



CATÓLICA PORTO
ESCOLA DE DIREITO

A autonomia da vontade do menor em caso de intervenção médica

ANA LUÍSA PEREIRA VILAS BOAS

PORTO
2014



CATÓLICA PORTO
ESCOLA DE DIREITO

A autonomia da vontade do menor em caso de intervenção médica

Dissertação de Mestrado em Direito Privado apresentada à
Universidade Católica Portuguesa para obtenção de grau de
Mestre por Ana Luísa Pereira Vilas Boas, sob orientação da
Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria

PORTO
2014

“As ideias não ascendem de uma base física, mas sim dos encontros e desencontros da vida.”

Mia Couto

ABREVIATURAS

art(s).	artigo(s)
CC	Código Civil
CDC	Convenção dos Direitos da Criança
CDHBio	Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina
Cfr.	Confira, Confronte
CNEV	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CP	Código Penal
CT	Código do Trabalho
CRP	Constituição da República Portuguesa
<i>et seq.</i>	<i>et sequentia</i>
IPO	Instituto Português de Oncologia
LPCJP	Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
LTE	Lei Tutelar Educativa
MP	Ministério Público
<i>Op. Cit.</i>	<i>Opus Citatum</i>
OTM	Organização Tutelar de Menores
p(p).	página(s)
<i>vide</i>	verifique, veja
vol.	volume

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
INTRODUÇÃO.....	6
PARTE I.....	7
1. O destaque atribuído aos direitos das crianças.....	7
2. A progressiva autonomia do menor de idade.....	8
3. A relevância do cuidado parental.....	12
4. Questões emergentes de uma nova realidade familiar.....	14
PARTE II.....	17
1. Breves acompanhamentos do consentimento informado.....	17
2. Menoridade e (in)capacidade para consentir em caso de intervenção médica: a solução do ordenamento jurídico português.....	18
3. Idade e/ou discernimento: o que faz um verdadeiro consentimento?.....	21
4. A avaliação da (in)competência do menor.....	24
5. O poder de recusa.....	26
CONCLUSÕES.....	31
BIBLIOGRAFIA.....	34

INTRODUÇÃO

O objetivo a que nos propomos consiste na reflexão acerca do valor da autonomia do menor nos casos em que este tem de ser sujeito a uma intervenção médica.

Tendo em conta o rol de limitações impostas à elaboração da presente dissertação, não podemos considerar todas as perspetivas sobre o tema, desde logo as que concernem ao Direito Penal, por estar em causa um trabalho que se destina à obtenção do grau de Mestre em Direito Privado.

Neste seguimento, o projeto que ora se apresenta constitui uma investigação predominantemente jurídica, embora em alguns pontos se admita a necessidade de cruzamento entre as ciências do Direito e da Psicologia, tendo em conta as particularidades associadas ao tema, que não admitem uma separação rígida entre estas áreas do saber.

Ainda a acrescer a estas considerações, importa referir que apenas serão tecidas apreciações relativas a cuidados médicos com finalidade terapêutica, pelo que tudo quanto não revestir essa característica – como, *v.g.*, as cirurgias plásticas, ensaios clínicos ou a interrupção voluntária da gravidez –, não será abordado neste âmbito.

Por conseguinte, relevam para o efeito as situações em que, para combater um determinado estado de doença ou enfermidade de que padece uma criança ou jovem ainda não adulto, se aconselha uma intervenção médica terapêutica, questionando-se, nesse momento, se o menor em causa terá ou não direito de escolha, *i.e.*, de consentir ou recusar, em que termos, e quem verifica a eventual existência do poder decisório.

Procederemos a uma breve análise do instituto da menoridade e respetivas formas de suprimimento, *maxime*, o estudo do exercício das responsabilidades parentais em sede de cuidados de saúde, em conjugação com o papel que ocupa a crescente aquisição de autonomia dos menores, e os conflitos que se podem gerar entre pais e filhos, em particular no que concerne à realização de uma dada intervenção médica. Até que ponto poderá a criança ou jovem não adulto, enquanto sujeito de direitos, exercer a sua «voz ativa», cada vez mais preconizada pela comunidade internacional, tomando ele próprio decisões inerentes ao seu corpo, sendo certo que as mesmas poderão influir de forma determinante – e por vezes incerta – na sua vida?

Durante a exposição, será concedida especial atenção à visão e críticas pessoais ao regime que, entre nós, regula esta tão sensível matéria que, embora já introduzida na literatura jurídica portuguesa, não deixa de se configurar numa discussão atual e pouco «resolvida» pelo legislador.

PARTE I

1. O destaque atribuído aos direitos das crianças

“As crianças e os adolescentes tornaram-se progressivamente, no decorrer dos séculos XIX e XX, objecto de uma solicitude e de uma atenção apaixonada, no seio da família e fora dela: na arte na literatura, na ciência...”¹. De facto, após a segunda guerra mundial² (1939-1945), este fenómeno manifestou-se através do reconhecimento atribuído aos direitos humanos, onde, seguramente, se incluem os direitos das crianças, ainda que com algumas especificidades diferenciadoras.

No plano do direito, em especial, do direito internacional, esta realidade não poderia passar em branco. É inegável a crescente tendência regulamentadora em relação aos menores de idade, sendo inúmeros os instrumentos que traduzem a preocupação do legislador internacional com a sua proteção jurídica. A comunidade internacional tem vindo a desenvolver todos os esforços nesse sentido, o que se deve, principalmente, a uma evolução de mentalidade - que passa a reconhecer expressamente a relevância do papel da criança no futuro da humanidade e lhe atribui, categoricamente, o estatuto e a tutela jurídica de que é merecedora.

Desde logo, a CDC³ “tem a missão de fazer ver, sobretudo aos Estados Partes, que as crianças não podem, pura e simplesmente, ser esquecidas, não podem figurar como sujeitos passivos, receptores das decisões dos adultos, e que é fundamental que contribuam de forma activa para as decisões que podem afectar questões essenciais no seu desenvolvimento e na sua vida”⁴⁵.

¹ FLEMING, Manuela, *Adolescência e Autonomia: O desenvolvimento psicológico e a relação com os pais*, Edições Afrontamento, 1993, p. 21.

² Relembrem-se os julgamentos de Nuremberg, na Alemanha, entre 1945 e 1946, onde foram postos a descoberto alguns dos mais aterradores crimes cometidos contra a humanidade nos campos de concentração nazis. Esta exposição, e o próprio trauma que percorreu o mundo na segunda grande guerra contribuíram para um reconhecimento e uma valorização dos Direitos Humanos.

³ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990. No art. 1.º, a criança é definida como “todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir maioridade mais cedo”, sendo esta a definição a adotar doravante, no trabalho que se apresenta.

⁴ MATOS, Mafalda Francisco, *O Problema da (Ir)relevância do consentimento dos menores em sede de cuidados médicos*, Coimbra Editora, 2013, p. 66.

⁵ De acordo com o mesmo diploma, os menores de idade, “devido à sua vulnerabilidade, necessitam de uma proteção e de uma atenção especiais”, antes e depois do nascimento.

Também a nossa CRP considera a Família – e os menores que a integram - o “elemento fundamental da sociedade” (cfr. art. 67.º)⁶, estando o Estado adstrito a garantir a sua proteção e a tomar medidas que viabilizem um futuro com qualidade na comunidade em que se insere. São espelho desta indubitável obrigação de defesa as inúmeras normas constantes do referido diploma, preceitos estes que enaltecem os “valores sociais eminentes” da maternidade/paternidade, cujo papel se qualifica como “insubstituível” (cfr. art. 68.º, n.ºs 1 e 2) e proeminente na “educação e manutenção dos filhos” (cfr. art. 36.º, n.º 5), com vista ao seu “desenvolvimento integral” (cfr. art. 69.º, n.º1), sendo imperativa a cooperação entre progenitores, tendo em vista este mesmo fim.

No CC constam, igualmente, normas atinentes à proteção da família e dos menores de idade nela incluídos, tais como os arts. 122.º *et seq.*, os contidos no Livro IV, entre muitas outras disposições da mesma lei, cuja *ratio* é a de preservar a coesão familiar, seja qual for o modelo que revista.

Por fim, têm de ser tidas em conta a LTE, a LPCJP, a OTM, entre muitos diplomas avulsos análogos onde se podem encontrar referências atinentes aos indivíduos em questão. Assente parece estar a ideia de que o Estado, enquanto instituição e conjunto de cidadãos, desempenha, no presente, um importante papel de educação, prevenção e intervenção em situações de perigo para os direitos das crianças e dos jovens⁷.

2. A progressiva autonomia do menor de idade

Algo imensamente maior e transcendente ao homem – a natureza – “dotou cada ser humano de um conjunto autónomo, irrepetível e dinâmico, de estruturas físicas e espirituais, de instintos, de predisposições e de capacidades para ele poder sobreviver,

⁶ Também a CDC, no seu preâmbulo, classifica a família como um “espaço privilegiado de suprimento de necessidades básicas e de mediação entre o indivíduo e o meio” – *Vide*, MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus Sucedâneos Internacionais*, Coimbra Editora, 2004, p. 128.

⁷ Um exemplo básico da relevância da família na sociedade é a própria existência de tribunais de competência especializada como o Tribunal de Família e Menores – Cfr. arts. 81.º e 122.º *et seq.* da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto que procedeu à (re)organização do sistema judiciário.

propagar-se e realizar os seus demais fins individuais e sociais”⁸. Destarte, a individualidade não se manifesta apenas a partir dos “mágicos”⁹ dezoito anos, momento a partir do qual a idade deixa de constranger, inibir ou incapacitar; antes pelo contrário: as características inerentes a cada um de nós podem ser observadas desde a mais tenra das idades.

Consequentemente, as crianças e jovens em desenvolvimento estão munidos de “sentimentos, necessidades, emoções”¹⁰ próprios, possuindo tanta dignidade como um adulto. Afinal, a personalidade jurídica adquire-se com o nascimento¹¹, trazendo consigo a tutela geral dos direitos de personalidade de que cada ser humano é titular, e as crianças e jovens não constituem qualquer exceção a esta asserção.

Muito embora sofram de uma incapacidade geral de exercício¹², usualmente justificada pela doutrina pela necessidade de proteção dos menores de idade, que pela sua inerente fragilidade podem atuar em prejuízo de si mesmos, e também pela tutela da confiança da contraparte, a cidadania de que são detentores não vê em nada afetada a sua extensão, pelo que “deve, na medida do possível, ser permitida ao menor uma participação activa e independente no tráfico jurídico”¹³.

A idade é apenas um facto jurídico, que restringe a adoção de alguns comportamentos como o voto, a compra de tabaco ou bebidas alcoólicas, a direção de veículos a motor, ou obriga a certas condutas como frequentar os estabelecimentos escolares até uma determinada idade, entre tantos outros exemplos que se poderiam elencar¹⁴. Isto não significa que os menores de idade sejam inaptos para traçar quaisquer diretrizes atinentes ao seu destino.

⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, p. 183.

⁹ *Vide*, FREEMAN, Michael, “The Child in Family”, *Legal Concepts of Childhood*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2001, p. 195.

¹⁰ *In*, SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a reforma de 1977”, *Comemorações aos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. I, Coimbra Editora, 2004, p. 137.

¹¹ Cfr. art. 66.º CC.

¹² Plasmada no art. 123.º CC, implica que quem não tiver completado os dezoito anos de idade ou não for emancipado pelo casamento não possa reger a sua pessoa, nem dispor dos seus bens.

¹³ *In*, ALVES, Raúl Guichard, “Observações a respeito da incapacidade de exercício dos menores e sua justificação”, *Revista de Direito e Economia*, ano XV, 1989, p. 362.

¹⁴ Apesar de os dezoito anos serem o marco em que o indivíduo adquire o poder de determinar todas as facetas da sua vida, o legislador admite algumas “maioridades especiais”, como a capacidade para perfilhar a partir dos dezasseis (cfr. art. 1850.º CC), para contrair matrimónio sem autorização dos representantes legais (embora com algumas sanções legais – cfr. art.º 1649.º CC), para escolher a própria religião (cfr. art.º 1886.º CC), para celebrar contratos de trabalho, embora dentro das limitações impostas pela lei (cfr. 127.º CC e 55.º e 56.º CT), sendo também a partir desse momento que passa a ser considerado imputável para efeitos penais; aos catorze é-lhe reconhecido o direito de opinar na escolha

Por outro lado, e à medida que avança o processo de maturação, os menores vão adquirindo mais capacidades para refletir e decidir por eles próprios sobre todo o tipo de questões. São verdadeiros “actores sociais”¹⁵, que participam não só nas decisões do seio familiar, mas também noutros contextos em que se inserem, como a comunidade escolar, sendo, de igual forma, responsabilizados pelas suas escolhas e comportamentos.

A afirmação da progressiva autonomia do menor de idade demonstra uma evolução de como este é encarado pela sociedade, deixando de ser considerado um mero «peão» obediente, tendo projetos de vida próprios, guiando-se não só pelas indicações legítimas de quem o educa, mas também pela sua intrínseca individualidade, e pela maturidade que nele se vai, inevitavelmente, intensificando¹⁶.

A infância e, sobretudo a juventude, são períodos de formação da personalidade em que a tomada de decisão do menor de idade é baseada na experiência que este tem em relação ao mundo, a qual pode ser bastante limitada¹⁷. Como aponta MICHAEL FREEMAN¹⁸, estes estádios são construções sociais, que podem ter vários significados e sofrer diferentes abordagens, nomeadamente, tendo em conta a política social de cada ordenamento jurídico¹⁹.

Não obstante, a menoridade não é toda igual e cada fase de desenvolvimento implica um diferente patamar de compreensão e evolução. Nas palavras de SANTOS ALMEIDA²⁰, “a construção da autonomia é um processo dinâmico, inserido numa maturação bio-psico-sócio-afectiva e cultural, que vai tornando o ser humano

do tutor (cfr. art.º 1931, n.º 2), de participar em atividades associativas (cfr. Lei n.º 33/87, de 11 de julho, alterada pela Lei n.º 35/96, de 29 de agosto); aos doze, o menor de idade em vias de ser adotado deve nisso consentir (cfr. art. 1981.º, n.º 1, *al. a*) e 1984.ºCC); aos sete já poderá responder civilmente por responsabilidade extracontratual – cfr. art. 488.º CC); entre outras exceções concedidas.

¹⁵ Expressão utilizada por TERESA SARMENTO, *in*, *Infância, Família e Comunidade*, Porto Editora, 2009, p. 126, que identifica a criança como como um “ser no presente” e não apenas “em devir”. A mesma autora proclama: “conceda-se espaço às crianças, respeite-se a sua cultura, confira-se-lhes protagonismo, incentivem-se a serem construtoras de uma cidadania responsável, solidária, empenhada e crítica”.

¹⁶ Usando os vocábulos de GUILHERME DE OLIVEIRA, *in*, “Protecção de menores/Protecção familiar”, *Temas de Direito da Família*, Coimbra Editora, 1999, p. 272., o menor de idade não pode deixar de ser visto como “um cidadão respeitável, com as suas inclinações e feitio peculiar”.

¹⁷ ROSS, Lainie Friedman, “Health Care Decisionmaking by Children Is It in Their Best Interest?”, *Hastings Center Report*, 1997, p. 42.

¹⁸ *Op. Cit.*, p. 183.

¹⁹ Como refere MANUELA FLEMING, *op. cit.*, 101, “a extensão [...] de autonomia está associada, entre outros factores, às normas, valores e expectativas culturais, bem como ao tipo de socialização, de práticas educativas”.

²⁰ *Vide*, MAFALDA FRANCISCO MATOS, *op. cit.*, p. 53, *apud* ALMEIDA, Filipe Nuno Alves dos Santos, *Ética em Pediatria: Uma Nova Dinâmica num Relacionamento Vital?*, Faculdade de Medicina do Porto, 2004.

progressivamente habilitado para observar, pensar, ajuizar e decidir sobre o que considera bem”.

Ora, o desenvolvimento que se espera e supõe existir numa criança ou jovem num determinado momento pode verificar-se, ou não, devido a múltiplos fatores²¹, pelo que “existem indivíduos acima da linha da maioria que são imaturos, e indivíduos abaixo da mesma que já são maduros”²².

Quando a discussão se centra nos menores de idade, não se torna possível proceder a generalizações – “há que contextualizar cada criança, cada adolescente e, principalmente, cada decisão. Este contexto não pode deixar de ter em conta a sua idade, é certo, mas acima de tudo ter-se-á que focar no essencial: a maturidade do menor, a sua capacidade de entendimento perante a situação concreta e o âmbito social e cultural onde vive, onde desenvolve e constrói a sua própria vida.”²³.

A infância e a juventude devem ser consideradas fases em que a sociedade aposta em si mesma e no desenvolvimento dos seus valores, devendo ser realizados todos os esforços no sentido de ouvir e confiar na opinião dos menores de idade - tão mais pura e desprovida de interesses paralelos -, não só nos e processos judiciais para os quais é requerida a sua audição ou em situações limite que ordenam a sua participação, mas também no correr do dia-a-dia. Este empreendimento é mais uma manifestação do civismo que nos rege, sendo a “interiorização – assumida de maneira informada, lúcida, responsável e afectiva – da criança como sujeito autónomo de direitos humanos”²⁴ também um “acto de inteligência, essencial a uma comunidade mais justa e progressiva, por capaz de querer e saber projectar-se no futuro”²⁵.

Isto não significa, todavia, que não deva existir uma diferença de tratamento entre crianças e adultos, ou que não se deixe afirmar, dentro deste núcleo que permite o exercício de alguma autonomia pelo menor, uma certa tensão entre as referidas aspirações deste, como ente capaz de tomar decisões, e a sua imprescindível proteção, dada a fragilidade física e intelectual inerente à sua condição.

²¹ As emoções estão “à flor da pele”, vislumbram-se atitudes de desafio ou rebeldia, o sentimento de incompreensão e a assunção frequente de riscos desnecessários.

²² Segundo a autora LAINIE ROSS, *op. cit.*, 42.

²³ MAFALDA FRANCISCO MATOS, *op. cit.*, pp. 68 e 69.

²⁴ LEANDRO, Armando Gomes, “Protecção dos Direitos das Crianças em Portugal”, *Direitos das Crianças*, Coimbra Editora, 2004, p. 101.

²⁵ *Ibidem*.

3. A relevância do cuidado parental

A questão da autonomia do menor de idade encontra-se intimamente ligada ao modo em como a família se relaciona. Na sociedade contemporânea, já não se verifica o afastamento vincado entre gerações típico dos nossos antepassados. Aliás, não será preciso retroceder muito no tempo para verificar que a conceção de família tem vindo a sofrer grandes evoluções²⁶, quer ao nível do modelo que pode assumir, como também pela dinâmica interna de mais diálogo, maior proximidade e cedência de espaço à criança ou jovem, que agora se verifica²⁷.

O cuidado parental²⁸ figura-se como o efeito basilar da filiação, sendo a representação legal, a par da tutela²⁹, um dos meios de suprimento da incapacidade de exercício dos menores de idade³⁰. À partida, os pais são dotados de uma vocação natural para cuidar dos seus filhos, para colmatar as falhas destes, e encontram-se em melhor posição de efetuar um acompanhamento até o atingir da maioridade.

²⁶ No entanto, como afirmam PATRÍCIA BRANCO e JOÃO PEDROSO, *in*, “Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças em Portugal”, *Revista de Ciências Sociais*, 82, Setembro 2008, p. 74, “a mudança não basta: o direito das crianças necessita de efectividade”.

²⁷ A própria terminologia referente aos cuidados parentais sofreu, com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, uma evolução, de “poder paternal” para “responsabilidades parentais. MARIA CLARA SOTTOMAYOR atribui à designação atual a ideia de compromisso diário dos pais para com as necessidades dos filhos, ao invés de “poder paternal”, que dava uma impressão de autoritarismo de subordinação dos filhos em relação aos pais, o que em nada condiz com a família do presente. De acordo com a autora, esta mudança demonstra “um avanço a nível simbólico e conceptual” – Cfr. *op. cit.*, pp. 133, 134 e 251.

²⁸ Cujo regime se encontra elencado nos arts. 1877.º *et seq.* CC.

²⁹ Tudo o que é apontado para o exercício das responsabilidades parentais pode ser aplicado, por analogia, ao instituto da tutela (cfr. arts. 1927.º *et seq.* CC), tanto em relação à atenção e cuidados a dispensar ao pupilo, como ao espaço para este se desenvolver e decidir livremente, quanto maior for o seu grau de maturidade. Quanto à pessoa do menor de idade, o tutor deverá pautar-se pelo critério de um bom pai de família (cfr. 1935.º, n.º 2 CC), pelo que tutela é exercida no absoluto interesse do pupilo.

GERALDO ROCHA RIBEIRO, *in* “Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7, n.º 14, Coimbra Editora, 2010, p. 123, alerta para a qualificação de um “instituto quase totalmente altruístico”, pelo facto de o tutor ter direito a uma remuneração (cfr. 1942.º n.º 1 CC), ainda que na dependência da existência de rendimentos líquidos dos bens do menor de idade.

