



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**AS REGRAS DE OBTENÇÃO DO CONSENTIMENTO PARA
INTERVENÇÕES MÉDICAS EM MENORES**

**O significado da *gillick competence* e a possível
adoção da figura em Portugal**

Catarina Maria Pedro Abreu

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Porto
2012



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

AS REGRAS DE OBTENÇÃO DO CONSENTIMENTO PARA INTERVENÇÕES MÉDICAS EM MENORES

**O significado da *gillick competence* e a possível
adoção da figura em Portugal**

Catarina Maria Pedro Abreu

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal
pela Universidade Católica Portuguesa, sob
orientação da Senhora Professora Doutora
Paula Ribeiro de Faria

Porto
2012

Aos meus pais,
com quem partilho este meu percurso,
e a quem devo tudo o que sou.

*When you are working on something exciting
that you really care about, you don't have to be pushed.*

The vision pulls you.

Steve Jobs
(1955-2011)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, quero agradecer à Senhora Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria, orientadora da dissertação, pela disponibilidade e pelo modo amigo com que sempre me tratou e acompanhou ao longo da investigação.

Agradeço, também, a todas as colegas e amigas que me ajudaram e apoiaram, com destaque para a Inês Pinto Viana, para a Inês Gamboa e para a Rita Ferreira, que sempre tiveram uma palavra de motivação e que sempre acreditaram no meu trabalho, dando-me força e estímulo para fazer mais e melhor.

Não posso deixar de agradecer à minha irmã, por, também ela, me ter ajudado e, especialmente, por me ter compreendido em horas de menor inspiração.

E por fim, o meu maior agradecimento vai para os meus pais, por me terem concedido a oportunidade de concretizar os meus objetivos académicos, proporcionando-me, assim, um futuro promissor, e, ainda, pela paciência e compreensão que nunca lhes faltou durante estes meses de intensa reflexão e dedicação, que, por vezes, são um pouco ingratos para a família.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac	Acórdão
All ER	All England Law Reports
APT	Advances in Psychiatric Treatment
Art.	Artigo
BMJ	British Medical Journal
C	Contra
CC	Código Civil
CDOM	Código Deontológico da Ordem do Médicos
CEDHBio	Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina
Cf	Confronte com
CNECV	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CP	Código Penal
DHSS	Department of Health and Social Security
Ed	Edição
EJHL	European Journal of Health Law
FDUC	Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
HL	House of Lords
LPCJP	Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
Med. Law Rev.	Medical Law Review
MLR	The Modern Law Review
P (pp)	Página(s)
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
Ss	Seguintes
V	<i>Versus</i> = contra
Vd	<i>Vide</i>
V.g.	<i>Verbi gratia</i> = por exemplo
VUWLR	Victoria University of Wellington Law Review

ÍNDICE

Introdução	10
Capítulo I: O caso <i>Gillick</i>: decisão da <i>House of Lords</i>	12
Capítulo II: Os testes <i>gillick</i>	14
1. O teste de Lord Scarman.....	14
2. As <i>Fraser Guidelines</i>	16
3. A ‘compreensão do tratamento’	17
4. O melhor interesse do menor	18
Capítulo III: A lei portuguesa	21
1. O consentimento informado.....	21
1.1. A capacidade para consentir.....	22
1.1.1. A capacidade dos menores	23
1.2. O dever de esclarecimento	26
1.2.1. A participação na tomada de decisões.....	28
2. O direito de recusa do consentimento.....	29
2.1. Recusa por parte dos pais.....	32
Capítulo IV: Questões conexas.....	35
1. A doação de órgãos pelos menores.....	35
2. A emancipação médica	37

Conclusão	39
Jurisprudência	43
Bibliografia.....	43
Livros	43
Artigos	44
Anexos.....	46
Anexo I	46
Anexo II	47

INTRODUÇÃO

A presente tese de Mestrado versa sobre o consentimento dos menores para tratamentos médicos em Portugal, matéria que se encontra regulada no n.º 3 do art. 38.º do nosso Código Penal, nos termos do qual *o consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos¹ e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*. O que significa que, antes dessa idade, caberá aos pais consentir em nome dos seus filhos.

Embora a lei assim o preveja, dizer que os menores só adquirem independência quando atingem a maioridade é uma afirmação que não se adequa aos dias de hoje. E, no que concerne a assuntos que envolvem a disposição do seu corpo, como é o caso das intervenções médicas, não é realista pensar que só aos 16 terão os menores capacidade para decidir por si mesmos.

O que pretendemos com este estudo é, então, demonstrar que um menor de idade inferior a 16 anos pode ser capaz para consentir em tratamentos médicos.

A sociedade está mudada. Hoje, as crianças estão mais desenvolvidas, mais maduras, assumindo cada vez mais cedo o papel de adolescentes e estes, por sua vez, o papel de adultos. O próprio poder de autoridade dos pais não é mais o mesmo, tendo deixado de ser visto como “direito” absoluto em que se deve uma obediência cega e inquestionável às ordens dos pais. O total controlo da vida dos filhos deu lugar a um controlo que progressivamente diminui à medida que o menor cresce e desenvolve o seu grau de inteligência e compreensão².

A abordagem do tema começa por ser feita através do caso *Gillick c. West Norfolk e outros*³, primeira decisão dos tribunais britânicos a reconhecer aos menores de 16

¹ A Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, elevou a idade do consentimento de catorze para 16 anos. Para efeitos deste texto e por uma questão de brevidade, os termos ‘menor’ e ‘criança’ referem-se sempre a menores com idade inferior a 16 anos.

² A própria lei dispõe, no n.º 2 do art. 1878.º do CC, que os pais devem conceder, gradualmente, independência aos filhos, encorajando o seu desenvolvimento físico e psíquico: “os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”. Isto facilmente se compreende uma vez que, mesmo antes dos 16, muitos jovens já são capazes de tomar decisões responsáveis.

³ Ac. da *House of Lords* de 17 de Outubro de 1985, *Gillick c. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and the Department of Health and Social Security*, *All ER*, 3, 1985, p. 402. Doravante sob designação de *Gillick*. A HL foi, até 2009, o tribunal de último recurso para a maior parte das instâncias do

capacidade para consentir em tratamentos médicos sem o consentimento dos seus pais. Embora, inicialmente, a discussão tenha vertido, meramente, sobre o consentimento dos menores para tratamentos contraceptivos, com o decorrer do julgamento estendeu-se o âmbito da questão a qualquer tipo de tratamento.

Seguindo essa ordem de ideias, o nosso estudo incide, não somente nos tratamentos contraceptivos – até porque, em Portugal, o acesso àqueles é livre, portanto qualquer pessoa os pode receber, inclusive menores⁴ – mas sim no consentimento dos menores para *qualquer* tratamento médico.

Após uma análise da decisão da *House of Lords*, é dedicado um capítulo aos chamados testes *gillick*⁵ que daí advieram e que lhe dão aplicabilidade prática, sendo usados para averiguar se uma criança com idade inferior a dezasseis anos é capaz para consentir no seu próprio tratamento médico sem a intervenção dos seus pais.

Em seguida, parte-se para o cerne da questão: a possível implementação da *gillick competence* em Portugal. Para tal, torna-se necessário refletir sobre o consentimento dos menores para tratamentos médicos no nosso ordenamento jurídico, assim como sobre o dever de esclarecimento e o direito de recusa, onde se inclui a recusa por parte dos pais. Reservamos um último capítulo a assuntos que se relacionam com a temática, tais como a doação de órgãos pelos menores e a emancipação médica.

O estudo termina com uma súmula e crítica do que se foi expondo, onde se incluem algumas sugestões para a implementação da figura *gillick* em Portugal.

Gostaríamos, por fim, de acrescentar que a escolha do tema da presente dissertação não se afigurou difícil, uma vez que o direito médico é uma área do direito que tem vindo a crescer exponencialmente e pela qual temos um particular gosto, tendo o caso *Gillick* despertado desde logo o nosso interesse aquando da sua abordagem pela Prof.^a Dr.^a Paula Ribeiro de Faria nas aulas de Direito Penal Médico.

Reino Unido. Desde então, essa função cabe ao *Supreme Court*. Consultar o esquema do sistema judicial no Anexo I.

⁴ A Lei sobre Educação Sexual e Planeamento Familiar (Lei n.º 3/84, de 24 de Março) não faz menção a qualquer idade para efeitos de consentimento. O que significa que, independentemente da sua idade, qualquer menor se pode dirigir a um serviço de planeamento familiar e obter tratamento contraceptivo.

⁵ Foram propostos dois testes pelo painel de juizes, um por Lord Scarman e outro por Lord Fraser. O painel era ainda composto por Lord Bridge, Lord Brandon e Lord Templeman.

CAPÍTULO I

O CASO *GILICK*: DECISÃO DA *HOUSE OF LORDS*

Em 1974, o Departamento de Saúde e Segurança Social (*Department of Health and Social Security - DHSS*) emitiu uma circular, posteriormente revista em 1980 e que deu início ao caso aqui em questão⁶, para todas as autoridades de saúde locais, onde permitia, em certas circunstâncias consideradas ‘excepcionais’, a um profissional de saúde, prescrever contraceptivos a menores de dezasseis anos sem autorização dos seus pais⁷. Entendia o departamento que os menores não podiam ser considerados automaticamente incapazes para consentir em razão apenas da sua idade, devendo tal decisão caber ao médico⁸, consoante as circunstâncias do caso. E, também, que deveria ser respeitado o princípio da confidencialidade entre médico e paciente, mesmo sendo este menor, podendo, deste modo, o médico prescrever métodos contraceptivos ao menor sem consultar ou obter o consentimento dos seus pais, se assim o julgasse necessário⁹.

Extremamente preocupada com as implicações que a circular trazia a nível dos direitos parentais e da segurança dos menores, a Sra. Victoria Gillick, mãe de cinco filhas na altura menores de dezasseis, procurou a autoridade de saúde da sua área de residência (*West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*) de modo a que lhe fosse garantido que nunca seria fornecido nenhum tratamento contraceptivo às suas filhas menores, sem o seu consentimento ou, tão só, conhecimento.

Quando a autoridade de saúde se recusou a assegurar tal pedido, a Sra. Gillick instaurou no tribunal uma ação contra a mesma e também contra o departamento de saúde, acusando-os do crime de incitamento e ajuda à prática de ato sexual ilegal com uma menor de dezasseis anos, punido pela secção 28 do *Sexual Offences Act* de 1956. Acusou, ainda, e desta somente a autoridade de saúde, de ter colocado em causa os seus direitos parentais ao permitir o aconselhamento e tratamento contraceptivo das menores sem o seu consentimento¹⁰.

⁶ Consultar Anexo II.

⁷ A circular declarava que os serviços contraceptivos deveriam estar mais facilmente disponíveis para raparigas menores de 16 anos devidos às emergentes estatísticas que mostravam um aumento significativo do número de nascimentos e abortos em raparigas de tal faixa etária.

⁸ Na referência a médicos inclui-se, *brevitatis causa*, qualquer profissional de saúde.

⁹ *Gillick*.

¹⁰ *Ibid.*

A ação foi julgada improcedente, tendo o tribunal de primeira instância entendido que a prescrição de contraceptivos a menores sem o consentimento dos pais não constitui nenhum crime nem interfere com os direitos parentais. Aliás, estes nem sequer existiriam, pois os pais não têm *direitos* sobre os filhos mas sim *responsabilidades*, variando estas consoante as necessidades e a idade da criança. Estas responsabilidades, ou deveres, como lhes queiramos chamar, advêm do direito de custódia e apenas se justificam enquanto os menores são incapazes de tomar conta de si mesmos. Segundo este tribunal, então, os tratamentos contraceptivos não seriam uma afronta às responsabilidades parentais, as quais se mantêm independentemente da decisão do menor. Os deveres dos pais de velar pelos interesses, pela saúde, pelo desenvolvimento, segurança e bem-estar dos seus filhos nunca cessa¹¹.

Insatisfeita com a decisão, a autora interpôs recurso para o *Court of Appeal*, o qual lhe deu provimento, considerando a circular do *DHSS* ilegal, o que, conseqüentemente, implicava que nenhum profissional de saúde pudesse fornecer aconselhamento ou tratamento contraceptivo a qualquer menor sem o prévio consentimento dos seus pais, sob pena de se afetar o bem estar do menor e os “direitos parentais”.

Desta decisão veio o *DHSS*, mas não a autoridade da saúde, recorrer para a *House of Lords*, a qual decidiu a seu favor, julgando o recurso procedente e revogando, assim, a decisão do *Court of Appeal*¹².

Admitida, então, a legalidade e validade da circular, a partir desta data passou a ser possível a qualquer menor de dezasseis anos consentir em qualquer tratamento médico sem necessitar de autorização dos seus pais.

¹¹ *Vd.* JO BRIDGEMAN, ‘Young People and Sexual Health: Whose Rights? Whose Responsibilities?’, *Med. Law Rev.*, 14, pp. 418-424.

