médicos têm de cumprir os seus deveres. Aliás, foi esta a posição tomada pela Ministra da Saúde no citado Despacho n.º 5 411, alínea c) <sup>(11)</sup> <sup>(12)</sup>.

<sup>(11)</sup> «As grávidas que pretendam realizar as técnicas invasivas devem dar o seu consentimento livre e esclarecido (...).»

<sup>(12)</sup> Talvez se possa dizer que o estatuto do pai do nascituro e (eventualmente) marido da grávida deve ter o relevo que merece no âmbito do direito matrimonial, partindo do princípio de que a realização do DPN com risco para o feto é um assunto «da vida matrimonial comum» (art. 1671.º, n.º 2, do Código Civil). Assim, se a grávida manifestar o seu consentimento para a realização do DPN sem tentar sequer obter a anuência do marido, julgo que ele poderá alegar uma falta de cum-

#### 4. Responsabilidade civil em diagnóstico pré-natal

A responsabilidade civil dos médicos no âmbito do DPN segue também as regras gerais que disciplinam o exercício da medicina e todos os actos humanos que lesam direitos de outrem.

Toda a responsabilidade civil parte da verificação de um dano e tende para a reparação dele, ou para a melhor compensação possível do que for irreparável, a cargo do culpado.

Os danos típicos que se podem verificar no âmbito do DPN são o nascimento de uma criança com deficiências graves, as lesões físicas provocadas na grávida ou no feto, e a eliminação de um feto saudável ou que seja portador de deficiências não graves e cuja gestação devesse ter chegado a termo.

A indemnização possível compensará as despesas especiais de alimentos<sup>(13)</sup> e também o sofrimento dos pais e do filho, nos termos gerais em que se indemnizam os danos não patrimoniais. (art. 496.º do Código Civil)<sup>(14)</sup>.

As acções ou as omissões culposas<sup>(15)</sup> que podem ter estado na origem dos danos indemnizáveis parecem ser a falta de proposta

primário do dever conjugal de respeito (art. 1672.º do Código Civil) com as vagas implicações que isso possa ter num contexto de divórcio ou para efeitos de responsabilidade civil.

(13) Em sentido amplo, compreendendo as despesas especiais de alimentação, de educação e de cuidados médicos.

(14) Parece indiferente que a acção seja intentada pelos pais ou pelo próprio filho. Nos E.U.A., as acções propostas pelos filhos foram tratadas, inicialmente, com desfavor, porque se pedia indemnização pelo «dano de ter nascido». Nestas acções, os tribunais afirmaram que o Direito não tinha critérios para calcular o valor pecuniário do prejuízo de ter nascido e negaram as indemnizações. Mais tarde, os filhos que se apresentaram na justiça já fizeram pedidos semelhantes aos que os pais formulam, requerendo a cobertura das despesas especiais de manutenção e dos danos morais de ter uma vida mais penosa — cfr. GIESEN, *International Medical Malpractice Law*, London, J. C. B. Mohr, 1990, p. 249-251.

(15) O dolo nas suas várias formas ou, pelo menos, a negligência, são pressupostos da responsabilidade. É claro que não se toma civilmente responsável o médico que usou a diligência normal, embora se tenha produzido um resultado catastrófico. Os médicos não respondem pelos azares, pelos imponderáveis da sorte, pelos casos de insucesso inevitável da técnica utilizada.

de DPN a uma grávida pertencente a um grupo de risco, a má execução de uma técnica<sup>(16)</sup>, a má interpretação de resultados<sup>(17)</sup> ou a falta de comunicação de resultados à interessada.

Verificado o dano, e provada alguma das acções ou omissões que podem ter desencadeado a produção dele, é necessário ponderar se a actuação do médico foi a causa da verificação do facto danoso.