³⁰ ROSA CÂNDIDO MARTINS, em “Poder paternal vs. Autonomia da criança e do adolescente?”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 1, Coimbra Editora, 2004, p. 73, avança com a preferência pelo instituto da assistência a partir dos catorze anos, o qual considera o mais adequado para responder, por um lado, à progressiva autonomia da criança e do adolescente e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade e, por outro lado, à necessidade de proteção que em tais sujeitos ainda se manifesta. Para a autora, “a representação legal consiste na atuação de outra pessoa em nome e no interesse do incapaz”, que fica à margem – *ibidem*, p. 71

De acordo com ANTUNES VARELA³¹, “é cumprindo o dever de preparar integralmente os filhos para a vida que os pais satisfazem um dos mais elevados valores da sua personalidade”. Não obstante, a função dos progenitores traduz-se em *poderes-deveres* – e não verdadeiros direitos subjetivos – aos quais não podem renunciar ou transmitir, devendo toda a sua atuação ser pautada pelo princípio do superior interesse da criança. É este um conceito altamente indeterminado³² e “fortemente influenciado pelos *standards* da comunidade”³³, cujo conteúdo pode ser preenchido com menor ou maior amplitude, tendo em conta variadas condicionantes, nomeadamente a dinâmica de cada família, não deixando, no entanto, de se consubstanciar numa atitude de sacrifício e prevalência do interesse do filho em relação ao dos pais em caso de conflito.

Destarte, este “sumo-critério a ser seguido”³⁴, não deverá ser observado exclusivamente pelos pais, mas também pelo Estado, enquanto ente munido de *ius imperii*³⁵, e pela sociedade em geral em relação às crianças, deixando-se incluir aqui os profissionais que com elas convivem ou contactam: professores, educadores, médicos, e outros intervenientes.

Os progenitores, enquanto cuidadores da pessoa e bens dos seus filhos, desempenham uma importante, contínua e difícil tarefa, especialmente nos dias de hoje, em que estes têm, desde cedo, um grande acesso a todo o tipo de informação e, conseqüentemente, a todo o género de influência. Assim, devem os pais, intuitivamente, aprender a avançar e recuar na sua atuação³⁶ de acordo com as necessidades em causa,

³¹ Em anotação ao art. 1878.º do *Código Civil Anotado*, vol. V, Coimbra Editora, 1995, p. 332 e 333.

³² E é conveniente que assim o seja pois, dessa forma, serve mais e melhor os interesses em causa, de acordo com a proteção que a criança merece em todas as circunstâncias que se lhe depararem. Definir um critério rígido seria limitar o número de situações pelo critério abarcadas. MARIA CLARA SOTTOMAYOR afirma mesmo que “o interesse da criança, dado o seu estreito contacto com a realidade, não é susceptível de uma definição em abstracto que valha para todos os casos”, *in, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5.ª edição (revista, aumentada e actualizada), Almedina, p. 40. A autora afirma ainda ser este um conceito “que goza de uma força apelativa e humanitária” – Cfr. “Liberdade de Opção da Criança ou Poder do Progenitor? – Comentário ao Acórdão da Relação de Coimbra de 31 de Outubro de 2007”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 9, Coimbra Editora, 2008, p. 55.

³³ Cfr. EEKELAAR, John, “The interests of the child and the child’s wishes; the role of dynamic self-determinism”, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and human Rights*, Clarendon Press – Oxford, 1994, p. 45.

³⁴ *Vide*, RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 44.

³⁵ Que deverá atuar em defesa das crianças e adolescentes quando os seus interesses não sejam acautelados por quem está deles encarregue.

³⁶ A própria CDC, no art. 12.º “reconhece aos pais a responsabilidade primária pelo crescimento e desenvolvimento da criança, contudo, enfatiza que o seu papel é orientado pelo interesse da criança, pelo que as suas capacidades, a sua idade e maturidade devem ser tidas em consideração” – Cfr. MOREIRA,

sempre com uma postura ponderada e altruísta, de modo a dar o melhor tratamento a todas as situações com que se deparam ao longo de dezoito anos (e muitas vezes, até mais).

O estatuto da paternidade e maternidade confere, então, uma posição privilegiada para a promoção da “autonomia progressiva dos filhos, tornando-os assim cada vez mais responsáveis, mais activos e participativos na condução da própria vida, de acordo com a sua idade e capacidade de discernimento”³⁷.

Enfim, “esta compreensão do instituto do cuidado parental quadra bem com o novo modelo de família que repousa sobre os valores da afectividade, da solidariedade e respeito mútuos e da participação de todos os elementos na vida do grupo familiar”³⁸, havendo um reajustamento dos papéis de cada um.

4. Questões emergentes de uma nova realidade familiar

Os contornos da educação que cada pai escolhe para o seu filho são por ele traçados de acordo com o que melhor entende, devendo, no entanto, honrar e articular os já mencionados critérios do superior interesse do menor de idade, a consideração pelas suas competências, e o apreço pela sua progressiva aquisição de maturidade³⁹.

Entre pais e filhos, o ideal é que se verifique uma relação de diálogo e cooperação, onde a atuação dos primeiros seja «elástica»⁴⁰, consoante as necessidades do menor de idade. Os progenitores devem conceder-lhes uma margem dentro da qual possam errar, funcionando como uma espécie de rede de segurança.

Impor uma certa rotina, *i.e.*, determinar horas para estudar ou brincar, e castigar quando as crianças fazem asneiras ou os jovens extravasam os limites do aceitável, são atitudes normais e desejáveis por parte dos pais, para que se cumpra o quotidiano familiar de forma estável e tranquila⁴¹. Há momentos em que os menores de idade não

Sónia, “A autonomia do menor do exercício dos seus direitos”, *Scientia Iuridica*, tomo L, n.º 291, Universidade do Minho, 2001, p. 175.

³⁷ MARTINS, Rosa Cândido, “Poder paternal vs. Autonomia...*op.cit.*”, p. 67.

³⁸ *Ibidem*, p. 68.

³⁹ Diretrizes apontadas por SÓNIA MOREIRA, *op. cit.*, p. 194.

⁴⁰ “A elasticidade tendencialmente regressiva das responsabilidades parentais significa que a intervenção e cuidado dos pais são adaptáveis às concretas necessidades da criança” – Cfr. GERALDO ROCHA RIBEIRO, *op. cit.*, p. 131.

⁴¹ Estes podem e devem disciplinar os seus descendentes da forma que acharem apropriada e educativa, embora dentro das balizas da razoabilidade.

devem ter «quereres», pois apesar da personalidade inerente a cada um, não se pode acatar o temperamento de um filho de cada vez que decide ter um ato de teimosia injustificado. As crianças e os jovens necessitam de algumas restrições, mas não se lhes pode ver subtraído o seu direito de escolha, sem mais, em todas as situações.

É certo que aos pais compete zelar pela pessoa do menor de idade, o que implica uma preservação da sua saúde⁴² e bem-estar e, por isso, é natural que quando este tenha algum problema dessa índole, seja instintivo para quem dele cuida proceder à sua cura, submetendo-o aos cuidados necessários para ultrapassar esse estado. Esta é uma atitude de proteção comum à maioria dos pais, consubstanciando-se “numa actuação de controlo, de vigilância e de defesa tendente a afastar o filho menor de todas as situações de perigo a que ele possa estar sujeito”⁴³.

Mas poderão os progenitores adoptar uma posição vincadamente paternalista, negando à criança o direito de participar na decisão sobre a sua saúde, com a convicção de que essa é uma forma de a salvaguardar face à sua incapacidade? E possuindo aquela criança ou jovem capacidade suficiente para tomar decisões, porque não poderá fazê-lo?

Eis o ponto de conflito a refletir. Mais concretamente, trata-se de saber qual o valor que deve ser reconhecido à autonomia do menor nos casos em que entre pais e filhos se verifica uma discordância relativamente à realização de uma determinada intervenção médica no jovem ou criança⁴⁴.

Parece vital recomendar uma relação de complementaridade no momento da decisão: a autoridade dos pais e a autonomia dos filhos não precisam de se opor, pois esta não implica um enfraquecimento da figura que os primeiros representam⁴⁵. Muitas das vezes, o interesse da criança fica satisfeito ao consultá-la relativamente a determinado assunto que a ela respeite, podendo esta iniciativa ser mais importante

⁴² Cfr. art. 1879.º CC. Os responsáveis pelos menores de idade, devem proporcionar-lhes um quotidiano de hábitos saudáveis, fazê-los cumprir as regras básicas de higiene, facultar consultas médicas ocasionais e o acompanhamento pediátrico necessário, proceder à sua vacinação e pagar por todas essas despesas.

⁴³ In, MARTINS, Rosa Cândido, *Menoridade (In)capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra Editora, 2008, p. 183.

⁴⁴ O problema quanto a esta matéria parece residir no facto de a decisão tomada poder ter efeitos irreversíveis para a vida do menor de idade, pois caso mais tarde se aperceba de que não foi a opção mais acertada, poderá não haver meio de modificar a situação faticamente consumada.

⁴⁵ É importante aceitar que as crianças, qualquer que seja a idade, têm interesses próprios que podem divergir dos dos seus pais – *Vide*, REDDING, Richard E., “Children’s competence to provide informed consent for mental health treatment”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 50:695, 1993, p. 149.

para aquela do que propriamente respeitar a sua vontade em relação a essa questão, não se lhe atribuindo, desta maneira, a responsabilidade total pela tomada de decisão⁴⁶.

ROSA MARTINS⁴⁷ refere que “a actividade dos pais deve ser permeável ao grau de necessidade de protecção e de promoção da autonomia da pessoa do filho em cada uma das fases do seu desenvolvimento [...]. Na fase da infância e da pré-adolescência, a actuação dos pais no exercício do cuidado parental é nitidamente uma actuação de direcção [...]. Já na fase da adolescência, dado o grau de desenvolvimento que as faculdades físicas, intelectuais, volitivas, morais e emocionais do filho revela, não pode a actuação dos pais querer-se como actividade de direcção, mas tão-só como actividade de controlo, apoio e aconselhamento, cabendo ao filho a direcção da sua vida”.

Proclama-se, deste modo, o estabelecer de uma relação de parceria (que mesmo assim não impede o aparecimento de contrariedades!). De qualquer das formas, a lógica do “we know best”⁴⁸ não será sempre a mais adequada, devendo ser aberto um espaço para que a criança e o jovem participem e até decidam por si mesmos, reunidas estejam as condições para tal.

⁴⁶ PRISCILLA ALDERSON, com a qual concordamos, entende que, ao consultar a opinião da criança, o que se verifica é uma maior compreensão por parte da mesma, e menos resistência face às situações, devido ao sentimento com que fica de respeito e valorização – Cfr. *Young Children's Rights: Exploring Beliefs, Principles and Practice*, Jessica Kingsley Publishers London and Philadelphia, 2000, p. 65 *et seq.*

⁴⁷ *Vide, Menoridade (In)capacidade e Cuidado Parental...op. cit.*, pp. 230 e 231.

⁴⁸ FORTIN, Jane, *Children's rights and the developing law*, LexisNexis UK, 2003, p. 87.

PARTE II

1. Breves apontamentos sobre o consentimento informado

“Decidir em vez do doente era obrigação do médico hipocrático, mas o nascimento da teoria dos direitos fundamentais e o reconhecimento da autonomia dos cidadãos modificou a relação terapêutica”⁴⁹.