¹² Embora a decisão da HL tenha sido favorável ao recorrente, dois dos juizes do painel discordaram. Lord Brandon considerou que a prescrição de contraceptivos a menores de 16 anos sem (ou mesmo com) o consentimento dos pais configurava um incentivo à prática de ofensas sexuais. Lord Templeman, um pouco mais conservador, reprovava, mesmo, a prática de relações sexuais e o uso de contraceptivos por menores não casados, daí a sua prescrição ser ultrajante.

CAPÍTULO II

OS TESTES GILLICK

O profissional de saúde, de forma a apurar se o menor é capaz ou não para consentir num determinado tratamento médico, seja ele contraceptivo ou de outra natureza, sem que haja o envolvimento dos pais – conceito designado por *gillick competence*¹³ – deve seguir uma série de orientações que o vão ajudar na sua análise clínica. Essas orientações são conhecidas como testes *gillick*.

Da decisão da *House of Lords* resultaram dois testes, um pouco diferentes entre si. Um foi proposto por Scarman, um dos juízes presentes no julgamento, e, sendo mais abrangente, estende-se a qualquer tipo de tratamento médico, enquanto que os critérios apresentados por Fraser, um outro juiz também presente, conhecidos como *Fraser guidelines*, por serem mais sucintos e específicos, sendo portanto mais acessíveis para os profissionais de saúde, são geralmente e apenas utilizados em casos de tratamentos contraceptivos.

1. O teste de Lord Scarman

*O direito dos pais de determinar se o menor de dezasseis anos será sujeito ou não a um tratamento médico termina se e quando a criança atinge inteligência e discernimento suficientes que a tornam capaz de compreender por completo o que lhe é proposto*¹⁴. Quer isto dizer que os “direitos” dos pais sobre os filhos – a sua autoridade, o seu controlo – progressivamente diminui à medida que estes crescem, se desenvolvem e ganham maturidade e capacidade de compreensão¹⁵.

Embora o juiz, ao longo de todo o seu discurso, dê grande ênfase à matéria das responsabilidades parentais (mais do que qualquer outro juiz do painel), não considera que estas tenham sido postas em causa com a circular do DHSS, tal como alegava a Sra. Gillick. Considera, tal como o tribunal de primeira instância, que essas responsabilidades,

¹³ “Competence”, em português, significa “competência”. Não obstante o termo correto deva ser “capacidade”, a ética médica e a bioética têm usado este anglicismo. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente – Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 153.

¹⁴ “...the parental right to determine whether or not their minor child below the age of 16 will have medical treatment terminates if and when the child achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him or her to understand fully what is proposed”. Palavras de Lord Scarman em *Gillick*.

¹⁵ GRIMWOOD, *ob. cit.*, p. 747.

de facto, existem, mas não são direitos absolutos. Existem na medida em que servem para proteger os menores e apenas até estes serem capazes de cuidar de si mesmos e de tomar as suas próprias decisões¹⁶. A partir do momento em que estes consigam provar que têm *inteligência e discernimento suficientes* para compreender integralmente as consequências dos seus atos, deixa de fazer sentido serem os pais a tomar as decisões que lhes dizem respeito¹⁷. Portanto, as responsabilidades parentais devem ir diminuindo conforme as crianças se vão tornando capazes de decidir¹⁸.

O teste, à primeira vista, parece claro e direto, mas, na prática, a sua concretização não é tão simples. Os critérios são um pouco ambíguos, dificilmente qualificáveis e quantificáveis¹⁹, não sendo fácil determinar quando é que a inteligência é suficiente para que possa ser concedida ao menor a competência para decidir, porque aquela não depende somente da idade mas sim de muitos outros fatores. O teste é, assim, pouco objetivo.

Um outro obstáculo que encontramos à aplicação prática deste teste é que, embora a capacidade para consentir não implique o nível de experiência e compreensão de um adulto, os padrões impostos, aqui, aos menores são muito elevados. Exige-se que compreendam não só a natureza do tratamento, mas também todas as implicações morais, emocionais e familiares da sua decisão²⁰. Exige-se que sejam capazes de tratar racionalmente a informação que lhes é dada, pesando todos os prós e contras para depois

¹⁶ ANTHONY PERERA, 'Can I Decide Please? The State of Children's Consent in the UK', *European Journal of Health Law*, 15, 2008, p. 413.

¹⁷ Quando o menor não é competente, ou seja, não consegue provar esse grau de inteligência e compreensão, que se requer para que o seu consentimento seja válido, cabe aos pais tomar as decisões adequadas em seu nome. E só em circunstâncias excepcionais podem os médicos prosseguir com o tratamento sem o consentimento dos pais. Scarman enuncia essas situações no seu discurso. São elas o abandono do menor por parte dos pais, situações de negligência, casos de emergência – em que é necessário tratamento urgente e não se consegue o consentimento dos pais porque não é possível encontrá-los a tempo ou de todo –, ou ainda quando o tratamento for reconhecido como legítimo por ordem do tribunal. O juiz compreende, no entanto, que possam existir outras situações que permitam ao médico agir sem o prévio consentimento dos pais do menor. *Vd. Gillick*, (Lord Scarman). Ver também PERERA, *ob. cit.*, p. 413. Em Portugal, as situações legalmente possíveis de tratamento sem consentimento encontram-se reguladas no art. 156.º do CP, sobre as quais nos deteremos mais adiante.

¹⁸ Neste sentido, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, de 20 de Novembro de 1989, posterior a *Gillick*, consagra no seu art. 12.º que “os Estados parte garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade”.

¹⁹ PATRICIA CARTER e JANET LAWRENCE, 'Adolescent's Competency to Make Informed Birth Control and Pregnancy Decisions: An Interface for Psychology and the Law', *Behavioral Sciences & the Law*, 3(3), 1985, p. 313.

²⁰ “It is not enough that she should understand the nature of the advice which is being given: she must also have a sufficient maturity to understand what is involved. There are moral and family questions, especially her relationship with her parents long-term problems associated with the emotional impact of pregnancy and its termination and there are the risks to health of sexual intercourse at her age, risks which contraception may diminish but cannot eliminate”. *Gillick*, (Lord Scarman).

proceder então à escolha mais sensata. Ora, se isso, por vezes, mesmo para um adulto devidamente informado é difícil, imagine-se para uma criança²¹.

2. As *Fraser Guidelines*²²

São uma série de critérios que, tal como referido, resultaram da decisão *Gillick* e que, sendo mais voltados para os tratamentos contraceptivos, a serem verificados, permitem aos médicos fornecer esse tipo de tratamento a menores sem o consentimento dos seus pais.

Para o juiz Fraser, é o profissional de saúde que, de acordo com a sua análise clínica, decide prescrever ou não contraceptivos a menores, sendo possível avançar com o tratamento mesmo que os pais não tenham conhecimento da consulta ou não aproveem a prescrição. Para isso, aquele terá de se encontrar satisfeito com os seguintes parâmetros: (1) estar convicto de que o jovem compreende o aconselhamento/tratamento; (2) não deve forçar o jovem a informar os pais ou a dar-lhe autorização para tal²³; (3) deve suspeitar que o jovem vai, quase certamente, começar ou continuar a ter relações sexuais com ou sem proteção; (4) deve suspeitar que, se o jovem não receber tratamento contraceptivo, a sua saúde física ou mental poderá sofrer danos; (5) deve considerar ser do melhor interesse do jovem receber aconselhamento ou tratamento contraceptivo sem o conhecimento ou consentimento dos pais.

Este teste, por conter diretrizes mais específicas, surge, aparentemente, de fácil aplicação. Porém, com a prática, esta revela-se um pouco mais complexa, dada a subjetividade de algumas das expressões utilizadas. A primeira *guideline*, por exemplo, estabelece que o jovem deve compreender o tratamento, mas não especifica se a expressão ‘compreender’ significa que se exige ao menor que tenha apenas capacidade para

²¹ “A capacidade é definida tão meticulosamente (ao tomar em consideração as consequências éticas e morais) que mesmo muitos adultos falhariam no teste”[tradução nossa]. J. MCHALE, M. FOX, e J. MURPHY, *Health Care Law*, UK: Sweet and Maxwell, Londres, 1997, *apud* S. A. PAREKH, ‘Child Consent and the Law: An Insight and Discussion into the Law Relating to Consent and Competence’, *Child: Care, Health and Development*, 33(1), 2006, p. 80.

²² Optamos por manter o termo original mas poderão ser traduzidas, eventualmente, por orientações ou diretrizes de Fraser.

²³ Se bem que a atitude correta do médico será, em primeiro lugar, não forçar mas antes aconselhar o menor a trazer os seus pais à consulta ou, pelo menos, convencê-lo a dar permissão ao médico para ser este mesmo a informá-los. *Vd. Gillick*, (Lord Fraser e Lord Scarman). E ainda GRIMWOOD, *ob. cit.*, pp. 748 e ss.

compreender o tratamento, ou se terá de compreender concretamente aquele tratamento que se lhe propõe²⁴.

Também o último critério, que diz respeito ao ‘melhor interesse do menor’, não é muito claro. Primeiro, porque este é um conceito indeterminado, não podendo por isso ser definido, o que gera alguma incerteza. Segundo, porque não sabemos quem é que decide o que é melhor para a criança, se são os pais, o médico ou mesmo o tribunal. Para mais, fica em aberto uma importante questão: se o médico tem em conta o melhor interesse do menor na sua avaliação clínica²⁵, será que pode vetar a decisão da criança, que até é competente para consentir no tratamento, se considerar que esta não está a agir de acordo com o que é melhor para si?

3. A ‘compreensão do tratamento’

Existe um debate académico sobre se a palavra ‘compreensão’ significa capacidade para compreender ou se significa exata compreensão de um concreto tratamento.

A resposta a esta questão encontra-se nas palavras de Scarman – *understand fully what is proposed* – que parecem apontar para o entendimento de que a expressão significa que o menor deve ter plena compreensão do concreto tratamento que lhe é proposto e não apenas a capacidade para o compreender. Isto permite que a autonomia do menor seja avaliada para cada situação, ao invés de se pensar abstratamente numa capacidade que poderia valer para qualquer tratamento, o que seria absolutamente redundante, pois não é pelo facto de o menor ser competente para consentir num tratamento que será também para um outro, tudo depende das circunstâncias em particular. Cada caso deve ser analisado individualmente, daí a avaliação clínica do médico ser muito importante.

Compreender um tratamento concreto implica compreender a natureza, os objetivos, os riscos, os efeitos secundários e as possíveis consequências do tratamento, assim como as consequências de não o fazer. O menor tem de possuir maturidade suficiente para compreender a importância e a complexidade da sua decisão, e compreender que cada escolha que faz tem as suas repercussões.

²⁴ A mesma dúvida existe relativamente ao teste proposto por Scarman.

²⁵ O próprio termo ‘avaliação clínica’ (*clinical judgment*) pode trazer algumas dúvidas. Geralmente é entendida como a opinião profissional de um médico relativamente ao tratamento que melhor se adequa a um determinado paciente, consoante o seu estado físico, mental e emocional. *Vd. Gillick*, (Lord Scarman). É garantida ao médico uma certa discricionariedade na sua avaliação.

O que acontece muitas vezes é que, como a maturidade não é fácil de determinar, porque não depende meramente da idade do menor, os médicos optam por seguir um caminho mais seguro, recorrendo aos pais do menor para obter o consentimento. Por isso é tão importante que exista uma série de critérios por onde o médico se possa guiar para proceder à avaliação clínica.

4. O melhor interesse do menor

Este critério traduz alguma incerteza, desde logo, porque é difícil definir o que é o ‘melhor interesse do menor’ e, também, quem tem o direito de decidir se o tratamento médico aí se insere ou não.

A circular do DHSS referia que, em casos excepcionais, a decisão de prescrever métodos contraceptivos a menores cabe ao médico, pois é este quem sabe qual o melhor interesse do menor em termos de cuidados de saúde.

Isto foi extremamente criticado pela Sra. Gillick, que entendia que tal afetava os seus “direitos parentais”, pelo que lhe deveria ser reconhecido o direito a ser informada acerca de todos os assuntos médicos relacionados com as suas filhas, e, de igual modo, o direito de vetar qualquer conselho ou tratamento médico que eventualmente lhes viesse a ser fornecido²⁶. Com este protesto, a Sra. Gillick acreditava estar a defender os interesses das suas filhas, e não os seus.

Assim, o que se considera ser o ‘melhor interesse do menor’ e quem decide, se são os pais, o médico, um juiz ou o próprio menor, é discutível.

É claro que, na maioria dos casos, especialmente quando a criança é muito pequena, não há dúvidas que são os pais quem sabe o que é melhor para esta, e, sendo assim, são estes que decidem se o tratamento há de prosseguir ou não. Aliás, no que respeita a tomada de decisões médicas, vigora uma presunção de incompetência²⁷, o que significa que, até que o menor prove que é competente para tomar uma decisão acerca de um determinado tratamento por si mesmo, sem orientação dos seus pais, o médico deve partir do

²⁶ *Gillick*, (Lord Fraser).