Os médicos dirão que, salvo nos casos da provocação directa de lesões na grávida ou no feto, ou ainda nas hipóteses de má interpretação culposa de resultados que tenham dado origem à eliminação de um feto saudável, nada do que se verifique à nascença resulta da actuação do médico, ou seja, não é o médico que causa uma deficiência, por mais desleixada que possa ser a sua conduta no DPN — e, portanto, salvo naqueles casos mais óbvios, não se poderia dizer que houvesse nexo de causalidade entre o facto praticado pelo médico e o dano. Não poderia haver lugar a responsabilidade civil.

Mas não é assim.

De facto, o direito civil não exige a demonstração de uma causalidade directa e imediata entre o facto e o dano; basta uma causalidade indirecta ou mediata. Isto é, admite-se que possa haver relação de causalidade entre o facto e o dano mesmo que intervenham, de permeio, outros factores — sejam factores naturais sejam factos praticados pelo lesado. O que importa é que estes factores também se possam considerar induzidos pelo facto inicial, segundo um juízo de probabilidade. Mais concretamente, e a título de exemplo: se o médico executa mal um DPN, produz um resultado negativo falso e a grávida leva até ao fim uma gravidez que teria podido interromper — e que teria provavelmente interrompido — pode dizer-se que a conduta culposa do médico foi a causa do nascimento

(16) A má execução pode apenas dar origem a um falso negativo, escondendo uma deficiência grave do nascituro, ou pode traduzir-se na provocação de lesões físicas na grávida ou no feto.

(17) A má interpretação tanto pode dar origem a um falso negativo, que vem a nascer com deficiências graves, como dar origem a um falso positivo, cuja gestação pode ser interrompida erradamente.

com a deficiência grave que não foi diagnosticada.

As dificuldades da prova situam-se, portanto, na demonstração de que, com alta probabilidade, a grávida teria pedido a interrupção da gravidez, se tivesse sido informada da realidade clínica do feto. Esta prova terá de assentar, por exemplo, na demonstração de que a grávida manifestara claramente o propósito de interromper a gravidez se o resultado do DPN fosse positivo, na prova de que a maioria das grávidas, nos mesmos casos, pretende a interrupção, na verificação de que a grávida já adoptara a mesma atitude numa gravidez anterior, etc. Pelo contrário, não se verifica um nexo de causalidade se se puder provar que a grávida não teria nunca pretendido a IVG, mesmo que o DPN tivesse sido bem feito e lhe tivesse sido mostrada a grave deficiência do feto.

Para além disto, creio que as condutas culposas do médico enunciadas acima ainda poderiam justificar um pedido de responsabilidade civil pela lesão do direito às informações necessárias para decidir sobre a procriação. Desde que são oferecidos os serviços de DPN e a lei considera a interrupção da gravidez não punível, em certos casos, a grávida — ao menos a grávida de risco — tem o direito ao funcionamento normal e eficaz desses serviços para obter as informações relevantes sobre o andamento da gestação, de tal modo que possa beneficiar do regime da IVG, quando for caso disso. As condutas culposas do médico podem levá-la a acreditar erradamente que o feto está bem e, deste modo, a grávida fica impedida de exercer aquela pretensão. Ou seja, mesmo antes do nascimento e da verificação de outros danos no feto, a grávida já sofreu uma diminuição do seu direito à autodeterminação informada — uma lesão provocada pela má prática do médico.

O regime da responsabilidade civil acima enunciado precisa, no entanto, de um esclarecimento. De facto, este regime seria o que resultaria da aplicação pura e simples das regras gerais do direito civil e, portanto, aplicar-se-ia aos médicos, sem outras correcções, se eles realizassem o DPN no âmbito da medicina liberal. Porém, como os serviços de DPN se encontram integrados em instituições do

Serviço Nacional de Saúde, é necessário acrescentar às normas de responsabilidade civil referidas algumas outras: trata-se das normas que vigoram para os médicos enquanto funcionários de instituições públicas.