De facto, é inegável a mudança de prioridades exigida pela sociedade civil. Hoje, o centro é o paciente em quem o profissional de saúde aplica as suas competências técnicas nas mais variadíssimas áreas, mas também com quem dialoga e a quem acompanha durante todo o processo médico, devendo, aliás, fazê-lo com absoluta consideração pela dignidade humana de que o primeiro é titular, assegurando o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa do doente^{50 51}.

Neste contexto, a prestação de informação constitui uma obrigação que deve pautar a conduta do médico durante toda a relação com o paciente, tenha ela natureza contratual – e aqui, em todas as suas fases: antes, durante e após a execução do contrato –, ou extracontratual, em estabelecimentos públicos ou privados. O paciente é, atualmente, tratado como um verdadeiro consumidor⁵², e só mediante o seu esclarecimento é que o consentimento será verdadeiramente informado.

A extensão dos esclarecimentos a facultar, tal como a linguagem a utilizar, devem adaptar-se às capacidades de compreensão do doente⁵³. No entanto, a extensão da sua

⁴⁹ OLIVEIRA, Guilherme, “O fim da arte silenciosa”, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, p. 99.

⁵⁰ “A Medicina do Século XXI conheceu [...] uma mudança na relação médico-paciente que se afastou, em pleno, do paternalismo de herança Hipocrática, arreigado a um princípio de beneficência extremo e abriu espaço para a consolidação definitiva da [...] autodeterminação do indivíduo nos cuidados da sua saúde” – Vide, MANSO, Luís Duarte Baptista, “O dever de esclarecimento e o consentimento informado em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação”, *Lex Medicinæ*, Coimbra Editora, Ano 8, n.º 16 (2011), p. 135.

⁵¹ A tutela da personalidade, embora estejamos perante uma abordagem civilística do tema, não se esgota neste plano, tendo uma dimensão constitucional, precisamente por estarem em causa bens jurídicos de tamanha importância (Cfr. arts. 1.º, 25.º, 26.º da CRP).

⁵² De acordo com RUTE TEIXEIRA PEDRO, “a relação que se estabelece entre o médico e o doente realiza a função económico-social típica dos negócios jurídicos de consumo, na medida em que o primeiro proporciona ao segundo, a assistência médica de que ele carece” - Cfr. *Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, 2008, p. 51.

⁵³ A título de exemplo, se o paciente exercer uma atividade enquanto profissional de saúde, certamente não precisará que lhe sejam descritos determinados conceitos e procedimentos.

autonomia já não depende da educação nem de uma inteligência ou experiência fora do comum⁵⁴.

Porém, será que este poder de autodeterminação em sede de cuidados médicos se encontra subordinado ao atingir de uma certa idade? Vejamos os seguintes pontos, onde são explorados os contornos do confronto entre os ditames associados ao princípio da beneficência, cujo objetivo primário é a saúde e o bem-estar do doente, e aqueles que concernem ao princípio da autonomia, que pressupõe o poder de autodeterminação do paciente.

2. Menoridade e (in)capacidade para consentir em caso de intervenção médica: a solução do ordenamento jurídico português

As implicações decorrentes da incapacidade geral de que sofrem os menores de dezoito anos, à partida, funcionariam como impedimento para estes prestarem consentimento para a realização de intervenções médicas.

Contudo, o art. 38.º, n.º 3 do CP estabelece uma maioria especial em sede de cuidados médicos⁵⁵, sendo necessário, para o efeito, que se verifiquem dois requisitos cumulativos: que o menor de idade tenha atingido pelo menos os dezasseis anos, e que possua “o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta”.

Assim, perante uma norma de direito civil que fixa os dezoito anos, e uma norma de direito penal que se contenta com os dezasseis, “dado o princípio da unidade do sistema jurídico, não parece que se possa ser mais exigente no plano do direito civil do que no direito criminal”⁵⁶. Neste preciso sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA⁵⁷ afirma que “seria muito estranho que o ramo do direito que está mais preocupado com a defesa da liberdade e a autodeterminação ficasse satisfeito com o livre consentimento

⁵⁴ COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M., “Adolescents and consent to treatment”, *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 89, Elsevier Ireland Ltd., 2005, 180.

⁵⁵ Semelhante a outras situações em que o legislador se basta com uma idade inferior aos 18 para a adoção de certos comportamentos, às quais tivemos oportunidade de nos referir na Parte I.

⁵⁶ DIAS, Figueiredo, MONTEIRO, Sinde, “Responsabilidade Médica em Portugal”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, 1984, p. 53.

⁵⁷ In, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, p. 226.

prestado por um jovem de *catorze anos*⁵⁸ e, simultaneamente, o direito civil entendesse que o mesmo jovem, no mesmo caso, carecia da protecção dos pais, que decidiriam em vez dele”.

O ato do consentimento é classificado como um simples ato jurídico quase negocial⁵⁹ (e não um verdadeiro negócio). Por conseguinte, o que esta norma impõe é que o médico, em determinadas circunstâncias sobre as quais adiante nos pronunciaremos, se baste com o consentimento tolerante⁶⁰ do menor, que não se consubstancia num contrato ou compromisso – não sendo, por isso, necessária capacidade de exercício –, visto que, embora possivelmente apto a representar as consequências das suas decisões, estamos perante um indivíduo carente de autonomia negocial.

Perante a solução legislativa da ordem jurídica portuguesa, qualquer menor de dezasseis anos sofre de uma irremediável incapacidade de decidir, ele próprio, sobre a realização de cuidados médicos sobre a sua pessoa⁶¹. Acima dos dezasseis anos, já lhe

⁵⁸ Texto redigido de acordo com a legislação anteriormente em vigor, que se bastava com o limite etário dos catorze anos, devendo, por isso, ler-se *dezasseis* anos, devido à alteração introduzida com a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro.

⁵⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias, “A Capacidade para Consentir: Um Novo Ramo da Capacidade Jurídica”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Vol. II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 2006, p. 222.

⁶⁰ Orlando de Carvalho, *in*, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 183: o consentimento tolerante não atribui um poder de agressão, mas justifica implicitamente a mesma. Será sempre revogável, visto estarem em causa bens jurídicos eminentemente pessoais. Os representantes legais ficarão encarregues das obrigações jurídicas daí decorrentes, como o pagamento pelas despesas hospitalares, honorários médicos, etc., situações em que é necessário prestar consentimentos vinculantes (originadores de um autênticas obrigações, tal como num contrato) ou «autorizantes» (que atribuem a outrem um poder de agressão, constituindo um compromisso jurídico).

A este propósito, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA distingue quatro situações: aquelas em que são os representantes legais que celebram um negócio com o médico; os casos em que é o próprio incapaz que procura os serviços médicos; os que uma terceira pessoa, com a intenção de ajudar um paciente em estado de inconsciência apela a um médico para intervir; e as situações em que o médico leva ele próprio a cabo um tratamento para salvar um paciente inconsciente – *Vide, O consentimento Informado na Relação Médico-Paciente... op. cit.*, p. 343 *et seq.*

Diferente é o consentimento presumido, de acordo com expectável vontade do doente, e em benefício deste. Num quadro de urgência, não havendo tempo útil para obedecer aos trâmites normais de obtenção de consentimento do doente ou autorização por parte dos representantes legais, o médico age de acordo com aquilo que pensa cumprir o superior interesse do menor de idade. A sua justificação legal reside no art. 340.º, n.º 3 CC, caso estejam em causa maiores de dezasseis, ou art. 464.º CC, relativo à gestão de negócios, se estiverem em causa menores de dezasseis – solução avançada pelo autor GERALDO ROCHA RIBEIRO, *op. cit.*, p. 136. O consentimento do doente, seja qual a sua modalidade ou classificação, afigura-se indispensável para que a intervenção seja considerada lícita, só desse modo se afastando a responsabilização penal, disciplinar e civil do profissional de saúde.

⁶¹ Embora o direito que este tem de participar e ser informado sobre o procedimento não deva ser afetado.

será possível consentir, verificadas e provadas estejam as condicionantes acima descritas⁶².

Exige-se também que a criança ou jovem competente expresse a sua vontade de forma inequívoca, sem interferência de terceiros – caso em que tal declaração de nada releva –, embora aceitemos que se questione, a este propósito, se o menor de idade é capaz de expressar a sua vontade de forma verdadeiramente autónoma e livre de influências, numa fase em que os progenitores deixam espelhar na criança as suas projeções e aspirações, tendendo esta a seguir esses mesmos desejos⁶³, e por isso podendo não se verificar um verdadeiro consentimento, “inteiramente livre de coação, persuasão ou manipulação”⁶⁴.

Por outro lado, é natural que as crianças saibam reconhecer a necessidade do aconselhamento parental, o que apenas reforça a ideia de que deve ser estabelecida a tal relação de parceria entre todos os intervenientes.

É visível o ceticismo quanto à capacidade de os menores de idade tomarem decisões conscientes e adultas, o que se manifesta no facto de nem sequer a partir dos dezasseis anos se deixar afirmar uma presunção (ilidível) de competência. Pelo contrário, esta terá de ser provada, o que, claramente, os coloca numa posição de prejuízo, sendo muito mais difícil demonstrar a competência do que a incompetência do menor.

Esta aferição de (i)maturidade deverá ser efetuada de modo casuístico, afastando-nos da construção de “modelos ou grelhas⁶⁵” preconcebidas, impossíveis de abranger todas as eventuais ocorrências em matéria do foro médico⁶⁶. A exigência de um

⁶² Neste caso, a prestação dos cuidados de saúde comporta uma “garantia acessória que deve ser respeitada”: a confidencialidade – Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde...*op. cit.* p. 229. Porém, esse não é um direito absoluto, podendo, em certos casos, ser afastado. Com efeito, a quebra de sigilo pode ser inevitável: pensemos nas (não raras) situações em que os jovens dependem dos pais para pagar os serviços prestados – os seus progenitores vão saber a que especialidade da medicina os seus filhos recorreram; ou os medicamentos prescritos que aqueles vão levantar a uma farmácia. Casos mais graves podem surgir, onde a confidencialidade não pode ser garantida, como a deteção de uma doença sexualmente transmissível no menor, capaz de afetar a vivência em sociedade. Deste modo, tal como em relação aos pacientes adultos, não é desejável nem uma adesão cega, nem uma ausência total desta garantia, sendo quebrada apenas em situações limite ou de inevitabilidade.

⁶³ Neste sentido, KUTHER, Tara L., “Medical Decision-Making and Minors: Issues of Consent and Assent”, *Adolescence*, Vol. 38, No. 150, Libra Publishers, Inc., 2003, p. 347.

⁶⁴ REDDING, Richard E., “Children’s competence to provide informed consent for mental health treatment...*op. cit.*, vol. 50:695, 1993, p. 742.

⁶⁵ RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *op.cit.*, 2011, p. 221.