²⁷ TIM GRIMWOOD, ‘Gillick and the Consent of Minors: Contraceptive Advice and Treatment in New Zealand’, *VUWLR*, 40, 2009, p. 754.

pressuposto que aquele não tem capacidade para consentir e que, portanto, é necessária a obtenção do consentimento dos pais²⁸.

Mas existem, de facto, circunstâncias excepcionais em que se confere capacidade ao menor para, sozinho, prestar consentimento na intervenção²⁹, o que é possível apenas *se e quando* este demonstrar possuir maturidade suficiente para compreender o tratamento e as suas implicações. Nesses casos, em princípio, o menor age de acordo com o que é melhor para a sua saúde, atua no seu melhor interesse.

Mas nem sempre será assim. O menor pode ser competente e compreender o que é melhor para si, o que é medicamente indicado para melhorar a sua saúde, e, ainda assim, decidir de forma contrária ao que se entende serem os seus interesses. Deverá a sua vontade ser respeitada, independentemente de ser contrária ao seu bem estar?

O entendimento que se retira das *Fraser Guidelines* é que, nestas situações, quando o médico considere, após uma análise, que o menor não está a agir em seu próprio benefício, deve poder vetar essa sua decisão, sobrepondo-se, assim, a preservação da saúde e da vida do menor à sua autonomia^{30/31}.

Não obstante poder o médico vetar um consentimento, o mais comum será usar desse poder nos casos de recusa por um menor com *inteligência e discernimento suficientes* para compreender que um determinado tratamento é essencial para a sua saúde, e que, ainda assim, opta por não consentir. Mas entramos, aqui, no âmbito da recusa do consentimento, matéria a ser tratada mais adiante.

Uma última ideia. Parece-nos que o veto apenas deve ser usado nos casos em que a decisão do menor represente sério risco para a sua saúde, caso contrário, se o médico

²⁸ Cf. *Gillick* (conclusões de Lord Scarman): “until the child achieves the capacity to consent, the parental right to make the decision continues save only in exceptional circumstances”. A própria circular do *DHSS* enfatiza esta ideia quando afirma que o médico “...will proceed from the assumption that it would be most unusual to provide advice about contraception without parental consent” (sublinhado nosso).

²⁹ *Supra*, p. 13.

³⁰ Com *Gillick* concluiu-se que o médico apenas pode prescrever contraceptivos a menores competentes se estiver convencido de que o faz no seu melhor interesse. O que significa que, se não estiver, pode vetar o consentimento e não fornecer o tratamento.

³¹ Sobre o princípio da beneficência, PERERA, *ob. cit.*, p. 419. Cf., também, HEIDI WALKER, ‘The Child Who Refuses to Undergo Anesthesia and Surgery – A Case Scenario-Based Discussion of the Ethical and Legal Issues’, *Pediatric Anesthesia*, 19, 2009, p. 1020.

detivesse um livre arbítrio, o teste *gillick* seria meramente utópico, pois estaríamos a assumir que quem tem o poder de decisão é este último e não o menor³².

Veamos, em seguida, em que sentido poderia a *gillick competence* ser introduzida no ordenamento jurídico português e qual a sua aplicabilidade prática.

³² O médico não pode sobrepor-se à vontade do menor competente sempre que as suas opiniões diverjam. Só o pode fazer quando o menor não age no seu melhor interesse e em situações extremas. A este propósito, a crítica de MARY DONNELLY e URSULA KILKELLY, ‘Child-friendly Healthcare: Delivering On The Right To Be Heard’, *Med. Law Rev.*, 19, 2011, p. 28, citando PRISCILLA ALDERSON e JONATHAN MONTGOMERY: “a participação [dos menores de 14 anos na tomada de decisões] consegue ser pior do que inútil quando usada para disfarçar o facto de que nenhuma escolha lhes é, realmente, dada”.

CAPÍTULO III

A LEI PORTUGUESA

A *gillick competence* foi, já, adotada por diversos sistemas jurídicos³³, continuando, todavia, sem ter aplicação em Portugal. A grande questão, que serve de base ao presente trabalho, é a de saber se, no nosso país, pode um profissional de saúde – leia-se, um médico –, através da sua análise clínica, reconhecer a menores de dezasseis anos capacidade para consentir em tratamentos médicos.

De forma a percebermos se seria viável a introdução desta figura no nosso ordenamento jurídico, temos, antes de mais, de refletir sobre diversos conteúdos. Em primeiro lugar, torna-se necessário compreender em que consiste o consentimento e como se atribui capacidade aos menores para esse efeito. Em seguida, importa salientar a relevância do dever de esclarecimento por parte do médico para que o consentimento seja válido. Por último, não poderíamos deixar de nos deter sobre a matéria da recusa de tratamento, quer pelos menores como pelos seus pais.

1. O consentimento informado

O consentimento do doente é o ato através do qual o doente manifesta a sua concordância relativamente ao que lhe é proposto em termos de cuidados de saúde. É, assim, um requisito à sua liberdade de escolha. É o doente que decide se quer ou não prosseguir com um determinado tratamento.

Salvo em situações de urgência ou situações raras, os profissionais de saúde não podem tratar ninguém sem o seu consentimento, sob pena de serem responsabilizados penalmente. A realização de uma intervenção sem consentimento configura uma violação da autodeterminação individual do doente e uma ofensa à sua integridade física³⁴, incriminada com base no art. 156.º do CP³⁵. Note-se, contudo, que a intervenção não

³³ Por exemplo, na Nova Zelândia não está prevista na lei mas já alguns tribunais seguem os seus princípios. Sobre a aplicação da figura *gillick* nesse sistema jurídico, é de relevo todo o artigo de GRIMWOOD, *ob. cit.*

³⁴ Em Espanha, por exemplo, há quem considere tratar-se de uma violação das *leges artis*. Vd. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, *Responsabilidade Médica em Direito Penal – Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 335, nota 680.

³⁵ Este art. consagra as *Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*, isto é, sem o consentimento do paciente. Estipula o n.º 2 que o médico pode prosseguir com o tratamento sem o consentimento se este a) *só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo*

consentida não deixa de ser uma intervenção médica, não obstante a violação da autonomia do doente.

Para ser eficaz, o consentimento tem de obedecer a uma série de requisitos³⁶. Exige-se (1) que o sujeito possua capacidade para consentir; (2) que tenha total disponibilidade sobre o bem jurídico integridade física e saúde³⁷; (3) que o consentimento seja atual e não esteja revogado, devendo ser anterior e persistir no momento da intervenção³⁸; (4) e que esteja cumprido o dever de esclarecimento por parte do médico, pois só devidamente informado pode o paciente, com base no seu sistema de valores, manifestar a sua concordância para com uma determinada intervenção – daí que se use a expressão ‘consentimento informado’³⁹. O requisito que mais nos interessa é o da capacidade.

1.1. A capacidade para consentir

Este é um conceito relativamente novo que tem sido alvo de alguma discussão na doutrina por falta de uma definição legal concreta. Tem-se entendido que a capacidade para consentir é um ramo da capacidade jurídica⁴⁰, mas que nada tem que ver com a capacidade de exercício de direitos que decorre das normas civis⁴¹. Segundo GUILHERME DE OLIVEIRA, a norma que reconhece aos jovens autonomia para consentir não é a norma da maioria civil mas sim a norma do CP que a reconhece aos dezasseis anos (art. 38.º, n.º 3)⁴².

grave para o corpo ou para a saúde; ou b) tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde. Cf. também o art. 47.º do CDOM.

³⁶ GOMES RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 342-343.

³⁷ WOLFGANG FRISCH, ‘Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico-Cirúrgicas’, *RPCC*, 14, 2004, p. 73.

³⁸ Note-se, porém, que será livremente revogável até à execução da intervenção. Excetuam-se os casos de dádiva de órgãos, quando já se efetuou a preparação pré-transplante e o recetor corre risco de vida. Sobre esta matéria, *vd.* PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal – À Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª Ed., UCP, Lisboa, anotação 24 ao art. 38.º, p. 199.

³⁹ Sublinhado nosso. A expressão advém da designação anglo-americana *informed consent*, introduzida por um tribunal da Califórnia.

⁴⁰ DIAS PEREIRA, *ob. cit.*, p. 153.

⁴¹ A capacidade de exercício de direitos atinge-se, segundo a lei civil – arts. 122.º e 123.º do CC –, aos 18 anos. Mas um incapaz por menoridade pode ter capacidade para consentir.

⁴² Deverá, assim, a lei penal prevalecer à lei civil, pois se o ramo do direito que mais se preocupa com a autodeterminação se contenta com o consentimento prestado por um jovem de 16 anos, não fará sentido exigir-se os 18 anos. OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 228. Este é o entendimento da doutrina maioritária: Orlando de

Esta disposição, para além da idade, refere que, para que o consentimento seja eficaz, é necessário que quem consente seja capaz de perceber o significado e o alcance dessa decisão, exigindo-se, no fundo, que o doente compreenda, de facto, o tratamento a que se submete – a natureza, fins, benefícios, riscos, alternativas, implicações do seu não recebimento –, devendo ser capaz de fazer juízos de prognose relativamente às consequências da sua decisão, e, *a final*, assumi-la, livre de pressões⁴³.

A aferição da competência do doente para prestar consentimento depende das suas capacidades intelectuais, volitivas e emocionais, e é feita casuisticamente pelo médico, que procede a uma avaliação clínica do caso e decide acerca da capacidade.

1.1.1. A capacidade dos menores

Inerente aos menores está a sua peculiar vulnerabilidade, a falta de experiência e a falta de capacidade para formar opiniões críticas e tomar decisões informadas, uma vez que se encontram em processo de desenvolvimento das suas aptidões⁴⁴. Como tal, em regra, capazes são os adultos, pois, pelo seu desenvolvimento normal, possuem os conhecimentos, valores e modelos de ponderação necessários à tomada de decisões.

Aos menores, no entanto, é-lhes já reconhecida uma certa autonomia e competência nas simples intervenções do dia-a-dia, como por exemplo, nas colheitas de sangue, nos tratamentos dentários ou nos tratamentos de vulgares constipações⁴⁵. Permite-se que estes expressem a sua vontade e, até mesmo, deem a sua autorização.

Sabemos, contudo, que, legalmente, só a partir dos dezasseis anos pode um menor consentir em tratamentos médicos como se fosse maior de idade⁴⁶, o que significa que o

Carvalho, Figueiredo Dias, Sinde Monteiro, Capelo de Sousa, Paulo Mota Pinto. Cf. DIAS PEREIRA, *ob. cit.*, p. 315.

⁴³ O conceito é um pouco abstrato e várias têm sido as teorias que o tentam descortinar. O autor alemão AMELUNG, por exemplo, idealiza a capacidade para consentir como a capacidade de tomar uma decisão racional, baseada numa análise de custos-benefícios, tendo, para isso, o consentente de apresentar um forte sistema de valores e de inteligência, aspetos que o autor considera estarem em falta nos menores. *Ibid.*, pp. 154-160.

⁴⁴ Neste sentido, CARTER e LAWRENCE, *ob. cit.*, p. 312.

⁴⁵ FRISCH, *ob. cit.*, p. 73.

⁴⁶ Como já referimos, a maioridade, nos termos da lei civil, atinge-se com os 18 anos. Portanto, a norma do art. 38.º, n.º 3 do CP veio criar uma “*maioridade especial*”, uma maioridade para o acesso a cuidados de saúde. OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 228. Neste sentido, também o *Family Law Reform Act* de 1969, no n.º 1 da sua 8.ª secção, estipula que “o consentimento de um menor, que tenha atingido os 16 anos, para qualquer tratamento cirúrgico, médico ou dentário (...) é tão eficaz como se aquele fosse maior de idade e (...) não é necessário obter o consentimento dos seus pais ou guardião” [tradução nossa]. O n.º 3 da mesma secção

legislador considerou que, só a partir de tal idade, é o menor maduro o suficiente para compreender o que lhe é proposto e tomar uma decisão. Até que atinja essa fase, caberá aos pais a tomada de decisões, devendo estes orientar-se exclusivamente pelo bem do menor⁴⁷ e ouvir a sua opinião⁴⁸.

Quando falamos em maturidade geralmente prendemo-nos com a idade do menor⁴⁹. Em regra, os adolescentes possuem mais maturidade, uma vez que já adquiriram conhecimentos, valores e capacidade de pensamento suficientes para formar opiniões relevantes e ponderadas. Por seu turno, uma criança de cinco ou seis anos ainda não tem o discernimento e determinação de um adolescente, falta-lhe o amadurecimento mental e físico.

Contudo, embora a maturidade advenha, normalmente, com a idade, existem vários outros fatores que influenciam o desenvolvimento psicológico do menor e que formam a sua personalidade, como, *v.g.*, a educação, o relacionamento familiar, a inserção social. A maturidade não surge no dia em que o menor faz 16 ou 18 anos. É um longo processo que ocorre para cada pessoa num momento diferente⁵⁰. Por isso, entendemos que fixar a idade em que o menor atinge esse amadurecimento e, conseqüentemente, adquire capacidade para consentir, não é viável, pois varia de situação para situação⁵¹.

deixa, no entanto, algumas dúvidas quanto à possibilidade do consentimento de um menor de 16 anos ser eficaz, quando diz que “nothing in this section shall be construed as making ineffective any consent which would have been effective if this section had not been enacted”. Portanto, não fosse a inserção desta secção, o consentimento de um menor de 16 seria válido, pelo que o n.º 1 não poderá retirar essa eficácia.