Segundo este regime especial e antigo, constante do Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, os médicos que praticarem um acto lesivo dos direitos do paciente beneficiam de um regime mais favorável do que aquele que resultaria das regras gerais que mencionei. Este benefício consiste no seguinte: os médicos só serão obrigados a pagar a indemnização dos danos causados se tiverem agido «com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se achavam obrigados» (art. 2.º, n.º 2). Não serão responsáveis se, apesar de terem adoptado um procedimento negligente, ficar provado que se tratou de uma falta de cuidado leve, um cuidado inferior ao exigível mas sem chegar a ser manifestamente inferior. Por outro lado, mesmo quando a negligência for grosseira e, assim, gerar responsabilidade do médico, ele não será directamente responsabilizado perante o doente; quem ficará obrigado a pagar a indemnização ao lesado é a instituição pública onde o médico trabalha; e, depois, a instituição pedirá ao médico o reembolso do valor que pagou, em direito de regresso.

Só nos casos dificilmente imagináveis em que o médico agiu com dolo — com intenção de provocar o dano ou, pelo menos, se conformou com a possibilidade de ele se produzir — é que o médico responderá em primeira linha, solidariamente, com a instituição pública, podendo o pagamento ser pedido logo ao primeiro ou à segunda (art. 3.º, n.º 2)<sup>(18)</sup> (19).

(18) É claro que se o pagamento for pedido à instituição, esta exigirá ao médico, posteriormente, o reembolso.

(19) Há quem pense que este regime foi parcialmente alterado pelo art. 22.º da Constituição da República, na versão de 1982, no sentido de que o Estado e o médico-funcionário respondem sempre, directamente, em face do lesado, tanto no caso de dolo como de negligência (DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde*, in «Direito da Saúde e Bioética», Lisboa, Lex, 1991, p. 130-1). No texto adopta-se o entendimento de que o art. 22.º da Consti-

## 5. Responsabilidade penal (20)

Os pressupostos e as regras da responsabilidade penal são muito diferentes das que regem a responsabilidade civil. E mais claras também, como seria de exigir a um mecanismo legal de coacção que acaba por impor castigos graves, medidas privativas da liberdade. As condutas ilícitas que podem suscitar uma reacção sancionatória do direito penal estão descritas na lei — tipificadas — e não resta margem de liberdade para os juristas ou para os tribunais para alargar os casos que são puníveis, de acordo com uma exigência maior ou menor do intérprete ou do julgador.

Pensando, em primeiro lugar, nos casos de crime por provocação de lesões na grávida, pode admitir-se que o médico incorra no crime de «intervenção arbitrária» (arts. 156.º e 157.º do Código Penal) sempre que ele realize o DPN sem ter pedido um consentimento informado à mulher; nos termos gerais de direito. Não se trata de um crime previsto para o caso específico do DPN, mas antes de uma regra que vale para qualquer intervenção ou tratamento médico-cirúrgico (21). A preocupação do direito penal é a de defender a livre determinação do paciente, neste caso da grávida.

E como é próprio do direito penal, exige-se que o médico tenha omitido deliberadamente o consentimento da mulher ou, na dúvida; se tenha conformado com a hipótese de ele não ter sido prestado; no mínimo, pressupõe-se que o médico se tenha convencido, por negligência grosseira, de que a mulher consentira, livre e esclarecidamente, na intervenção (22).

tução não provocou mudanças do regime expresso no Decreto-Lei de 1967 (JORGE SINDE MONTEIRO, *Aspectos particulares da responsabilidade médica*, in «Direito da Saúde e Bioética», cit., p. 143).

(20) Os médicos a quem me dirijo não compreenderiam que eu alegasse a minha inépcia em direito penal e omitisse estas pequenas informações. Esta é a única razão porque me atrevo a dá-las.

(21) Como já notei, só é especial para este caso a necessidade de prestar o consentimento «sempre que possível por escrito» — Despacho n.º 5 411, n.º 3, alínea c).