⁶⁶ CAVE, Emma, WALLBANK, Julie, “Minors’ capacity to refuse treatment: a reply to Gilmore and Herring”, *Medical Law Review*, 20, Oxford University Press, 2012, p. 442: “consent does not operate on a ‘one size fits all’ basis”.

determinado nível de capacidade para consentir varia, pois, consoante os riscos e gravidade da intervenção, os benefícios, as consequências de não aceitar o tratamento, entre tantos outros fatores que entram em linha de consideração, e para os quais a compreensão do menor de idade pode existir ou não, independentemente da idade.

Aqui chegados, impõe-se tecer algumas apreciações e refletir sobre até que ponto a norma contida no art. 38.º, n.º 3 do CP consegue dar uma resposta adequada a todo o tipo de situações, mostrando-se capaz de transmitir segurança jurídica aos profissionais de saúde⁶⁷.

3. Idade e/ou discernimento: o que faz um verdadeiro consentimento?

Partimos da distinção entre incompetência absoluta, comum nas crianças de tenra idade, e incompetência relativa, associada às crianças mais velhas e aos adolescentes⁶⁸, sendo principalmente em relação a este último grupo que o problema da aferição da capacidade para tomar decisões sobre cuidados médicos se coloca.

Parece-nos que as crianças e jovens que se vêm confrontados com quadros clínicos de doença e fragilidade têm tendência para se encontrarem num “estádio de evolução superior ao de muitas outras crianças da mesma idade”⁶⁹, e os adultos envolvidos devem ter em conta essa maturidade e experiência^{70 71}.

Assim sendo, talvez não seja descabido considerar o critério da idade como “uma barreira estanque e imutável, que separa o estado de capacidade do de incapacidade de

⁶⁷ De acordo com Rui Nunes, presidente da Associação Portuguesa de Bioética, “em Portugal o enquadramento ético e jurídico é relativamente claro, mas é natural que no futuro surjam evoluções com a dimensão social dos casos que vêm dos meios anglo-saxónicos, até porque muitas das normas foram criadas para dar resposta a situações como as recusas de transfusões de sangue por motivos religiosos, [...] e agora a medicina traz outros desafios” – Cfr. BORJA-SANTOS, Romana, “Médicos ou pais: quem tem a última palavra no tratamento de uma criança?”, *Público*, 9 de Setembro, 2014, p. 15, pelo que o critério da aferição da capacidade poderá ser repensado e, porque não(?), adaptado.

⁶⁸ *In*, PEREIRA, André Gonçalo Dias, “A Capacidade para Consentir... *op. cit.*, p. 221.

⁶⁹ MAFALDA FRANCISCO MATOS, *op. cit.*, p.59.

⁷⁰ PIKER, Andy, “Balancing Liberation and Protection: A Moderate Approach to Adolescent Health Care Decision-Making”, *Bioethics*, vol. 25, no. 4, Blackwell Publishing Ltd., 2011, p. 207.

⁷¹ Fazendo uso das palavras de WILLARD GAYLIN, “é fácil dizer quando um indivíduo tem dezoito anos; difícil é saber quando esse indivíduo é maduro” – *in*, *The Competence of Children: No Longer All or None*, Hastings Center Rep., Apr. 1982, p. 33, *apud*, REDDING, Richard E., “Children’s competence to provide informed consent for mental health treatment... *op. cit.*, p. 158.

exercício, sem atender à personalidade e temperamento da pessoa concreta”⁷², isto é, se é responsável, prospetiva, e se, no fundo, se está perante um “menor maduro”⁷³, com competência para tomar decisões neste âmbito.

Esta maturidade específica⁷⁴ consubstancia-se no facto de a criança ou jovem se encontrar em condições de compreender a natureza do tratamento, as alternativas e potenciais consequências de cada uma delas, estando, por isso, em condições de se autodeterminar de forma voluntária e racional, de acordo com essas informações. Verificando-se este grau de compreensão, então deve, na nossa opinião, ser-lhe reconhecido o mesmo grau de autonomia de um adulto (mesmo não o sendo), pelo que qualquer fixação de um limite etário abaixo do qual o menor de idade é, sem mais, incompetente, sendo os dezasseis anos ou outra qualquer fasquia, será arbitrária e alvo das mesmas críticas: rigidez, linearidade, tendente à injustiça⁷⁵.

Por conseguinte, cada situação tem um carácter ímpar, e embora não se negue a importância de uma regra para a aferição deste tipo de capacidade, concordamos com GERALDO ROCHA RIBEIRO, que alerta para o efeito perverso que advém desta solução: por não se atender à competência concreta da criança abaixo do limite etário definido, ocorre uma absorção da esfera de autodeterminação da mesma com vista à sua proteção, o que implica que a decisão em causa seja tomada por um terceiro, quando esse é um direito indisponível e intransmissível⁷⁶.

Neste seguimento, não restam dúvidas de que o consentimento para uma dada intervenção médica é um ato incindível à própria pessoa, não podendo ser prestado por mais ninguém além do indivíduo alvo desse tratamento. Todavia, tratando-se de um

⁷² Vide, “A Capacidade para Consentir...*op. cit.*, p., 201.

⁷³ A doutrina do menor maduro teve origem nos anos 70 nos EUA, e aplicando-se aos jovens cuja capacidade se mostra suficiente para a tomada de decisões, tanto médicas como de outra índole. Teve como impulso o combate à proliferação de pedidos indemnizatórios que pais interpunham contra médicos, por estes assistirem os seus filhos sem uma autorização parental.

⁷⁴ Pois nada invalida que o menor seja maduro noutras facetas da sua vida, e não o seja em sede decisória de cuidados médicos.

⁷⁵ “Toda a tentativa que tenha em vista a fixação de uma idade de discernimento uniforme para todas as crianças está destinada ao fracasso, pois o desenvolvimento de cada jovem é particular e diferente dos outros” – Cfr. GIRARD, Nathalie, *Le consentement du mineur aux soins médicaux*, Collection Minerve, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1993, p. 32, *apud*, MATOS, Mafalda Francisco, *op. cit.*, p. 60.

⁷⁶ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *op. cit.*, p. 125.

Por outro lado, bem se compreende que, apesar de a capacidade de ajuizar não se manifestar simplesmente na idade cronológica, a estatuição de uma «barreira» temporal transmite certeza e segurança aos interesses de ordem geral.

menor de idade considerado incapaz de o fazer, os representantes legais⁷⁷ adquirem o poder decisório.

Sucedem que, estes não se substituem ao seu filho, não havendo um verdadeiro consentimento e sim uma autorização⁷⁸, muito embora, para ser eficaz, esta deva ser livre, esclarecida e prévia à intervenção médica, *i.e.*, respeitar as características legalmente exigíveis para o consentimento informado.

Para que possam emitir essa autorização, é necessário que ambos os progenitores se encontrem de comum acordo, quer exerçam as responsabilidades parentais em conjunto⁷⁹, quer separadamente, dado que, à partida, tratar-se-á de uma questão de particular importância⁸⁰.

De resto, e antes do recurso à autorização parental, que pode não ter lugar caso o menor seja competente, fica a questão de saber qual a entidade idónea a fazer essa avaliação de aptidão por parte do jovem para tomar decisões sobre a realização de uma dada intervenção médica sobre a sua pessoa.

⁷⁷ No plano da saúde, os tutores têm os mesmos direitos e deveres que os pais – há apenas uma exceção, relativamente ao transplante de órgãos, que se encontra consagrada no art. 8.º da Lei n.º 12/93, de 22 de abril, que regulamenta a colheita e transplantes de órgãos e tecidos de origem humana. Contudo, poderá questionar-se se, no caso de uma intervenção médica, os poderes dos progenitores não devem ser maiores do que os do tutor. Afinal, existe um vínculo biológico entre os primeiros e o menor. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA atenta que, relativamente aos tutores “o mais que se pode é ser mais exigente em matéria de recusa de intervenções médicas que causem perigo para a saúde do menor. [...] O tutor, ao contrário dos progenitores, não exerce qualquer direito de personalidade, apenas cumpre um poder funcional a que está adstrito e que deve justificar” – Cfr., *O Consentimento Informado*, *op. cit.*, p. 305.

⁷⁸ Vide, RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *op.cit.*, 36, MATOS, Mafalda Francisco, *op. cit.*, 112, MARTINS, Rosa Cândido, “A criança, o Adolescente e o Acto Médico...*op. cit.*, 813. Também é esta a terminologia utilizada pela CDHBio, no art. 6.º, n.º 2: “sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei”, com a ressalva de que “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”.

⁷⁹ Mesmo que os pais estejam casados, se se tratar de uma questão de particular importância, é necessário alcançar um acordo, caso contrário há intervenção do tribunal – Cfr. art. 1901.º, n.º2 CC.

⁸⁰ BARGADO, Manuel do Carmo, CARVALHO, Luís Baptista, LEAL, Ana Teresa, MELO, Helena Gomes de, OLIVEIRA, Felicidade de, RAPOSO, João Vasconcelos, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2.ª edição (revista, actualizada e aumentada), Quid Juris, 2010, p. 142. Mesmo relativamente às intervenções cirúrgicas, não é líquido tratarem-se, *per se*, de atos de particular importância. Estes autores consideram que uma intervenção cirúrgica que não seja absolutamente necessária terá, tendencialmente, particular importância e necessita de acordo, ao contrário de uma intervenção necessária mas com uma gravidade mínima (pensemos na remoção das adenóides, amígdalas). Estas condicionantes também influem quando se põe em causa a (in)capacidade do jovem, pelo que para uma consulta ou ato de simplicidade similar, tal como a desinfeção de uma ferida, não se vislumbra uma impreterível consulta aos pais, estando estas intervenções médicas de reduzida importância abarcadas pelo escopo do art. 127.º CC.

4. A avaliação da (in)competência do menor

Em sede de aferição da capacidade, torna-se necessário aceder à maior quantidade possível de informações relativas ao menor, quer as constantes da ficha clínica, que o profissional de saúde poderá facilmente consultar, quer as que decorrem das características individuais do sujeito.

Neste aspeto em particular, a lei encontra-se longe de nos guiar com clareza. Apesar dos requisitos exigidos pelo art. 38.º, n.º 3 do CP (em relação aos quais já mostramos a nossa discordância), fica por determinar a quem pertence o ónus de aferição da capacidade, podendo este ser atribuído aos pais, que são quem melhor conhece o menor, muito embora estes possam ser tendenciosos, de acordo com o que desejam para aquele, conferindo (ou não), a partir dessa expectativa, o estatuto de «competente» ao filho; ao médico, cuja imparcialidade é certamente, maior, que conta com o conhecimento de experiências anteriores, sabendo exatamente o tipo de intervenção em causa e os perigos que esta comporta, etc.; ou o tribunal que, em caso de dúvida ou conflito, encontrará as bases necessárias ao preenchimento do princípio do superior interesse da criança, tomando uma decisão de acordo com ele.