⁴⁷ Estipula o art. 46.º, n.º 3 do CDOM que “A opinião dos menores deve ser tomada em consideração, de acordo com a sua maturidade, mas o médico não fica desobrigado de pedir o consentimento aos representantes legais daqueles”. Também o n.º 2 do artigo 6.º da CEDHBio dispõe que: “Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante...”.

⁴⁸ WALKER, *ob. cit.*, p. 1018: “Despite the lack of competency to make an autonomous decision, a child still has a right to have their views heard and considered”.

⁴⁹ *Vd.* FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 483-484.

⁵⁰ *Cf.* J. MCHALE et al., *ob. cit.*, *apud* PAREKH, *ob. cit.*, p. 79: “Não existe uma idade fixa a partir da qual os menores se tornam, de repente, competentes” [tradução nossa].

⁵¹ Em sentido divergente, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*, Porto, UCP, 1995, pp. 313-314: “O estabelecimento de um limite de idade para consentir serve uma ideia de certeza e segurança jurídicas (...) não deverá ser todavia demasiadamente baixo, uma vez que, nesse caso, se estará a potenciar o risco de consentimentos irrefletidos ou apressados...”. Não obstante, a Autora reconhece que existirão casos em que menores de idade inferior poderão possuir capacidade de compreensão, nomeadamente aqueles que se encontrem no limiar de aquisição da maioridade. Mas, acrescenta, esses casos constituirão exceções, pelo que não faria sentido ter-se estabelecido um limite mais baixo, para que depois a exceção fosse, precisamente, a verificação de capacidade. Embora não concordando inteiramente com a posição, compreendemos que, na prática, o mais comum seja que esta capacidade de ponderação surja nos menores que estão mais próximos de atingir os 16 anos, pois, regra geral, terão mais discernimento e um maior sentido de responsabilidade, essencialmente devido à sua idade e à experiência de vida. No entanto,

A idade deve ser apenas o ponto de partida na determinação dessa capacidade⁵². É verdade que, geralmente, se consegue, através da avaliação do comportamento e maturidade de um determinado grupo com a mesma faixa etária, prever o comportamento de um menor com uma idade nela compreendida, partindo-se, assim, duma análise geral para um caso concreto. Mas deve ser sempre feito um juízo quanto ao grau de desenvolvimento do menor em questão a fim de precisar se este se enquadra ou não dentro dos moldes normais do grupo etário em que se insere⁵³, pois pode acontecer que um menor *esteja consideravelmente à frente do seu grupo etário, isto é, detenha capacidades de decisão correspondentes às de um grupo etário em relação ao qual teria de reconhecer-se a capacidade de consentimento*⁵⁴.

Todavia, como já referimos, não pode ser esse o único fator a influenciar a atribuição da capacidade⁵⁵. A gravidade do tratamento é, também, um critério de grande peso na decisão do médico⁵⁶, que se tem de assegurar que o menor compreende aquilo a que vai ser exposto.

O médico, com base na maturidade do menor, a qual, vimos já, não depende somente da idade, deve aferir da capacidade de compreensão de *qualquer* menor relativamente a *qualquer* tratamento médico, seja este uma cirurgia aos olhos, uma transfusão de sangue,

cremos que não deve ser imposta uma “linha separadora” entre aqueles que, eventualmente, poderão constituir as tais exceções e que, portanto, poderão consentir, e aqueles que estão absolutamente impedidos de o fazer. Admitindo-se que, antes dos 16 anos, poderão existir casos excepcionais de menores que possuem capacidade para prestar consentimento, o que consideramos, e é aqui que a nossa opinião diverge da Autora, é que não deve existir um limite de idade para averiguação dessa capacidade, ainda que o mais provável seja que esta apenas surja nos menores de catorze anos ou quinze anos. Estabelecer uma separação entre os menores no limiar de aquisição da maioridade e os de idades inferiores restringe a verificação da excecionalidade de algumas situações. Julgamos, assim, que a serem admitidas exceções, não devem existir “ses”, isto é, limitações.

⁵² Em *Gillick*, Lord Fraser conclui que não se pode afirmar que uma menor de 16 anos não é capaz para consentir validamente num tratamento contraceptivo apenas em razão da sua idade. Se esta demonstrar que tem inteligência e discernimento suficientes para compreender o que envolve o tratamento, então não se lhe poderá negar a capacidade para consentir.

⁵³ FRISCH, *ob. cit.*, p. 95.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ A este respeito, *vd.* TRIAN FUNFUDIS, ‘Consent Issues in Medico-Legal Procedures: How Competent Are Children to Make Their Own Decisions?’, *Child and Adolescent Mental Health*, 8(1), 2003, pp. 18-22, onde se enunciam alguns aspetos que influenciam a vontade do menor. São eles a idade, o nível cognitivo – onde se insere a lógica, a razão, a memória, as aptidões –, a maturidade emocional – que depende do temperamento, das atitudes, do estado mental, da estabilidade do humor, da impulsividade, da tolerância –, e os fatores sócio-culturais, como os valores familiares e as crenças religiosas ou culturais. Tudo isto forma a maturidade psicológica do menor.

⁵⁶ É óbvio que a gravidade da intervenção vai influenciar em muito a atribuição da capacidade. *Quanto mais grave for a intervenção proposta mais exigente se deve ser na determinação da capacidade para consentir.* DIAS PEREIRA, *ob. cit.*, p. 164, nota 368. Também neste sentido, PAREKH, *ob. cit.*, pp. 78-79, refere como relevantes a natureza e severidade do tratamento, a experiência do menor e a sua inteligência.

ou um simples tratamento de uma gripe. Independentemente da natureza do tratamento, se o menor for considerado capaz, só o seu consentimento interessa e torna lícita a intervenção, não sendo necessária a concordância dos seus pais⁵⁷.

1.2. O dever de esclarecimento

O consentimento, antes de tudo, para que seja válido e eficaz, tem de ser esclarecido, o que pressupõe que ao doente seja dada toda a informação indispensável acerca da sua doença e da intervenção a realizar, uma vez que este não possui os conhecimentos suficientes e necessários à tomada de uma decisão informada. É sobre o médico que recomenda o tratamento⁵⁸ que recai o dever, não só deontológico mas também legal, de se certificar que o doente recebeu toda essa informação e ficou plenamente satisfeito com as respostas às suas perguntas, isto é, devidamente esclarecido⁵⁹.

O dever de esclarecimento está consagrado no art. 157.º do CP⁶⁰, nos termos do qual “...o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento...”. O legislador português optou, assim, por definir, expressamente, os tópicos sobre que deve a informação versar: diagnóstico⁶¹, prognóstico do tratamento – em

⁵⁷ FRISCH, *ob. cit.*, p. 96, nota 76. Tal posição é, também, defendida pelo autor ORLANDO DE CARVALHO, segundo o qual *seria absurdo que o representante legal pudesse realizar compromissos jurídicos que tocam em direitos de personalidade do menor (...), quando este já tem maturidade suficiente, contra a vontade esclarecida deste*. Vd. DIAS PEREIRA, *ob. cit.*, p. 173.

⁵⁸ Pode outro membro da equipa cumprir essa obrigação, mas, *a final*, será o médico que realiza o tratamento o responsável por se assegurar que o paciente foi devidamente esclarecido. Se colaborarem médicos de diferentes serviços, cada um assume a sua responsabilidade. *V.g.*, o especialista tem conhecimentos mais específicos e aprofundados, cabendo-lhe um especial dever de informar, o que, todavia, não retira ao médico assistente a obrigação de, também ele, prestar todo e qualquer esclarecimento. Vd. GUILHERME DE OLIVEIRA e ANDRÉ DIAS PEREIRA, ‘Consentimento Informado’, *Compilação do Centro de Direito Biomédico*, Coimbra, 2006, pp. 13 e 17.

⁵⁹ A falta de esclarecimento poderá acarretar para o médico tanto responsabilização disciplinar, por violação de um dever de conduta, como também civil e mesmo penal, pois, não se encontradas cumpridas as regras do consentimento informado, este torna-se ineficaz, o que significa que a intervenção é considerada, aos olhos do direito civil, uma ofensa corporal não consentida (art. 340.º CC), e aos olhos do direito penal, uma intervenção arbitrária (art. 157.º CP).

⁶⁰ E, igualmente, regulado no n.º 1 do art. 44.º do CDOM, segundo o qual “o doente tem o direito a receber e o médico o dever de prestar o esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença”. Também na Lei de Bases da Saúde – Base XIV, n.º 1, al. e), da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto – se atribui aos doentes o direito a “ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis do tratamento e a evolução provável do seu estado”. Cf. ANDRÉ DIAS PEREIRA, ‘O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica’, *Responsabilidade Civil dos Médicos*, FDUC – Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 436 e ss.

⁶¹ O diagnóstico é indispensável para o consentimento. Citando KERN/LAUS, “o primeiro pressuposto da autodeterminação do paciente é precisamente saber que está doente e conhecer o essencial da sua doença”.

que consiste, como se processa, quanto tempo dura –, seus inconvenientes e vantagens, possíveis tratamentos alternativos (inclusive os riscos e benefícios de cada opção), possíveis complicações, efeitos colaterais, resultados esperados, etc.⁶². Devem também ser espelhadas as razões que levam o médico a aconselhar aquela intervenção e quais as consequências da sua não realização^{63/64}.

Nas palavras de JOÃO ÁLVARO DIAS, o consentimento deve resultar de *um diálogo entre o doente e o médico em que ambas as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente, diálogo que há-de culminar na concordância ou anuência do doente à realização de certo tratamento ou intervenção*⁶⁵.

Essencial para que o paciente compreenda o tratamento e possa consentir livre e esclarecidamente é a forma como a informação é prestada. Exige-se prudência e delicadeza⁶⁶. Antes de mais, deve usar-se o critério do ‘paciente concreto’, ou seja, deve dar-se as informações que aquela específica pessoa precisa de saber, pois podem existir pormenores que pareçam inúteis para um indivíduo, mas que, para outro, sejam extremamente decisivos, devido à sua profissão, por exemplo⁶⁷.

Importante é, também, a linguagem utilizada, a qual deve ser acessível e *apropriada para o leigo e com o cuidado de não atemorizar o doente*, como define ÁLVARO GOMES

MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pp. 459-460.

⁶² GOMES RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 333. Deve, ainda, ser transmitida ao doente a possibilidade de, a qualquer momento, requerer futuros e eventuais esclarecimentos ou revogar o seu consentimento, pois a sua decisão não é vinculativa. OLIVEIRA e DIAS PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 33, 53 e 55. Note-se, contudo, que “evidentemente que não se pode comunicar ao doente um quadro completo de todos os riscos possíveis existentes em cada tratamento, transformando-se cada consulta num curso de medicina, além de levar ao desencorajamento do doente”. J. A. ESPERANÇA PINA, *A Responsabilidade dos Médicos*, Edições Lidel, Porto, 1994, p. 97. Deve ser feita uma escolha da informação a dar, devendo esta ser minimamente razoável à tomada de uma decisão consciente por parte do doente. A informação deve ser clara e exata, mas limitada aos riscos previsíveis.

⁶³ FRISCH, *ob. cit.*, pp. 73 e ss.

⁶⁴ Por vezes, é concedido aos médicos o direito de omitir parte ou todo o esclarecimento, por se mostrar que o conhecimento de certas circunstâncias é susceptível de colocar o doente em perigo de vida ou de lhe causar grave dano à saúde. São os casos, *v.g.*, em que o paciente é de idade avançada e corre sério risco de enfarte ao ouvir a notícia. Mas, sublinhe-se, a denegação do esclarecimento e conseqüente sacrifício do direito à autodeterminação só é legítima se a comunicação de certas circunstâncias se mostrar capaz de provocar perturbações graves e irreversíveis. A isto se chama de privilégio terapêutico (cf. 2.^a parte do art. 157.º do CP). Na verdade, o esclarecimento serve para ajudar o paciente na sua decisão, pelo que não deve pôr em perigo o que essencialmente se visa salvaguardar: a sua saúde. Caberá ao médico questionar-se em que medida a comunicação do diagnóstico deve ceder face às contraindicações ou perigos que ela comporta. COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 459.

⁶⁵ JOÃO ÁLVARO DIAS, ‘Procriação Assistida e Responsabilidade Médica’, *Studia Iuridica*, Ed. BFDC – Coimbra Editora, 1996, p. 281, *apud* GOMES RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 336.

⁶⁶ Cf. arts. 44.º e 50.º do CDOM.