(22) Nesta última hipótese, sendo a atitude do médico menos censurável, a pena prevista também é muito menor.

Outro caso possível de responsabilidade penal resultará de homicídio ou de ofensas corporais que o médico provoque pelo facto de ter desrespeitado, conscientemente ou por simples negligência, as regras técnicas adequadas à intervenção. Trata-se de aplicar, também aqui, as regras gerais do direito penal que defendem a vida ou a integridade física das pessoas; não se trata de normas específicas do DPN, nem sequer das intervenções médicas em geral.

Prevê-se ainda, no art. 150.º, n.º 2, do Código Penal, a punição do médico que, realizando uma intervenção — como por exemplo o DPN — desrespeitando as *leges artis*, crie um perigo para o paciente, embora nenhum dano se tenha concretizado (23).

Se pensarmos, em segundo lugar, nas lesões provocados *no feto*, no quadro de uma intervenção de DPN, só haverá punição se o médico provocar uma interrupção da gravidez, conscientemente. Ou seja, quando o médico, em vez de um DPN, pretender realizar um abortamento (24).

A má execução do DPN, com desrespeito pelas regras técnicas adequadas, pode dar origem a lesões da integridade física do feto. Suponho que, neste caso, os médicos obstetras compreenderiam bem que fossem aplicáveis, nesta hipótese, as regras gerais que punem as «ofensas corporais» (dolosas e negligentes). Eles são os primeiros a entender o feto como um paciente — o seu paciente. Mas as normas do Código Penal, quando se referem a «pacientes» ou a «pessoa» têm seguramente em vista a grávida ou pessoas nascidas, e as técnicas de interpretação e de aplicação das leis penais, por motivos de segurança, não permitem estender o âmbito das punições a hipóteses que não tenham sido

(23) A punição de condutas que causem apenas um perigo são um dos aspectos mais delicados do direito penal. Neste caso concreto, não admira que o legislador mostre hesitação: a punição foi prevista no Código Penal de 1982, desapareceu na versão de 1995 e voltou na revisão de 1998.

(24) Isto não se confunde com os casos em que a prática do DPN, usando técnicas invasivas, suscita um risco de interrupção da gravidez resultante da própria técnica, sem qualquer propósito nesse sentido por parte do médico.

efectivamente consideradas pelo legislador (25). Assim, parece seguro que as lesões da integridade física do feto não são puníveis no nosso direito penal (26).

Resta chamar a atenção para a aplicação fácil das regras que punem criminalmente a violação de segredo profissional (sobretudo os arts. 195.º e 383.º) (27).

## Conclusão

Para além das normas conhecidas sobre o aborto, e para além de alguns preceitos recentes sobre a organização dos serviços — para garantia da segurança técnica das decisões e da celeridade dos procedimentos, em favor da protecção das grávidas que procurarem os serviços — não há regras legais específicas sobre o diagnóstico pré-natal. Mas nem por isso se pode dizer que não há Direito aplicável, porque devemos usar princípios e regras gerais que valem em todos os domínios da actividade humana ou, pelo menos, no âmbito do exercício da Medicina (28).

(25) Assim corrijo o que afirmei em MÁRIO MENDES, *dir.*, *Livro de Obstetria*, Coimbra, Almedina, 1994, p. 55.

(26) É natural que a consideração progressiva dos bens ligados à vida intra-uterina venha a provocar, mais tarde ou mais cedo, a criação de regras novas sobre a protecção da integridade física, à semelhança do que aconteceu recentemente no direito espanhol: o código de 1995 pune as lesões provocadas no feto, se o médico agiu com dolo ou mesmo só com «imprudência grave» — arts. 157.º e 158.º.

A introdução de um artigo novo intitulado «Ofensas causadas a embriões» chegou a ser proposta no seio da comissão de revisão do código penal, em 1990 — cfr. *Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1993, p. 435; mas a proposta não foi acolhida, pelas razões que se expõem nas p. 453 a 456.