O cenário ideal seria um consenso entre pais, médico e jovem alvo do tratamento. Além da celeridade na resolução de uma questão que, muitas das vezes, necessita de rapidez, um acordo poria de parte a intromissão judicial em matérias tão delicadas e pessoais. Contudo, isso nem sempre é viável, devido à própria condição humana e à impossibilidade de aproximar eventuais pontos de vista em confronto, pelo que o envolvimento dos tribunais torna-se necessário.

De acordo com o estudado, depois de realizados os necessários esclarecimentos, o médico, orientado pelo seu código de ética, é a pessoa indicada para avaliar se em causa está um jovem plenamente maduro e, a partir daí, agir em conformidade⁸¹. Nesse juízo, “deve-se ter em consideração a gravidade da intervenção, a maturidade do menor, o grau de autonomia que tem na sua vida em geral e no domínio ou experiência que tem da doença e da relação clínica em particular, e outras circunstâncias especiais”⁸².

⁸¹ É de referir o importante papel desempenhado pelas instituições de ensino, na formação que facultam aos profissionais que lidam com estas práticas, para que estes saibam como agir sem deixar de atender aos principais valores aqui em causa: autonomia, beneficência e justiça.

⁸² PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado...op.cit.*, p., 319. Partilhando desta perspetiva, GERALDO ROCHA RIBEIRO, *op. cit.*, p. 123: “é ao responsável executor da intervenção médica a quem compete a avaliação de competências [...] consoante a gravidade da intervenção, os

O médico de família tem, aqui, na nossa opinião, uma influência preponderante, devendo ocupar uma posição privilegiada porque, não só conhece o historial do paciente, como tem com ele uma maior proximidade.

O próprio acompanhamento do doente pelo médico de família, que é feito em regime de continuidade, traduz-se num maior à vontade por parte deste último em relação ao primeiro, que lhe vai colocar as suas dúvidas com outra facilidade, podendo até seguir mais rapidamente as recomendações do profissional de saúde⁸³. Este encontra-se familiarizado com a criança e o seu desenvolvimento na generalidade das situações por esta vividas, ao invés de, *v.g.*, o médico-cirurgião, que presta um serviço isolado e não conhece o menor a não ser nesse contexto.

Acresce que, talvez não fosse despropositado o recurso a um psicólogo qualificado para este tipo de questão, consubstanciando-se num profissional com conhecimentos complementares aos do médico de família, e cuja intervenção não confere mais morosidade ao processo.

Difícil parece ser a divergência entre médicos e progenitores, em que “costuma imperar a vontade dos pais, desde que não haja risco no momento”⁸⁴. Porém, surgem cada vez mais zonas cinzentas, onde se suscitam questões complexas a necessitar de solução, sendo esse o momento em que a força estatal acaba por intervir, através do recurso às vias judiciais, abrindo-se a porta a alguma margem de discricionariedade e de opinião por parte do juiz relativamente à (in)existência de maturidade por parte do menor avaliado.

Na nossa visão, uma criança ou jovem deve ter capacidade para consentir qualquer tratamento médico quando um profissional de saúde qualificado que o avalie ateste que

efeitos da mesma, riscos supervenientes, situação de urgência ou de relativa urgência, intervenção terapêutica ou meramente estética”.

⁸³ É necessário reforçar a necessidade de capacidades comunicativas por parte do médico, que lhe permitam expor as circunstâncias com um estilo linguístico compreensível, pois mesmo que se trate de um menor de idade maduro, o normal é que tenha um vocabulário mais restrito, pelo que se impõe uma preparação do profissional de saúde nesse sentido. Partindo desta premissa, a informação deverá ser prestada de modo personalizado, com uma abordagem que tenha em conta as singularidades da faixa etária, e tal como cabe ao profissional de saúde certificar-se de que o paciente adulto processou corretamente a informação, o mesmo se aplica estando em causa um menor. Como *supra* referido, é importante que as crianças não carreguem sentimentos de incompreensão, ou que tentem insurgir-se contra o tratamento – algo impeditivo do sucesso da intervenção, e que com a inclusão do menor no processo decisório é suscetível prevenir.

⁸⁴ Miguel Oliveira da Silva, presidente do CNECV, em declarações ao PÚBLICO, *op. cit.*, p. 14.

o menor é capaz de compreender a natureza da intervenção e possíveis implicações do procedimento ou tratamento^{85 86}.

5. O poder de recusa

Como referido anteriormente, ao (eventual) poder de consentir ou autorizar, não corresponde, necessariamente, o poder de recusar cuidados de saúde, tanto da parte dos progenitores, como de um menor de idade maduro e competente para efeitos da realização de uma intervenção médica.

Antes de tudo, deve ser aferida a possibilidade de o consentimento informado ser prestado pelo próprio menor. Caso essa competência seja inexistente, cabe aos

⁸⁵ Constituindo a maturidade um dos requisitos para que o tratamento não seja ilícito, esta não pode ser presumida – pese embora pensarmos que não uma presunção não configuraria uma má solução, caso esta fosse qualificada como ilidível. Com efeito, “o profissional de saúde deverá, assim, aferir da existência dessa maturidade, ao qual, em caso de acção judicial civil proposta contra ele, *v.g.* de responsabilidade civil médica, caberá provar a existência da mesma nos termos das regras gerais do ónus da prova enquanto facto impeditivo do pressuposto da ilicitude” – 342.º, n.º 2 CC. In, SANTOS, André Teixeira dos, “Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos”, *Revista do Ministério Público, ano 30, n.º 118*, Editorial Minerva, 2009, p. 148. Os autores ANDRÉ DIAS PEREIRA e JOÃO VAZ RODRIGUES não estão de acordo com esta posição, alegando que o médico não tem de fazer prova em juízo da maturidade do menor de idade.

⁸⁶ Cabe aqui uma pequena nota relativa à influência da decisão do caso *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, datado de 1986 e gerador de grande polémica na *United Kingdom House of Lords*. Apesar de relacionado com a prestação de consentimento de adolescentes para aconselhamento sexual e acesso a meios contraceptivos sem o conhecimento dos representantes legais – tendo sido precisamente esta a questão colocada – acabou por redimensionar a conceção da personalidade do menor de idade e dos seus direitos, mormente no contexto de cuidados de saúde. De acordo com a sentença proferida, deve ser permitido aos menores, seja qual for a sua idade, consentir sem supervisão parental – o que não significa, necessariamente, que possam igualmente recusar a intervenção médica. Assim, sobre os maiores de dezasseis anos recai uma presunção (ilidível) de competência; abaixo dessa faixa etária, essa possibilidade já terá de ser avaliada.

A competência *Gillick* define uma criança autónoma e competente como aquela que alcança compreensão e inteligência suficientes para entender por completo o que lhe é proposto, inclusivamente as consequências, efeitos secundários, contraindicações, efeitos colaterais, e possíveis resultados em caso de falha do tratamento. Exige-se, que seja atingido um pleno esclarecimento, afigurando-se este um patamar difícil de atingir, mesmo que se de um adulto se tratasse (Cfr. FIONDA, Julia, “Legal Concepts of Childhood: An Introduction”, *Legal Concepts of Childhood*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2001, p. 10), o que se traduz no atestar da competência a um número diminuto de jovens.

Apesar de a decisão não ser isenta de críticas, contém uma importante mensagem para a passagem do modelo de família autoritário, para o modelo de família em que impera uma “cultura de autonomia” – Cfr. ROMANA BORJA-SANTOS, *op. cit.*, p. 15.

representantes legais a responsabilidade da decisão relativamente a uma dada intervenção.

Todavia, o poder decisório que lhes é conferido está longe de ser ilimitado⁸⁷. Na hipótese de estes seguirem as recomendações da equipa médica, dificilmente haverá qualquer conflito.

Contrariamente, se assim não for, *i.e.*, se recusarem a intervenção⁸⁸ ou exigirem a realização de um tratamento diferente do indicado no caso concreto⁸⁹, a mesma equipa, entendendo que a atitude parental se revela, em muito, prejudicial à criança/jovem, pode levantar as suas dúvidas perante um tribunal⁹⁰.

⁸⁷ *V.g.*, os pais não podem rejeitar uma intervenção que faça parte de uma ação obrigatória do Estado, no sentido da preservação da saúde pública, como a vacinação; nem podem decidir de modo notoriamente contrário ao interesse do menor, como a rejeição de uma transfusão de sangue, devido à religião que eles preferem. *Vide*, o Parecer 46/CNEV/05 sobre a objeção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos: “deve ser requerida a autorização dos representantes legais, prevalecendo igualmente, em caso de recusa, o dever de agir decorrente do princípio da beneficência, porquanto aquela autorização não corresponde ao exercício da autonomia, pessoal e indelegável, sem prejuízo do recurso às vias judiciais quando indicado”.

⁸⁸ O art. 11.º da Lei n.º 15/2014, de 21 de março, que procedeu à consolidação da legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde, estatui que devem ser previstas, de acordo com os princípios constitucionais, as condições em que os representantes legais dos menores podem exercer os direitos que lhes cabem, estando aqui incluído o de recusa de assistência. Porém, essa concretização acaba por não ser feita pelo legislador, o que acaba por inutilizar e esvaziar de conteúdo o preceito descrito. De facto, “a lei deve prever as condições”...mas não o faz.

⁸⁹ A este propósito relembre-se o caso de Safira Íris Mateus Freitas, a criança de 4 anos a quem, em 2010, foi detetado um tumor renal raro. O diagnóstico impunha cirurgia imediata, contudo, o protocolo europeu que regula o tratamento do cancro em Portugal impõe 4 sessões de quimioterapia previamente à intervenção. Os pais resistiram, mas o IPO não cedeu e apenas após as 4 sessões, é que se seguiu a operação, após a qual a família decidiu que a menina não iria ser submetida a mais sessões (entretanto prescritas pela equipa médica), decidindo procurar vias alternativas. Pais e médicos entraram, assim, no mundo do vazio legal. A situação, já por si difícil, acabou por se tornar numa batalha legal, e segundo a apreciação final do tribunal, os progenitores teriam mesmo de acatar as indicações médicas. Apesar da sentença, os pais partiram com a criança para a Alemanha para realizar um tratamento experimental que o IPO na altura não reconhecia. Hoje, Safira está em remissão completa, tendo a sua história dado azo a uma discussão mediática relativamente à extensão, por um lado, do dever do médico de tratar e, por outro, o direito de escolha dos pais - reportagem completa disponível em <http://sicnoticias.sapo.pt/programas/reportagem/sic/2011-10-27-safira>.