⁶⁷ Se o doente é cozinheiro, perder temporariamente o palato devido a uma cirurgia poderá afetar a sua decisão. OLIVEIRA e DIAS PEREIRA, *ob. cit.*, p. 31.

RODRIGUES⁶⁸. O discurso do médico deve adaptar-se o mais possível a cada doente e acompanhar as capacidades intelectuais deste, tendo em conta a sua idade, o estado emocional, o nível cultural e a sua capacidade de compreensão⁶⁹.

Estando em causa o esclarecimento de um menor, usar linguagem técnica é perfeitamente inadequado. As informações acerca da doença e do tratamento devem ser transmitidas da melhor forma que permita que o menor as compreenda, pois só assim se pode contar com a sua cooperação⁷⁰, que é essencial ao sucesso da intervenção⁷¹. Um menor devidamente esclarecido e que participa de forma consciente no processo curativo e nas decisões que envolvem o seu próprio corpo, muito provavelmente, terá uma melhor recuperação.

1.2.1. A participação na tomada de decisões

Muitas vezes, quando os filhos adoecem, os pais, para os proteger da dificuldade da tomada de decisões, evitam que aqueles interfiram no processo. Só que esta não é, na verdade, a melhor atitude a tomar. As crianças precisam de ser ouvidas quando estão em causa decisões que as afetam⁷². Querem receber explicações para as suas perguntas e aliviar a ansiedade de não saber o que está de errado consigo mesmas. Além do que, ser ouvidas é um sinal de respeito pela sua vontade, pelos seus direitos, o que lhes aumenta a autoestima. Sentirem que a sua opinião conta é o primeiro passo para uma boa e rápida recuperação. Sentirem-se parte no processo faz com que os menores respeitem e cumpram mais facilmente as recomendações médicas⁷³.

⁶⁸ *Cit.*, p. 346.

⁶⁹ *A informação prestada pelo médico deve ser simples (dada em linguagem compreensível pelo paciente), suficiente (contendo os dados essenciais para a tomada de decisão por aquele tipo de paciente), pontual (relativa a cada acto médico ou grupo autónomo de actos médicos), oportuna (em função do estágio de evolução da doença), neutral (salvaguardando a liberdade de decisão do paciente) e verdadeira.* JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 241-242.

⁷⁰ Sobre a cooperação dos menores, *vd.* DONNELLY e KILKELLY, *ob. cit.*, pp. 27 e ss.

⁷¹ O envolvimento da criança no processo da decisão pode comportar menores sequelas psicológicas e complicações pós-cirúrgicas. CARTER e LAWRENCE, *ob. cit.*, pp. 309-319.

⁷² A este respeito, J. SHIELD e J. BAUM, 'Children's consent to treatment', *BMJ*, 308, 1994, pp. 1182-1183: "Listen to the children – they will have to live with the decision". É, de facto, a criança que tem de viver com o resultado da decisão, daí ser essencial perceber o que se passa com o seu corpo e exprimir a sua opinião.

⁷³ CARTER e LAWRENCE, *ob. cit.*, p. 316.

Na maioria das vezes, o que querem é só mesmo ouvir e ser ouvidos, deixando para os pais e para os médicos a parte mais difícil: a decisão⁷⁴. Deste modo, não a tomam efetivamente, apenas participam no processo.

Decidir e participar na tomada de decisões são comportamentos distintos. A participação é a fase inicial do pensamento. Depois, à medida que a criança progride, na idade e na maturidade, poderá ser considerada suficientemente capaz para tomar a sua própria decisão⁷⁵. Para isso, tem de demonstrar um certo nível de desenvolvimento cognitivo e que apreendeu toda a informação⁷⁶ e ponderou todos os prós e contras da intervenção, sendo, só então, competente para tomar uma decisão, livre de pressões.

Já a participação abrange um maior número de situações e não se limita apenas aos menores competentes. Pode significar, somente, que a opinião da criança é ouvida; ou que lhe dão a hipótese de expressar as suas ideias; ou que estas são tomadas em consideração; ou que a criança está envolvida no processo da tomada de decisão; ou ainda que a criança assume alguma responsabilidade e partilha com os seus pais um certo poder de decisão. O grau de participação irá depender da idade e maturidade do menor⁷⁷.

2. O direito de recusa do consentimento

É normal as crianças recusarem intervenções, é o reflexo do medo e ansiedade que sentem. No entanto, por vezes, a recusa pode ser uma decisão consciente de não querer prosseguir com um determinado tratamento por não ser esse do seu melhor interesse⁷⁸. Nesses casos, de que vale a opinião dos menores? É a sua recusa tão eficaz quanto o seu consentimento?

⁷⁴ PRISCILLA ALDERSON realizou um estudo onde entrevistou 120 crianças que aguardavam por uma cirurgia, com idades compreendidas entre os 8 e os 15 anos, para saber quais as suas opiniões relativamente ao dever de esclarecimento para com os menores. 99 dessas crianças consideraram que os médicos têm o dever de lhes dar informações acerca da intervenção e não apenas aos seus pais; 16 acreditavam que só os pais deviam ser informados; e 4 julgavam que só elas deviam ser informadas, e não os pais. Face à pergunta “Como reagirias em caso de desacordo entre ti e os teus pais?”, a maior parte disse aceitar a opinião destes; outros negociariam. DONNELLY e KILKELLY, *ob. cit.*, pp. 34-35.

⁷⁵ Nos termos do art. 6.º, n.º 2 da CEDH Bio: “A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade”. O que significa que, quanto mais próximo da maioridade ele se encontra, mais determinante será a sua opinião.

⁷⁶ CARTER e LAWRENCE, *ob. cit.*, p. 315.

⁷⁷ Cf. DONNELLY e KILKELLY, *ob. cit.*, pp. 30-31.

⁷⁸ WALKER, *ob. cit.*, p. 1017.

No Reino Unido, algumas decisões subsequentes a *Gillick* vieram atribuir capacidade aos menores somente para procurar tratamento médico mas não para compreender as consequências de uma recusa⁷⁹. Por exemplo, em 1990, cinco anos após aquela decisão, um menor de 15 anos com leucemia recusou uma transfusão de sangue, essencial à sua sobrevivência, por ser testemunha de Jeová. Embora ele tenha sido considerado extremamente inteligente, maduro e capaz de tomar as suas próprias decisões, o tribunal negou-lhe a competência para recusar o tratamento por entender que o menor só optaria por tal caminho se não compreendesse as consequências de tal decisão. As transfusões prosseguiram contra a sua vontade⁸⁰.

Em nosso entender, o argumento de que o menor não é capaz de compreender as implicações de uma recusa, mas é maduro o suficiente para consentir, não faz qualquer sentido⁸¹, e retira-lhe, inclusivamente, autonomia e competência⁸². Se este, devidamente informado acerca da sua doença⁸³, demonstrar ter capacidade para compreender todas as implicações do tratamento, não poderá recusá-lo?

Se o menor for competente para consentir na intervenção, fará sentido não lhe reconhecer a capacidade de recusa? E com que argumento é isso feito? Com base na sua idade? Se aquele tiver ‘inteligência e discernimento suficientes’ para compreender o tratamento e, assim, ser considerado capaz para consentir, porque não admitir também que possui a mesma inteligência e o mesmo discernimento quando toma a decisão de não consentir?

⁷⁹ PERERA, *ob. cit.*, p. 415. Cf. também MICHAEL FREEMAN, ‘Rethinking Gillick’, *The International Journal of Children’s Rights*, 13, 2005, pp. 201-217, cujo artigo analisa alguma jurisprudência que sucedeu a decisão *Gillick* e critica o afastamento dessa decisão.

⁸⁰ O caso teve um final trágico, pois aos 18 anos a condição do menor deteriorou-se e este, então competente, recusou posteriores transfusões, tendo vindo, eventualmente, a falecer. *Vd.* FREEMAN, *ob. cit.*, pp. 208-209. E também HAYHOE, *ob. cit.*, p. 767 e ss. Mais sobre as testemunhas de Jeová na p. 35.

⁸¹ Há autores, num sentido um pouco paternalista, que consideram que o menor que recusa uma intervenção essencial para lhe salvar a vida não tem capacidade para consentir pois é incapaz de valorar a situação. *Vd.* DIAS PEREIRA, *O Consent... cit.*, p. 320.

⁸² “Permitir ao menores consentir em tratamentos médicos mas não recusá-los é criar uma falsa noção de autonomia e respeito pelos seus direitos”. PAREKH, *ob. cit.*, p. 79. Neste sentido, A. GARWOOD-GOWERS, J. TINGLE, T. LEWIS, *Healthcare Law: The Impact of the Human Rights Act [1998]*, Londres, 2001, p. 240, *apud* PERERA, *ob. cit.*, p. 416: “denying competent minors the legal right to self-determination with respect to medical intervention discriminates against them in terms of liberty and security”. Cf. também FREEMAN, *ob. cit.*, pp. 206 e 211.

⁸³ Note-se que a recusa, tal como o consentimento, tem de ser informada. O doente tem de compreender todas as consequências do não tratamento. Tem de compreender que a recusa levará, certamente, à deterioração da sua saúde e que há o risco de nunca recuperar.

Quando o menor não é competente, a solução é mais simples: os pais são chamados a consentir no tratamento em nome do seu filho, aconselhando-se, contudo, a que se tente obter a concordância do menor. Já a recusa por um menor competente é um pouco mais complicada de se contornar. Dado que não pode haver quebra da confidencialidade, o médico não tem autorização do menor para contactar os pais e informá-los da intervenção. Portanto, só lhe resta respeitar a sua decisão.

Caso a recusa do menor, e conseqüente falta de tratamento, consistir em sério risco para a sua saúde ou para a sua vida, deve o médico puder vetar essa decisão, dando prevalência ao princípio da beneficência e não à autonomia do menor⁸⁴, o que significa que o tratamento será administrado contra a sua vontade. Não quer isto dizer que é declarado incompetente para decidir. Não. Este é capaz e a sua decisão é válida, mas, uma vez que é contrária aos seus interesses, o médico tem a possibilidade de a rejeitar.

Poderemos sentir um pouco de relutância em aceitar esta ideia, uma vez que, a ser assim, parece estar-se a retirar toda a autonomia do menor. E sujeitá-lo a um tratamento para o qual não consentiu poderá trazer conseqüências a nível psicológico e social e poderá mesmo influenciar o sucesso da intervenção.

Todavia, exatamente por estes motivos, deve-se exigir que o benefício em avançar com o tratamento supere as desvantagens e releve o suficiente para se sobrepor à vontade do menor. Para além do que, o médico necessita, ou do consentimento dos pais do menor, ou de uma ordem do tribunal para prosseguir com a intervenção, não podendo prosseguir sem um consentimento válido⁸⁵.

Isto significa que terá de haver uma quebra do sigilo médico. Ora, a falta de garantia da confidencialidade transmite alguma insegurança aos menores, podendo levá-los a deixar de procurar ajuda médica. Por isso, reforça-se, uma vez mais, a ideia de que o veto apenas deve existir em casos extremos de sério perigo para a saúde ou para a vida do menor⁸⁶.

⁸⁴ A autonomia dos menores não é absoluta; tem de ser contrabalançada com o seu bem estar e os seus interesses. EMMA CAVE, 'Seen But Not Heard? Children in Clinical Trials', *Med. Law Rev.*, 18 (1), 2010, p.3.

⁸⁵ Há autores que defendem que, embora qualquer menor, independentemente da sua idade, possa recusar um tratamento médico, se este for essencial para a sua vida a última decisão deve caber ao tribunal. Assim, P. ALDERSON E J. MONTGOMERY, *Health Care Choices: Making Decisions with Children*, Londres, 1996, *apud* PAREKH, *ob. cit.*, p. 81. Cf. também SHAW, *ob. cit.*, p. 155.

⁸⁶ Em sentido divergente, DIAS PEREIRA, *O Consent...*, *cit.*, pp. 321-322, entende que a recusa deve ser admitida mesmo quando esteja em causa um tratamento imprescindível para a vida ou para a saúde do menor, v.g. um tratamento de quimioterapia que lhe oferece hipóteses de cura. No entanto, aceita que a recusa perante tratamentos vitais *podará justificar uma atitude de especial exigência na avaliação da capacidade*.

Possivelmente, um dia mais tarde, o menor, então adulto e mais maduro, reconhecerá que o médico tomou a decisão acertada⁸⁷.

Fora estes casos, somos da opinião que os menores devem poder recusar tratamentos da mesma forma que podem neles consentir, provando ter maturidade suficiente para compreender o sentido da sua decisão e desde que ajam em plena consciência daquilo que é melhor para si, para a sua saúde⁸⁸.

2.1. Recusa por parte dos pais

Uma situação diferente é a recusa de um tratamento por parte dos pais em nome dos menores (não competentes). É uma problemática que, não é exclusiva, mas que geralmente anda associada aos casos de recusa de transfusões de sangue por testemunhas de Jeová⁸⁹.