(27) Aliás, as exigências de confidencialidade foram objecto de uma atenção especial no citado Despacho n.º 5 411, da Ministra da Saúde — n.º 3, alínea h).

(28) Valia a pena, no entanto, eliminar o que parecem ser duas deficiências manifestas das leis aplicáveis. Em primeiro lugar, a redacção vigente do art. 142.º, n.º 1, alínea c), sugere que a doença que justifica a não punição da IVG tem de ser grave, enquanto qualquer malformação parece suficiente (como nota FIGUEIREDO DIAS, *Comentário*, cit., p. 185). Como parece manifesto que não se pretendeu tal coisa, o lapso merecia rectificação urgente. Em segundo lugar, na hipótese de incapacidade da grávida para prestar consentimento para

Os profissionais gostariam — creio eu — de descansar sobre uma regulamentação mais minuciosa, sobre verdadeiras «tábuas de conduta» que lhes permitissem avaliar, antecipadamente, a conformidade com a lei de todas as suas intervenções — que esclarecessem com rigor todos os conceitos indeterminados que se lhes deparam nas regras legais. Qual a idade «certa» a partir da qual a grávida entra em risco? Qual o grau de ansiedade que dá a uma grávida mais nova o direito de acesso ao DPN? Quando é que o médico actua com negligência grosseira, ou com negligência leve? Como é que o juiz vai entender as chamadas «*leges artis*»? E como vai entender o risco normal da técnica invasiva? Como vai o tribunal valorizar as dificuldades em que o médico porventura decidiu? O que é, para o juiz, uma doença ou uma malformação «grave» (29)? Quando é que se pode dizer que há «seguros motivos» para prever a manifestação de uma doença?

Nenhum sistema jurídico consegue prever todos os casos concretos, que são sempre diferentes. Os médicos terão sempre de se mover dentro destes conceitos indeterminados, com o risco de os aplicarem mal e com a angústia que a incerteza provoca. Restar-lhes-á a con-

a IVG, são chamados a substituí-la, sucessivamente, o representante legal e os familiares de várias classes, até ao sexto grau da linha colateral (supondo que se aplica aqui o limite geral da relevância do parentesco, estabelecido pelo art. 1582.º do Código Civil); mas não se refere o pai do nascituro, que merecia ser chamado antes de qualquer primo afastado (como nota FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 194).

(29) Este conceito, usado pelo art. 142.º, n.º 1, alínea c), do Código Penal (na redacção da Lei n.º 90/97, de 30 de Julho), é melindroso, tendo em conta a variabilidade e a incerteza dos prognósticos quanto à severidade da manifestação das múltiplas doenças genéticas conhecidas. Este conceito justifica, por isso, as tentativas de afinamento de um sentido razoável, para que a não-punibilidade da interrupção da gravidez da alínea c) se aplique a casos indiscutíveis. Nunca se poderão evitar, porém, novas indefinições, como na proposta de FERNANDO REGATEIRO, para quem a doença deve ser considerada grave quando não permita a sobrevivência ao nascer ou quando, devido a alterações profundas, não permita um desenvolvimento para a autonomia do ser sem suporte médico continuado das funções vitais (Diário de Notícias, 19-8-97, p. 15). Sublinhei os conceitos que voltam a carecer de esforços de interpretação.



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-

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.

<sup>(2)</sup> A expressão é 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.

<sup>(3)</sup> 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 violação 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 à 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.

<sup>(4)</sup> 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.

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

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

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>(5)</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

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.

(6) 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.

(5) Esta situação parece bem verosímil, sobretudo se as intervenções clínicas se referem a áreas de liberdade e de conflito familiar, como as da toxicoddependência e da sexualidade.

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 desinfectação de uma ferida ligeira, e o pagamento médico 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

(7) 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