Dentro desta mesma problemática, mais recentemente (2014) Ashya King, um menino britânico de 5 anos com cancro cerebral foi levado pelos pais de Inglaterra para Espanha sem o consentimento dos médicos, por pensarem que o tratamento indicado no hospital do seu país era demasiado agressivo. Chegados a Espanha, os pais de Aysha foram detidos após a emissão de um mandado de detenção internacional pois, inicialmente, o caso foi tratado como sequestro e maus tratos. Tendo os progenitores conseguido explicar que não estavam a raptar o filho, e sim à procura de um tratamento alternativo seguiram para Praga para aí continuar o tratamento da criança, muito embora até agora sem sucesso – Cfr. artigo completo do jornal Expresso em <http://expresso.sapo.pt/menino-com-cancro-alvo-de-tratamento-contraindicado-pelos-medicos-que-o-seguiam=f888672>.

⁹⁰ LEWIS, Penney, “The Medical Treatment of Children”, *Legal Concepts of Childhood*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2001, p. 159.

Não sendo possível, em tempo útil, devido à urgência⁹¹, o recurso ao MP, para que este promova o processo competente à limitação do poder paternal⁹², será o médico a decidir se (des)respeita a vontade dos pais, podendo fazer tábua rasa face à opção de recusa dos progenitores⁹³.

São situações em que se restringe a esfera decisória dos representantes legais, e “se é verdade que a tutela da saúde e da vida do menor ainda tem mais valor do que o exercício do poder paternal [...] nada justifica que não se tente harmonizar os dois valores constitucionalmente protegidos, por forma a respeitar ambos até onde for possível”⁹⁴.

No caso de ser o menor (considerado competente) a optar pela recusa da intervenção, a lei é igualmente lacunar.

Julgamos que, se lhe é permitido consentir, dentro dos requisitos referidos, também lhe deverá ser permitido recusar, pese embora nem todos os entendimentos incidam nesse sentido.

ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS parece defender a regra de que “o consentimento e a recusa não são duas faces da mesma moeda”⁹⁵ declarando que “o legislador partiu do princípio de que o menor é um incapaz na acepção de que não goza de maturidade suficiente para exercer na sua plenitude, por si só, todos os seus direitos, precisando de ser assessorado pelos seus representantes legais”, e que por isso, não se pode “correr o risco de colocar nas mãos do menor, independentemente do grau de

⁹¹ Este estado de perigo pode, igualmente, fazer presumir a autorização dos pais (com quem o contacto se mostrou infrutífero), visto poderem tratar-se de circunstâncias inadiáveis, cuja delonga na intervenção potencia o perigo para a criança ou jovem.

⁹² MARTINS, Rosa Cândido, “A Criança, o Adolescente e o Acto Médico...”, *op. cit.*, p. 824: “Neste processo, o tribunal, a requerimento do MP, profere decisão provisória no prazo de 48 horas, confirmando as providências tomadas, nos termos do artigo 91.º da LPCJP, para imediata protecção da criança ou determinando o que tiver por conveniente relativamente ao destino da criança ou do jovem (artigo 92.º da LPCJP).” A mesma autora, *op.cit.*, p. 815, avança com a seguinte conclusão: “quando os pais no exercício das suas funções parentais, depois de suficientemente esclarecidos, se oponham à realização de certos tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas, apesar de todas as diligências feitas no sentido de obter a sua autorização, e dessa oposição resulte perigo irreversível para a vida do menor, [...] está o médico legitimado a agir”. O problema patente centra-se no facto de qualquer decisão poder tornar impossível a reposição do *status quo ante*.

⁹³ Aqui podemos perguntar até que ponto é exigível o esforço dos pais, cujas vidas se poderão ver hipotecadas, pelo constante cuidado que terão de despender com os seus filhos. As próprias consequências na vida da criança, isto é, se esta vai ter um futuro de sofrimento, sem hipótese de melhora, sem qualidade de vida, etc., são conjeturas sinuosas, pelo que o normal será optar por tomar medidas que incidam no sentido da sua continuação.

⁹⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado...op. cit.*, p. 330, *apud*, OLIVEIRA, Guilherme, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde...*op. cit.*, p. 231.

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 153.

maturidade que efectivamente tenha, a possibilidade de este decidir não ser submetido a um acto que lhe será, em princípio, benéfico com repercussões ao nível de toda a sua vida se não for levado a cabo”⁹⁶.

Destarte, da orientação dos autores que sustentam o contrário parece resultar uma conclusão: o direito do menor com competência para consentir consubstancia-se apenas na possibilidade de concordância, só podendo consentir o tratamento, e já não recusá-lo, apenas fazendo valer a sua vontade se esta não for contra o que os médicos e/ou progenitores previamente lhe destinaram como sendo o “melhor”⁹⁷.

A razão apontada assenta no facto de a recusa valer para todo e qualquer tratamento, ou seja, o menor ao recusar, fá-lo em relação a qualquer meio de intervenção, enquanto o consentimento pode não ser prestado para um determinado meio de intervenção, e ser para outro^{98 99}.

Esta não é uma posição que possamos seguir. Não obstante a apreciação que fazemos ser capaz de originar situações extremadas, pensamos que, havendo maturidade para tal, o poder de veto é incidível do poder de consentir, sendo esta a única forma de atribuir a devida relevância aos direitos das criança e dos jovens.

Enquanto os adultos podem tomar decisões menos “felizes”, ou menos prudentes, e não podem ser sujeitos a qualquer intervenção médica de modo forçado, com o menor já não acontece o mesmo, pois as resoluções que não pareçam ser acertadas do ponto de vista de quem o tem a seu cargo podem ser ultrapassadas e este será tratado mesmo contra a sua vontade. Assim sendo, talvez também devesse ser questionada a

⁹⁶ *Ibidem*, p. 152.

⁹⁷ “A participação é muito pior quando usada sob pretexto de consulta, ou para disfarçar o facto de que, na realidade, nenhuma possibilidade de escolha é dada” – P. Alderson and J. Montgomery, *Health Care Choices: Making Decisions with Children*, London: Institute for Public Policy Research, 1992, *apud*, EMMA CAVE, “Goodbye *Gillick*? Identifying and resolving problems with the concept of child competence”, *Legal Studies*, vol. 34, no. 1, The society of legal scholars, 2014, p. 115.

⁹⁸ Se entre um tratamento invasivo e outro não invasivo, o menor optar por este ultimo, não há porque não respeitar esta opção, tal como deve poder rejeitar determinados meios de diagnóstico se houver outras formas mais suaves de alcançar o mesmo resultado – *vide*, COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M., “Adolescents and consent to treatment”, *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 89, Elsevier Ireland Ltd., 2005, p. 183.

⁹⁹ Como explicam EMMA CAVE e JULIE WALLBANK, *op. cit.* p., 424-425, será dentro dessa margem de opções de intervenção que o menor poder decidir e consentir, o que depende sempre da existência de mais do que uma alternativa, caso contrário, a recusa significa uma rejeição total ao único tratamento possível.

capacidade dos adultos em certos momentos, pois “o «irracional» é igual para todos os indivíduos, independentemente da idade”^{100 101}.

No caso dos menores de idade, observamos que a liberdade de autodeterminação do próprio corpo não é plena, embora pensemos que a estes também deve ser assegurada a possibilidade de escolher e errar, se para isso estiver apto. Comprovada a maturidade do jovem em causa para decidir por si mesmo e formular um consentimento informado, é igualmente necessário reconhecer a sua recusa igualmente informada^{102 103}.

O direito à autodeterminação deverá prevalecer sobre outros bens eminentemente pessoais, porquanto a incerteza de saber se o jovem competente fará ou não uma escolha acertada “é o preço que tem de ser pago pelo facto de se proporcionar que o direito se encontre mais fortemente ligado à sociedade actual, à experiência social, dado que, aquilo que se nos apresenta [...] é que, hoje em dia, amiúde, existem menores capazes de tomar decisões sobre a sua própria vida”¹⁰⁴.

¹⁰⁰ DONNA DICKENSON, “Children’s informed consent to treatment: is the law an ass?”, *Journal of medical ethics*, 1994, p. 206.

¹⁰¹ Pensemos no seguinte caso (reciado também pelo autor ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...op. cit.*, p. 320-322): um jovem com dezasseis anos, de acordo com o art. 1886.º CC, tem o direito de autodeterminar a religião com a qual mais se identifica, e acaba por escolher professar a crença das Testemunhas de Jeová. Uma das regras desta fé é a oposição expressa a transfusões sanguíneas, e numa situação extrema, em que se torne essencial a realização de uma transfusão de sangue para a continuidade da vida do menor, e este a rejeite, o direito à escolha da religião concedido ao jovem pode ser completamente ultrapassado...Por outras palavras, permite-se a dita opção religiosa, mas não são aceites todas as suas implicações. ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS atenta para o facto de não ser porque o legislador dá a possibilidade de escolha, que isso implica um apoio a todas as formas de manifestação dessa religião, ou seja, “não significa que este direito seja absoluto”, e que se “goza de capacidade de exercício para morrer em nome da religião” – *Vide. op. cit.* p. 153. Ora, bem se poderá dizer que este direito cede em caso de colisão com a vida humana, mas, assim sendo, este argumento deveria valer tanto para a vida do jovem, como para a vida de um adulto na mesma situação e, no entanto, verifica-se uma discrepância de tratamento, parecendo que “a liberdade de consciência e de religião do menor com mais de dezasseis anos será respeitada na medida em que isso não ponha em causa a sua saúde” – *ibidem*. Certo é que a afirmação de que a escolha de uma religião pode não ser definitiva, dada a inconstância do jovem e a formação inacabada da sua personalidade.

¹⁰² No mesmo sentido, GERALDO ROCHA RIBEIRO, *op. cit.*, 126.

¹⁰³ Embora não se trate propriamente de uma situação cuja intervenção médica se possa qualificar como terapêutica, mostra-se relevante fazer referência ao romance de Jodi Picoult, *My sister’s keeper* (2009). Anna Fitzgerald foi geneticamente concebida com o propósito de ser dadora compatível da sua irmã, que sofria de leucemia, e cuja morte, pouco a pouco, se avizinhava. Com o objetivo de travar as práticas a que desde cedo foi submetida, e não mais ser forçada a intervenções médicas (mesmo que realizadas para ajudar a irmã), Anna, com 11 anos de idade, decide processar os próprios pais e pedir ao tribunal a sua «emancipação clínica», para apenas ela poder tomar resoluções sobre o seu próprio corpo. Apesar de a trama girar em volta de uma falsa questão, que somente no fim se vem a revelar, o tribunal acaba por dar razão à pretensão da jovem.

¹⁰⁴ MAFALDA FRANCISCO MATOS, *op. cit.*, p. 86.

CONCLUSÕES

É notório o papel que as crianças e jovens ocupam na sociedade contemporânea, e a maturidade que estes adquirem gradualmente no processo de crescimento não podia deixar de ocupar um lugar preponderante nas várias facetas do direito.

É certo que esta autonomia necessita de articulação com o cuidado parental que, apesar das transformações que se deram na cultura familiar com o avançar dos tempos, continua a ser um instituto preponderante na formação dos futuros adultos.

Todavia, todas as mudanças trazem consigo situações novas, e a conjuntura familiar da atualidade, nomeadamente no que toca a esta problemática da vontade do menor em caso de intervenções médicas, não é exceção à regra.