Em Portugal, o que a doutrina e a jurisprudência têm entendido quanto a esta questão é que *não é lícito aos pais, seja em nome de que valores forem, privar os filhos do direito à saúde e à vida*⁹⁰. Os pais não podem recusar um tratamento que é medicamente indicado e indispensável⁹¹ para afastar doença grave ou salvar a vida do menor⁹², sejam quais forem os seus fundamentos – convicções religiosas ou quaisquer outras. Se o fizerem, o médico

⁸⁷ Neste sentido, PAREKH, *ob. cit.*, p. 80.

⁸⁸ Da mesma opinião, DIAS PEREIRA, *O Consent... cit.*, p. 321: “...se o menor for capaz de compreender (...) de forma a que se deva considerar capaz para consentir, deve também ser considerado capaz para dissentir”.

⁸⁹ Os seus praticantes consideram que a ingestão de sangue é contra a ordem divina. A este propósito, estabelece o *Parecer 46/CNECV/05 sobre a objecção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos* que: “3. A recusa em aceitar transfusões de sangue e hemoderivados enquadra-se no direito de o doente decidir sobre os cuidados de saúde que deseja receber...” e “6. Quando haja uma recusa válida o médico e/ou outros profissionais de saúde têm o dever de a respeitar”. Será válida a recusa, em virtude das convicções religiosas, quando efetuada por um adulto. Mas já não por um menor. Este Parecer do CNECV não reconhece competência aos menores para tomarem essa decisão. Esclarece que estes “10. ...não podem considerar-se como tendo competência para assumir decisões sobre cuidados de saúde, pelo que são justificados os actos terapêuticos para os quais não foi obtido consentimento (...) 11. ...deve ser requerida a autorização dos representantes legais, prevalecendo igualmente, em caso de recusa, o dever de agir decorrente do princípio da beneficência (...) sem prejuízo do recurso às vidas judiciais quando indicado”.

⁹⁰ GOMES RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 349. O mesmo entendimento decorre em Espanha, EUA, Canadá, França, Itália, entre outros. Sobre esta matéria, DIAS PEREIRA, *O Consent... cit.*, pp. 325-329.

⁹¹ Os tratamentos podem: ser essenciais à cura dos menores, não podendo ser recusados pelos pais; prolongar a vida da criança, mas não lhe proporcionar qualquer qualidade de vida (sendo, por isso, muitas vezes considerados “fúteis”) pelo que, alguns tribunais estrangeiros admitem a recusa dos pais, caso o tratamento seja invasivo; e, por último, podem não curar, pouco prolongando a vida da criança e sendo a morte inevitável num curto período de tempo, situação em que a recusa dos pais é facilmente aceite. A este respeito, vd. MARIE FOX e JEAN MCHALE, ‘In Whose Best Interests?’, *MLR*, 60(5), 1997, pp. 700-709.

⁹² Cf. FRISCH, *ob. cit.*, p. 96.

pode e deve recorrer ao tribunal de modo a suprir essa recusa através dos adequados meios legais⁹³, podendo o tribunal substituir-se à vontade dos pais, limitando o poder paternal.

Outras situações em que se questiona a legitimidade dos pais para recusarem uma intervenção em nome do menor são os casos em que este se encontra infetado pelo vírus da SIDA. Tomemos em consideração o caso real de um bebé de cinco meses, presumivelmente seropositivo, cujos pais recusaram submeter a testes e eventuais tratamentos⁹⁴. Sendo a mãe seropositiva, a probabilidade de o bebé também o ser era bastante elevada devido à própria gravidez e ao amamentar, pelo que os médicos acreditavam ser do melhor interesse da criança testá-la para que se tomassem as devidas precauções, nomeadamente iniciar um tratamento que evitasse que o vírus se desenvolvesse. Os pais, contudo, consideravam que o teste em nada iria beneficiar o menor, pois, certamente, levaria a intervenções mais invasivas e, deste modo, recusaram qualquer tratamento.

Não obstante a autonomia dos pais e o direito de tomar decisões em nome dos seus filhos até que estes perfaçam 16 anos – e neste caso, o bebé tinha apenas cinco meses –, o que se entende é que, estando em causa a vida do menor, o tribunal pode intervir em nome deste, agindo no seu melhor interesse. *Compete ao médico dar conhecimento dos factos ao Ministério Público, para efeitos de uma limitação do poder paternal que permita a realização da intervenção*⁹⁵.

Note-se que a intervenção não pode ser arbitrária, tem de ter por base fundamentos fortes e concretos. A autonomia parental é abalada com a intromissão do tribunal na vida privada, o que poderá surtir efeitos no desenvolvimento da criança, que poderá deixar de

⁹³ Nos termos do art. 1918.º do CC, o tribunal poderá decretar determinadas providências, tais como confiar o menor a terceira pessoa. Em casos de urgência, poderá mesmo decretar medida provisória de proteção imediata da criança, designadamente, suspender o exercício do poder paternal, solução que encontra base legal nos arts. 91.º e 92.º da LPCJP (Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro). São processos muito céleres. COSTA ANDRADE chega mesmo a defender que o médico deve realizar a intervenção contra a vontade dos pais, não incorrendo em responsabilidade criminal a título de tratamento arbitrário (art. 157.º do CP) pois os pais não podem invocar a violação de um direito de que não dispõem – o consentimento é um direito do paciente, exclusivo e intransmissível. Cf. VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 214-215, e também DIAS PEREIRA, *O Consent...*, *cit.*, p. 323.

⁹⁴ Acórdão do *Court of Appeal* de 1999, Re C (HIV Test), Butler-Sloss, Evans e Thorpe L. JJ., *FLR*, 2, p. 1004. Sobre o caso, *vd. (s.a.)*, ‘United Kingdom’, *Med. Law Rev.*, 8 (1), 2000, pp. 115 e ss.

⁹⁵ OLIVEIRA e DIAS PEREIRA, *ob. cit.*, p. 121.

acreditar na autoridade e, mais importante ainda, na proteção dos pais. No entanto, estando em perigo o bem estar do menor, é sempre preferível a interferência à não interferência⁹⁶.

⁹⁶ Neste sentido, MICHAEL FREEMAN, ‘Whose Life Is It Anyway?’, *Med. Law Rev.*, 9 (3), 2001, pp. 259 e ss. No caso *Re T (a minor) (medical treatment)*, *Weekly Law Reports*, 1, 1997, p. 242, *apud* FOX e MCHALE, *ob. cit.*, pp. 700-701, o tribunal de primeira instância ordenou, contra a vontade dos pais, que se realizasse um transplante de fígado numa criança, por considerar que a cirurgia era essencial ao bem estar do menor, pois sem ela a criança não teria muito tempo de vida. A conclusão diferente chegou o *Court of Appeal*, que entendeu que não deveria interferir com a decisão dos pais, pois, sendo ambos profissionais de saúde e perante aquelas particulares circunstâncias – o menor já tinha sofrido antes com uma cirurgia invasiva que não teve sucesso – eram eles que sabiam o que de melhor para a criança.

CAPÍTULO IV

QUESTÕES CONEXAS

1. A doação de órgãos pelos menores⁹⁷

A dádiva de órgãos é uma ofensa à integridade física consentida mas não um tratamento médico, pelo menos, não para o dador. Este sujeita-se à intervenção, não em seu próprio benefício ou para melhorar a sua saúde⁹⁸, mas sim para ajudar alguém que necessita de cuidados médicos, podendo mesmo salvar uma vida. Uma decisão, sem dúvida, altruísta mas que expõe o dador a potenciais riscos, não apenas físicos⁹⁹ mas também psicológicos e emocionais.

Uma decisão desta envergadura não pode ser tomada de ânimo leve. Pressupõe-se que o dador seja uma pessoa madura, consciente e responsável, capaz de compreender todas as implicações da intervenção. Ora, terá um menor capacidade para consentir neste tipo de intervenção? Terá maturidade suficiente para decidir, autonomamente, se avança com a doação?

A Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, vulgarmente designada de Lei dos Transplantes, estabelece no n.º 3 do seu art. 8.º que, no caso de dadores menores de idade¹⁰⁰, cabe aos pais consentir em seu nome, ou, na sua falta ou inibição, ao tribunal. As situações mais comuns são, v.g., aquelas em que um dos filhos do casal necessita de um transplante de rim ou de medula óssea e o irmão é o único membro da família compatível. O que muitas vezes acontece é que os pais “usam” um filho para salvar o outro, fazendo-o sem consultar, ou mesmo, desrespeitando a vontade do menor que vai doar o órgão¹⁰¹.

⁹⁷ O seguinte capítulo baseia-se no artigo de BARRY LYONS, ‘Obliging Children’, *Med. Law Rev.*, 19, 2011, pp. 55-85.

⁹⁸ Daí a designação de *Non-Beneficent Interventions* (NBIs). LYONS, *ob. cit.*, p. 57.

⁹⁹ Para salvar a vida de uma pessoa agride-se a integridade física de outra, e essa agressão pode provocar lesões permanentes e irremediáveis. No mínimo, há sempre o risco de sequelas para a saúde do dador, porque há situações impossíveis de se prever. *Vd.* VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 149.

¹⁰⁰ Leia-se, menores de 18 anos.

¹⁰¹ As preocupações dos pais são compreensíveis. V.g., no caso de uma criança com leucemia a precisar de medula óssea cujo irmão é compatível, compreende-se que os pais consintam imediatamente na cirurgia ao saberem que um filho pode salvar o outro. Os pais geralmente atribuem menos peso aos riscos que a criança dadora corre do que aos riscos que corre aquele que necessita urgentemente do transplante. A cirurgia parece um pequeno preço a pagar para salvar a vida de outrem da família. LYONS, *ob. cit.*, p. 81. No entanto, não existe qualquer obrigação moral, social ou familiar de um filho sacrificar o seu próprio interesse para salvar o outro, embora possa sentir uma enorme pressão pois corre sérios riscos emocionais de perder o seu irmão e destruir o relacionamento com os seus pais. *Ibid.*, p. 69.

Ora, a legitimidade dos pais para consentir na colheita e transplante de órgãos em nome dos menores é questionável, não só por estarem em causa bens pessoalíssimos, o que significa que só o próprio poderá deles dispor, como também por não haver benefício na intervenção para o menor, fator que está na base e limita a atuação do poder paternal¹⁰². Os pais apenas podem agir no interesse dos seus filhos, ao que parece que, a ser assim, o consentimento para este tipo de lesão escaparia da sua competência. Até que ponto poderão, então, os pais decidir pelos menores?

A lei portuguesa faz a distinção entre órgãos regeneráveis e não regeneráveis. Os menores encontram-se, segundo o art. 6.º, n.º 3 da Lei dos Transplantes, expressamente proibidos de doar órgãos não regeneráveis¹⁰³, como o rim, pois isso consubstanciaria uma degradação da sua saúde. Nestes casos, portanto, nem mesmo os pais podem consentir na intervenção. Quanto aos órgãos regeneráveis, admite-se um co-consentimento caso o menor, ainda que de idade inferior a dezoito anos, tenha capacidade de discernimento e de manifestação de vontade. Deste modo, mesmo que o menor não tenha autonomia para decidir, cabendo esta função aos pais, como já referimos *supra*, ele deverá, ainda assim, nos termos do n.º 4 do art. 8.º, manifestar a sua concordância¹⁰⁴.

Mas não será possível que, mesmo antes da maioridade, os menores sejam capazes de compreender a intervenção e dar o seu consentimento? Inclinamo-nos para uma resposta afirmativa, embora um pouco apreensiva. É verdade que a autonomia dos menores tem vindo a progredir, como temos constatado. Chegados a um determinado estágio da sua vida, que varia de caso para caso, estes começam a adquirir conhecimentos, experiência, maturidade e independência, e nessa fase deverão poder tomar decisões respeitantes à sua saúde livremente.

¹⁰² Sobre este assunto, cf. VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 155. E também RIBEIRO DE FARIA, *ob. cit.*, pp. 328-329. A Autora considera que “a decisão dos pais (...) não pode substituir a decisão pessoal do titular dos bens jurídicos em jogo [ou seja, do menor], posto o seu caráter iminente pessoal, e tendo em conta que a intervenção contraria frontalmente os interesses deste último”, pelo que não deve ser admitida qualquer forma de representação.

¹⁰³ Partilham a mesma opinião a *British Transplant Society*, a *British Medical Association* e o *Amsterdam Forum*. Posição divergente assume a *American Academy of Pediatrics* que defende que as crianças podem doar este tipo de órgãos embora dentro de certos limites e apenas em algumas circunstâncias. *Vd.* LYONS, *ob. cit.*, pp. 61-62. MICHAEL MORLEY, no mesmo sentido, compreende que as crianças têm o direito de doar os seus órgãos se o fizerem para salvar a vida de um familiar imediato. *Vd.* DIAS PEREIRA, *O Consent... cit.*, p. 340, nota 769.

¹⁰⁴ O menor, ainda que não competente e não podendo dar o seu consentimento, deve dar a sua anuência. A CEDHBio acrescenta uma série de requisitos adicionais. Exige, no seu art. 20.º, n.º 2, que não exista nenhum outro dador compatível, que o recetor seja irmão do dador, que a doação se destine a salvar a vida do recetor, que o consentimento seja específico e assuma forma escrita, e que o dador não se oponha.

Todavia, há que ter em conta que a perda de um órgão para um jovem dador pode configurar uma diminuição da sua qualidade de vida, mesmo tratando-se de um órgão regenerável. Em teoria, não existem riscos a longo prazo, mas existem riscos anestésicos e cirúrgicos. Há complicações imprevisíveis. Portanto, por um lado, compreendemos a necessidade da sociedade em proteger o menor contra intervenções deste tipo, estabelecendo a lei o limite da maioridade como idade para consentir eficazmente numa colheita de órgãos. Por outro lado, consideramos este limite excessivo, pelo que deveria, aqui, considerar-se, não a capacidade de exercício de direito civil, mas sim a capacidade para consentir prevista no CP, mesmo não se tratando esta intervenção de um tratamento médico.¹⁰⁵

2. A emancipação médica

A emancipação médica consiste no reconhecimento à criança dos direitos ao seu próprio corpo, assumindo esta uma total independência no que concerne à tomada de decisões médicas, ficando encarregue de si mesmo e podendo consentir ou recusar *qualquer* tratamento que lhe seja proposto. Nenhum teste é efetuado a fim de determinar a sua capacidade para consentir. Basta que seja admitida a emancipação para que o menor passe a assumir o controlo de todas as decisões médicas que lhe digam respeito: escolhe qual o tratamento a que se quer sujeitar, quantas vezes é que o quer receber e de quem o recebe.

Esta é uma figura inovadora do direito médico que não tem, ainda, correspondência em Portugal. No nosso ordenamento jurídico, apenas se reconhece a emancipação através do casamento e da maioridade, significando isso que, a partir desse momento, a pessoa se torna capaz de exercer certos direitos, v.g., celebrar negócios jurídicos.

Julgamos que um dos grandes obstáculos que a adoção da figura enfrentaria seria a estipulação do limite etário em que a emancipação médica se poderia operar. Seguir-se-iam os moldes penais relativamente ao consentimento, estabelecendo-se como idade para a

¹⁰⁵ Posição semelhante assume RIBEIRO DE FARIA, *ob. cit.*, pp. 333, que considera que apenas deve ser permitida a doação a maiores de 14 anos [à data da publicação da referida tese era esta a idade que configurava na lei como idade para consentir. Questiona-se se hoje, após a alteração da lei e elevação do limite para os 16 anos, a Autora continuará a defender os 14 anos]. No nosso entendimento, a capacidade prevista no art. 38.º, n.º 3 do CP não deveria depender de uma idade, como temos vindo a defender ao longo da nossa exposição, pelo que se deveria abolir este limite, dependendo então a atribuição de capacidade de muitos outros fatores que determinam a maturidade dos menores.

emancipação os dezasseis anos, ou, porventura, optar-se-ia pelas regras civis da maioridade, estipulando, assim, os dezoito anos?

Como vimos, a capacidade para consentir do art. 38.º do CP não é geral e abstrata. Ela apenas resulta em certos e determinados casos, dependendo a sua atribuição de uma averiguação prévia. Assim, um menor de dezassete anos pode não ser capaz de consentir num concreto tratamento médico, se se verificar que não possui os requisitos necessários à atribuição dessa capacidade¹⁰⁶.

Diferentemente operaria a fixação de uma idade para a emancipação médica. A sua verificação não seria casuística, o que significaria que, a partir dessa certa idade, o menor teria total autonomia quanto a todas decisões médicas a ser tomadas a seu respeito, sendo irrelevante se possui, verdadeiramente, num determinado caso, capacidade para compreender o tratamento. Com a emancipação, o menor adquiriria automaticamente capacidade e esta estender-se-ia a toda e qualquer intervenção.

Esta figura, em si, parece-nos um pouco extremada. Uma coisa será avaliar a compreensão do menor para certo tratamento a fim de determinar se terá capacidade para pensar por si e tomar uma decisão relativamente àquele tratamento apenas. Outra será oferecer ao menor a possibilidade de tomar *todas* as decisões relativamente a *todos* os tratamentos que necessite, independentemente da sua natureza e seriedade.

Ora isto até nem se adequa à realidade, porque o mais provável será que a criança, perante a notícia de que possui certa doença, grave ou menos grave, procure apoio junto dos seus pais, deixando mesmo, muitas vezes, a cargo destes a tomada da decisão. Um menor, ainda que já com dezasseis anos, com capacidade para consentir num tratamento simples e com poucos riscos pode não ser capaz de compreender um tratamento mais complexo e que envolva maiores riscos e sérias consequências. Assim, cada situação deve ser analisada individualmente, porque nem sempre aquele compreenderá todos os trâmites do tratamento ou mesmo quererá decidir sozinho qual o caminho a seguir.

Somos da opinião, portanto, que a emancipação médica, a existir, apenas se deveria dar com os dezoito anos, idade em que se adquire total autonomia e independência face a qualquer situação da vida, inclusive, à tomada de decisões médicas.

¹⁰⁶ Saliente-se que os requisitos do art. 38.º, n.º 3 do CP são cumulativos, não bastando a verificação dos 16 anos para que o menor seja considerado capaz para consentir.

CONCLUSÃO

*O caso inglês Gillick de 1985 é visto como um marco na jurisprudência dos direitos dos menores*¹⁰⁷. A decisão veio abrir portas ao reconhecimento da autonomia dos menores de dezasseis anos, atribuindo-lhes capacidade para consentir em tratamentos médicos¹⁰⁸. Chamada a atenção para o problema, não tardaram a aparecer outras decisões que permitiam aos menores, dada a sua progressiva independência, tomar, sem a interferência dos seus pais, as suas próprias decisões médicas. Os tribunais estrangeiros acompanharam, assim, a mudança social e o desenvolvimento humano¹⁰⁹.

Em Portugal, a jurisprudência não reconhece, ainda, aos menores de 16 anos capacidade para consentir em tratamentos médicos, cabendo essa função aos seus representantes legais. No entanto, há hoje um maior respeito pela autonomia dos menores e pelos seus direitos a participar nas decisões que os afetam. A própria lei reconhece que a intervenção dos pais se vai progressivamente reduzindo à medida que os filhos vão ganhando maturidade e se vão tornando capazes de formar as suas próprias opiniões e expressar as suas ideias, as quais devem ser ouvidas e tomadas em consideração.

Importa ter presente que a sociedade se encontra em constante evolução e as crianças estão cada vez mais desenvolvidas, não são tão *naive* como o eram há umas décadas atrás. A autonomia progressiva dos menores traduz-se no facto de *cada vez mais cedo os menores poderem decidir sobre certos assuntos, ou, pelo menos, terem o direito a ser informados e a dar a sua opinião nas decisões a tomar*¹¹⁰. Eventualmente, antes mesmo de atingirem a idade que se considera ser a idade de referência da capacidade para consentir – isto é, os dezasseis anos – poderá ser-lhes reconhecido o direito a decidir autonomamente.

¹⁰⁷ FREEMAN, *Rethinking...*, cit., p. 201.

¹⁰⁸ Antes, quase não existiam orientações sobre como proceder com os menores de 16 anos. Presumia-se que alguns seriam maduros o suficiente para consentir e que tal capacidade para tomar decisões por si mesmos poderia ser benéfica. Por isso, o Departamento da Saúde e Segurança Social lançou uma circular onde permitia a esses menores consentir em tratamentos contraceptivos sem a autorização dos seus pais. Acerca, *vd.* PERERA, *ob. cit.*, pp. 411-420.

¹⁰⁹ FREEMAN, *Rethinking...*, cit., p. 201.

¹¹⁰ DIAS PEREIRA, *O Consent...*, cit., p. 289. A participação dos menores na tomada de decisões tem aumentado, tanto a nível da educação, como do direito da família – v.g., em casos de divórcio – e, mais recentemente, também a nível da tomada de decisões médicas. DONNELLY e KILKELLY, *ob. cit.*, p. 27.

Esse limite etário fixado para a capacidade de consentimento compreende-se, pois é uma forma de a sociedade proteger os menores¹¹¹. Contudo, parece-nos, e concordando com VAZ RODRIGUES¹¹², que os 16 anos são uma idade meramente indicativa, constituindo uma orientação para os médicos, devendo ser possível um menor de idade inferior ser considerado competente para decidir (consentir ou recusar), desde que se prove que tem maturidade suficiente para compreender o tratamento (e tudo o que este comporta) e decidir sozinho¹¹³. Conforme o oposto também pode acontecer: um menor de 17 anos pode não ter a capacidade necessária para tomar uma decisão médica por si só¹¹⁴.

Abolir esse limite e permitir a atribuição de capacidade para consentir em tratamentos médicos a menores de 16 significa reconhecer a sua individualidade e a sua independência, e estimula a responsabilidade para com a sua própria saúde.

Para tanto, é imprescindível uma concreta avaliação do médico¹¹⁵, que deve decidir da capacidade ou incapacidade do menor caso a caso¹¹⁶, consoante o seu grau de inteligência

¹¹¹ Repare-se que a lei é cada vez mais exigente, pois antes desta redação podiam consentir os maiores de 14 anos, e não 16.

¹¹² VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 204-205. Onde se lê 14 anos adaptamos e substituímos por 16 anos.

¹¹³ Citando GUILHERME DE OLIVEIRA: "...reconhecer [ao menor] maturidade para expressar a sua opinião, coloca-o numa situação equiparada ao indivíduo com plena capacidade jurídica...". *Ibid.*, p. 207.

¹¹⁴ Relembro que os requisitos do n.º 3 do art. 38.º do CP são cumulativos, o que significa que o menor pode ter a idade prevista a partir da qual é, supostamente, capaz para consentir, mas pode não ter o discernimento necessário para compreender o *sentido e alcance* da sua decisão. Curioso será pensarmos na hipótese de considerar estes requisitos, não como cumulativos, mas como alternativos. Isso iria de encontro ao que aqui defendemos. O menor poderia, então, ter capacidade para consentir desde que demonstrasse ter esse discernimento, não sendo obrigatório ter dezasseis anos.

¹¹⁵ Este médico será aquele que acompanha e esclarece o menor desde a primeira consulta, e que é quem vai proceder ao tratamento. Mas podemos ir mais longe. A nossa proposta vai para a formação de uma equipa multidisciplinar, composta por este médico (que será um pediatra); por um psicólogo ou pedopsiquiatra, que será a pessoa mais indicada para avaliar psicologicamente o menor, pois, sendo um especialista, terá conhecimentos mais específicos e aprofundados, conseguindo descortinar certas atitudes do menor que, aos olhos de qualquer outro médico que não seja da área, podem não parecer relevar; e ainda por um membro da Comissão de Ética do respetivo Centro Hospitalar, para se assegurar que todas as regras éticas e deontológicas estão a ser cumpridas. A ideia de formar esta equipa surgiu após algumas entrevistas a diversos elementos da classe médica. Fica, porém, a dúvida de saber se, na prática, submeter o menor a uma avaliação tão minuciosa seria funcional.

¹¹⁶ Neste sentido, também DIAS PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 316-319, considera que os 16 são, apenas, uma idade indicativa, sendo decisiva a avaliação pelo médico da capacidade do menor. O autor, no entanto, acrescenta que deve existir uma presunção de incapacidade do menor de 16 anos por uma questão de pragmatismo e segurança jurídica, podendo, no caso concreto, o médico ilidir tal presunção provando a competência do menor. (Já anteriormente tínhamos abordado a questão da presunção de incompetência, *vd. supra*, p. 18). Esta é uma solução que temos que considerar pois talvez seja mais adequada e melhor aceite pela doutrina do que a abolição do limite de idade que se encontra estipulado no art. 38.º, n.º 3 do CP. É menos radical e, porventura, mais viável. Em nosso entender, se esta fosse a solução alternativa a adotar, a ideia seria, então, manter o texto da lei na parte que estabelece os 16 anos como a idade para consentir validamente, acrescentando, porém, que, até atingirem essa idade, todos os menores devem ser presumivelmente incompetentes para tomar decisões médicas, sendo essa presunção ilidível mediante prova da maturidade e consequente capacidade para consentir.

e discernimento, o seu sentido de responsabilidade, a sua capacidade de aprendizagem e de interiorização. Essa análise clínica deverá, ainda, basear-se em critérios como¹¹⁷:

- Natureza e gravidade do tratamento (que tipo de tratamento é? há perigo sério para a saúde ou para a vida do menor?);
- Idade do menor (tem já maturidade suficiente?);
- Compreensão pelo menor da informação prestada: do próprio tratamento, riscos, benefícios, necessidade ou urgência, consequências do não tratamento (está o menor devidamente esclarecido ou será preciso mais informação ou mais tempo para pensar?);
- Relacionamento com os pais (estão os pais presentes na vida do menor? têm em conta as suas opiniões? apoiam as suas decisões?);
- Atitude perante a sociedade (como se relaciona com os outros? que opiniões influenciam o menor?).

A avaliação médica nem sempre será fácil. A quantos mais critérios tenha que obedecer, mais difícil se torna. Mas, de facto, a atribuição de capacidade para consentir não pode ser tão linear como define o n.º 3 do art. 38.º do CP.

Importante será o médico estabelecer, desde logo, uma relação de confiança com o menor¹¹⁸, o que lhe permitirá conhecer e compreender melhor as vontades e os comportamentos deste. A personalidade e a maturidade do menor não são visíveis, logo o médico tem, não só, o dever de o esclarecer, mas, também, o dever acrescido de se certificar que o menor tem tudo o que é necessário para que lhe possa ser atribuída capacidade para consentir.

Somos da opinião que essa capacidade deverá existir, também, para a recusa de tratamento, uma vez que não há motivos para tratar essa opção de forma diferente. A avaliação do menor é a mesma, a decisão é que é diferente. Restringir-se a capacidade

¹¹⁷ Algumas sugestões dadas por SHAW, *ob. cit.*, p. 154.

¹¹⁸ A propósito da relação médico-paciente, julgamos extremamente interessante a opinião do Dr. Daniel Serrão: “O médico não pode ser uma pessoa medíocre, com dificuldade de comunicação com a pessoa doente, incapaz de estabelecer com ela uma relação de empatia profunda que deve brotar, naturalmente, da sua personalidade e do seu carácter. Para merecer e receber a confiança da pessoa doente no quadro de uma relação que deve ser de amizade, não basta ao médico ser tecnicamente competente, como tem de ser. Ao lado da competência científica e profissional e ao serviço dela, devem estar virtudes humanas como a simpatia, a honestidade, a disponibilidade, a prudência e a coragem nas decisões, o desinteresse de valores materiais, o optimismo moderado e a compaixão. Uma compaixão afectuosa, delicada, respeitadora dos valores espirituais da pessoa doente que a ele se entregou”. DANIEL SERRÃO, ‘Possível (ou não) “Relação Médico-Doente” no Actual SNS’, *Conversas de Bioética*, Lisboa, 2004, através de www.danielserrão.com.

apenas ao consentimento é restringir a liberdade de opção, o que seria um autêntico contrassenso, porque o que aqui defendemos é precisamente alargar-se a autonomia dos menores. A sociedade está a evoluir e o direito tem de a acompanhar.

Admitimos, contudo, que essa autonomia não deve ser plena, podendo tanto o direito de consentir como o de recusar um tratamento ser sobreposto pela decisão do médico (*veto*). Assim será quando se exija que o bem estar e a saúde do menor prevaleçam face à sua vontade e autodeterminação. São os casos em que a escolha do menor causa sério perigo para a sua saúde ou mesmo para a sua vida.

Concluindo o nosso estudo, consideramos que a *gillick competence* poderá ter lugar no ordenamento jurídico português, se devidamente adaptada. Deve a atribuição de tal capacidade depender de uma mais completa análise clínica, que conjugue critérios do teste de Scarman com as orientações de Fraser, aliados, ainda, a alguns outros fatores que julgamos essenciais no apuramento da personalidade e maturidade do menor.

JURISPRUDÊNCIA

- Ac. da *House of Lords* de 17 de Outubro de 1985, *Gillick c. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority e outros*, *All ER*, 3, 402.
- Ac. do *Court of Appeal* de 1999, *Re C (HIV Test)*, *Butler-Sloss, Evans e Thorpe L. JJ.*, *FLR*, 2 , 1004.
- Ac. *Re T (a minor) (medical treatment)*, *Weekly Law Reports*, 1, 1997, 242.

BIBLIOGRAFIA

LIVROS

- **Albuquerque, Paulo Pinto de**, *Comentário do Código Penal – À Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.^a Ed., UCP, Lisboa.
- **Costa Andrade, Manuel da**, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.
- **Dias Pereira, André**, ‘O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica’, *Responsabilidade Civil dos Médicos*, FDUC – Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- **Dias Pereira, André**, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente – Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- **Dias, Figueiredo**, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- **Gomes Rodrigues, Álvaro da Cunha**, *Responsabilidade Médica em Direito Penal – Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Almedina, Coimbra, 2007.
- **Oliveira, Guilherme de; Dias Pereira, André**, ‘Consentimento Informado’, *Compilação do Centro de Direito Biomédico*, Coimbra, 2006.

- **Oliveira, Guilherme de**, ‘O Acesso dos Menores aos Cuidados de Saúde’, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- **Pina, J. A. Esperança**, *A Responsabilidade dos Médicos*, Edições Lidel, Porto, 1994.
- **Ribeiro de Faria, Maria Paula**, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*, Porto, UCP, 1995.
- **Vaz Rodrigues, João**, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

ARTIGOS

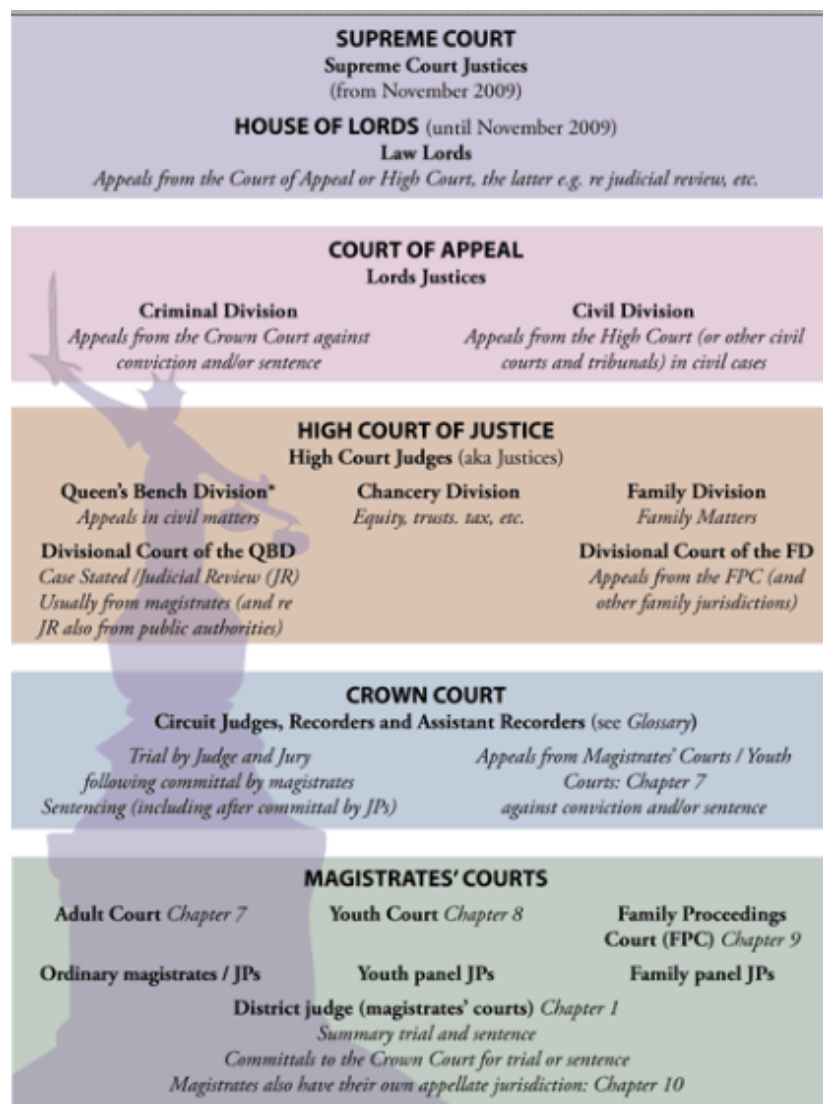
- **Bridgeman, Jo**, ‘Young People and Sexual Health: Whose Rights? Whose Responsibilities?’, *Med. Law Rev.*, 14, 418-424.
- **Carter, Patricia; Lawrence, Janet**, ‘Adolescent’s Competency to Make Informed Birth Control and Pregnancy Decisions: An Interface for Psychology and the Law’, *Behavioral Sciences & the Law*, 3(3), 1985, 309-319.
- **Cave, Emma**, ‘Seen But Not Heard? Children in Clinical Trials’, *Med. Law Rev.*, 18 (1), 2010, p. 1-27.
- **Donnelly, Mary; Kilkelly, Ursula**, ‘Child-friendly Healthcare: Delivering On The Right To Be Heard’, *Med. Law Rev.*, 19, 2011, 27-54.
- **Fox, Marie; McHale, Jean**, ‘In Whose Best Interests?’, *MLR*, 60(5), 1997, 700-709.
- **Freeman, Michael** - ‘Rethinking Gillick’, *The International Journal of Children’s Rights*, 13, 2005, 201-217.
- **Freeman, Michael**, ‘Whose Life Is It Anyway?’, *Med. Law Rev.*, 9 (3), 2001, 259 e ss.
- **Frisch, Wolfgang**, ‘Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico-Cirúrgicas’, *RPCC*, 14, 2004, 67-115.

- **Funfudis, Trian**, ‘Consent Issues in Medico-Legal Procedures: How Competent Are Children to Make Their Own Decisions?’, *Child and Adolescent Mental Health*, 8(1), 2003, 18-22.
- **Grimwood, Tim**, ‘Gillick and the Consent of Minors: Contraceptive Advice and Treatment in New Zealand’, *VUWLR*, 40, 2009, 744-769.
- **Hayhoe, Benedict**, ‘Decision Making in Children and Young People: Gillick Competent?’, *InnovAit*, 1(11), 2008, 764-770.
- **Lyons, Barry**, ‘Obliging Children’, *Med. Law Rev.*, 19, 2011, 55-85.
- **Parekh, S. A.**, ‘Child Consent and the Law: An Insight and Discussion into the Law Relating to Consent and Competence’, *Child: Care, Health and Development*, 33(1), 2006, 78-82.
- **Perera, Anthony**, ‘Can I Decide Please? The State of Children’s Consent in the UK’, *European Journal of Health Law*, 15, 2008, 411-420.
- **(S.a.)**, ‘United Kingdom’, *Med. Law Rev.*, 8 (1), 2000, pp. 115 e ss.
- **Serrão, Daniel**, ‘Possível (ou não) “Relação Médico-Doente” no Actual SNS’, *Conversas de Bioética*, Lisboa, 2004.
- **Shaw, Mike**, ‘Competence and Consent to Treatment in Children and Adolescents’, *APT*, 7, 2001, 150-159.
- **Shield, J.; Baum, J.**, ‘Children’s consent to treatment’, *BMJ*, 308, 1994, 1182-1183.
- **Walker, Heidi**, ‘The Child Who Refuses to Undergo Anesthesia and Surgery – A Case Scenario-Based Discussion of the Ethical and Legal Issues’, *Pediatric Anesthesia*, 19, 2009, 1017-1021.

ANEXOS

ANEXO I

Por razões históricas, como um Estado formado por diversas jurisdições, o Reino Unido não tem um único sistema judicial. Existe um sistema para a Inglaterra e para o País de Gales, outro para a Escócia, e um terceiro para a Irlanda do Norte. Em quase todos os casos, é o Supremo Tribunal que surge como o tribunal de último recurso¹¹⁹.



Fonte: <http://blog.legalbird.net/hierarchy-of-english-courts.html>

¹¹⁹ Tradução nossa. Info retirada do site <http://www.supremecourt.gov.uk/about/uk-judicial-system.html>.

ANEXO II

A circular emitida pelo DHSS em Maio de 1974 fornecia às autoridades de saúde locais linhas de orientação acerca do planeamento familiar, tendo a sua revisão em Dezembro de 1980 originado uma disputa entre o Departamento e a Sra. Gillick devido ao conteúdo da nova secção – secção G, intitulada de ‘The Young’ – onde constava o seguinte:

“Clinic sessions should be available for people of all ages, but it may be helpful to make separate, less formal arrangements for young people. The staff should be experienced in dealing with young people and their problems. There is widespread concern about counseling and treatment for children under 16. Special care is needed not to undermine parental responsibility and family stability. The Department would therefore hope that in any case where a doctor or other professional worker is approached by a person under the age of 16 for advice in these matters, the doctor, or other professional, will always seek to persuade the child to involve the parent or guardian (or other person in loco parentis) at the earliest stage of consultation, and will proceed from the assumption that it would be most unusual to provide advice about contraception without parental consent. It is, however, widely accepted that consultations between doctors and patients are confidential and the Department recognizes the importance which doctors and patients attach to this principle. It is a principle which applies also to the other professions concerned. To abandon this principle, for children under 16, might cause some not to seek professional advice at all. They could then be exposed to the immediate risks of pregnancy and of sexually transmitted diseases, as well as other long-term physical, psychological and emotional consequences, which are equally a threat to stable family life. This would apply particularly to young people whose parents are, for example, unconcerned, entirely unresponsive, or grossly disturbed. Some of these young people are away from their parents and in the care of local authorities or voluntary organizations standing in loco parentis. The Department realizes that in such exceptional cases the nature of any counseling must be a matter for the doctor or other professional worker concerned and that the decision whether or not to prescribe contraception must be for the clinical judgment of a doctor”.