Durante a nossa «jornada», deparámo-nos com verdadeiros dilemas éticos, sociais e jurídicos, aspetos estes que, conquanto não se afigure sempre viável, devem o mais possível «andar de mãos dadas», de modo a coadunarem-se à realidade que vivemos.

Está visto, e podemos comprová-lo todos os dias com pequenas observações a familiares ou conhecidos, que os menores de idade não são feitos apenas de fragilidades. Eles têm algo a dizer sobre o que lhes concerne e é fundamental que, enquanto pais, irmãos, educadores, profissionais de saúde, ou qualquer outro agente que com crianças e jovens interaja, os encaremos de modo sério – mesmo que não possam dar a decisão final relativamente a um dado assunto –, e não que os ouçamos apenas «porque sim».

Reconhecemos a importância de, numa dissertação, avançar com uma proposta de resolução às questões formuladas, se bem que, no presente caso, qualquer solução peca por ter pontos negativos e corre o risco de criar outros impasses, pelo que optamos por questionar as soluções e refletir sobre possíveis opções, sem encarnar uma posição inflexível.

Estamos cientes das críticas apontadas à regra do 38.º, n.º 3 CP, consubstanciando-se a maior delas no seu carácter lacunar, por não resolver a maior parte dos problemas aqui colocados, como quem avalia a competência do menor, como preencher o critério do discernimento, se a regra vale tanto para consentir como para recusar, etc.

Torna-se necessária uma base legal mais clara e vincada, onde sejam traçadas linhas de orientação, caso contrário, é a esfera de autodeterminação do menor que fica prejudicada, numa espécie de limbo, de «depende do caso».

A fixação de uma idade rígida tende a ser uma medida comprometedora, mesmo que acompanhada do fator “discernimento”. Talvez uma solução à base de presunções (ilidíveis) fosse um avanço, permitindo que o menor de idade consinta caso haja capacidade. Porque não aproveitar a configuração legal do CP e estabelecer uma presunção de incapacidade abaixo de uma determinada idade, e uma presunção de capacidade acima dessa idade? Desta forma, a partir, *v.g.*, dos dezasseis anos, o que houvesse a provar seria a incompetência, e não a competência, o que nos parece ser uma diferença relevante e decisiva.

Quanto ao avaliador do «discernimento suficiente», que verifica e atesta ao menor competência decisória, propugnamos pela intervenção do médico de família, munido de conhecimentos sobre a criança ou jovem prévios à situação que o traz à necessidade de uma intervenção médica que envolve mais ponderação, acompanhado de um profissional qualificado da área da psicologia. Por conseguinte, a intervenção do tribunal, que muitas vezes, pela sua delonga, provoca uma pioria no estado clínico do doente, deve ocorrer apenas em última *ratio*.

Relativamente ao último ponto abordado, *i.e.*, o poder de recusa, parece-nos que não podem existir dois pesos e duas medidas para o valor da recusa e para o valor que se atribui ao consentimento apenas para alcançar resultado pretendido, que é vedar o direito de recusa ao menor, mesmo que competente.

O respeito pela autonomia implica um acatar das boas e das (supostamente) más decisões, pelo que se se aceita que aquele pode consentir porque reúne as capacidades para tal, a mesma lógica se aplica à recusa. A outra opção é a de, pura e simplesmente, não atribuir nenhuma margem de decisão até aos dezoito anos, altura em que se atinge a maioridade.

Nesta perspetiva, não parece que possa haver lugar para um meio-termo, pois se só se respeitar a autonomia se ela se virar para o consentimento mas já não para a recusa, então não há qualquer respeito por essa mesma autonomia, sendo mais coerente não lhe conceder qualquer espaço.

Na nossa visão, o menor competente deverá ter plenos direitos de autodeterminação, pelo que nem uma escolha ou opinião diversa dos pais, nem a indicação clínica/terapêutica do médico invalidam a decisão final do filho maduro.

Bem sabemos que bom senso é um imperativo em todas as encruzilhadas, e estamos conscientes de que qualquer construção adotada relativamente à extensão da autonomia da vontade do menor em caso de intervenção médica pode pôr em cheque a

integridade das nossas crianças jovens, pelo que estamos preparados para que nos sejam direcionados pontos de vista diversos da apreciação que tecemos.

Finalmente, esperamos vivamente ter, de algum modo, contribuído para a análise da matéria abordada. As leis refletem a fase que cada sociedade atravessa, mas a evolução social pode torná-las ultrapassadas e exigir mudanças. Enquanto juristas, praticantes do Direito no quotidiano, cabe-nos pensar as soluções consagradas pelo legislador, detetar obstáculos e situações não abarcadas ou solucionadas pelas mesmas, e tentar que os comandos normativos sejam aperfeiçoados e consigam acompanhar de forma plena e eficiente esta nossa realidade social, irremediavelmente inconstante.

BIBLIOGRAFIA

- ALDERSON, Priscilla, *Young Children's Rights: Exploring Beliefs, Principles and Practice*, Jessica Kingsley Publishers London and Philadelphia, 2000, pp. 49-71, 112-121;
- , “Competent children? Minors’ consent to health care treatment and research”, *Social Science & Medicine*, 65, Elsevier Ltd., 2007, 2272-2283;
- ALVES, Raúl Guichard, “Observações a respeito da incapacidade de exercício dos menores e sua justificação”, *Revista de Direito e Economia*, ano XV, 1989, pp. 359-365;
- BARGADO, Manuel do Carmo, CARVALHO, Luís Baptista, LEAL, Ana Teresa, MELO, Helena Gomes de, OLIVEIRA, Felicidade de, RAPOSO, João Vasconcelos, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2.^a edição (revista, actualizada e aumentada), Quid Juris, 2010, pp. 139-144;
- BEAUCHAMP, Tom. L., CHILDRESS, James F., *Principles of Biomedical Ethics: respect for autonomy*, 5th edition, Oxford University Press, 2001, pp. 57-103, 176-194;
- BORJA-SANTOS, Romana, “Médicos ou pais: quem tem a última palavra no tratamento de uma criança?”, *Público*, 9 de Setembro, 2014, pp. 14-15;
- BRANCO, Patrícia, PEDROSO, João, “Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças em Portugal”, *Revista de Ciências Sociais*, 82, Setembro 2008, pp. 53-83;
- CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a Edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 101-103, 242-243;
- CAVE, Emma, WALLBANK, Julie, “Minors’ capacity to refuse treatment: a reply to Gilmore and Herring”, *Medical Law Review*, 20, Oxford University Press, 2012, pp. 423-449;

- CAVE, Emma, “Goodbye *Gillick?* Identifying and resolving problems with the concept of child competence”, *Legal Studies*, vol. 34, no. 1, The society of legal scholars, 2014, pp. 103-122;
- COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M., “Adolescents and consent to treatment”, *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 89, Elsevier Ireland Ltd., 2005, pp. 179-184;
- BAILEY-HARRIS, Rebecca, MASSON, Judith, PROBERT, Rebecca, *Cretney’s Principles of Family Law*, 8th ed., Sweet & Maxwell, 2008, pp. 487-501;
- DIAS, Figueiredo, MONTEIRO, Sinde, “Responsabilidade Médica em Portugal”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, 1984, pp. 21-79;
- DICKENSON, Donna, “Children’s informed consent to treatment: is the law an ass?”, *Journal of medical ethics*, 1994, pp. 205-206, 222;
- DIDCOCK, Elizabeth, “Issues of consent and competency in children and young people”, *Pediatrics and Child Health*, Elsevier Ltd., 2007, pp. 425-428;
- DRAY, Guilherme Machado, *Direitos de Personalidade*, Almedina, 2006, pp. 5-22, 26-38, 59-60;
- EEKELAAR, John, “The interests of the child and the child’s wishes; the role of dynamic self-determinism”, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and human Rights*, Clarendon Press – Oxford, 1994, pp. 42-61;
- FERREIRA, Fernando Ilídio, Pedro, MADEIRA, SARMENTO, Teresa, SILVA, , Rosa, *Infância, Família e Comunidade*, Porto Editora, 2009, pp. 117-126;
- FIONDA, Julia, “Legal Concepts of Childhood: An Introduction”, *Legal Concepts of Childhood*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2001, pp. 3-13;
- FLEMING, Manuela, *Adolescência e Autonomia: O desenvolvimento psicológico e a relação com os pais*, Edições Afrontamento, 1993, pp. 21-26, 101-125;

- FORTIN, Jane, *Children's rights and the developing law*, LexisNexis UK, 2003, pp. 71-87, 121-157, 307-339;
- FREEMAN, Michael, "The Child in Family", *Legal Concepts of Childhood*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2001, pp. 183-201;
- KUTHER, Tara L., "Medical Decision-Making and Minors: Issues of Consent and Assent", *Adolescence*, Vol. 38, No. 150, Libra Publishers, Inc., 2003, pp. 343-357;
- LEANDRO, Armando Gomes, "Protecção dos Direitos das Crianças em Portugal", *Direitos das Crianças*, Coimbra Editora, 2004, pp. 101-119;
- LEWIS, Penney, "The Medical Treatment of Children", *Legal Concepts of Childhood*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2001, pp. 151-163;
- LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. V, Coimbra Editora, 1995, pp. 329-343;
- MANSO, Luís Duarte Baptista, "O dever de esclarecimento e o consentimento informado em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação", *Lex Medicinæ*, Coimbra Editora, Ano 8, n.º 16, 2011, pp. 135-175.
- MARADIEGUE, Ann, "Minor's Rights Versus Parental Rights: Review of Legal Issues in Adolescent Health Care", *American College of Nurse-Midwives*, Elsevier Inc., vol. 48, no. 3 May/June, 2003, pp. 170-177;
- MARTINS, Rosa Cândido, "Poder paternal vs. Autonomia da criança e do adolescente?", *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 1, Coimbra Editora, 2004, pp. 65-76;
- , "A Criança, o Adolescente e o Acto Médico. O Problema do Consentimento", *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. I – *Direito das Famílias e das Sucessões*, Coimbra Editora, 2004, pp. 791-831;

- , *Menoridade (In)capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra Editora, 2008;
- MATOS, Mafalda Francisco, *O Problema da (Ir)relevância do consentimento dos menores em sede de cuidados médicos*, Coimbra Editora, 2013;
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus Sucedâneos Internacionais*, Coimbra Editora, 2004, pp. 126-131;
- MOREIRA, Sónia, “A autonomia do menor do exercício dos seus direitos”, *Scientia Iuridica*, tomo L, n.º 291, Universidade do Minho, 2001, pp. 159-194;
- OLIVEIRA, Guilherme, “Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica”, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, pp. 59-72;
- , “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, pp. 225-232;
- , “O fim da arte silenciosa”, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, pp. 95-100;
- , “Protecção de menores/Protecção familiar”, *Temas de Direito da Família*, Coimbra Editora, 1999, pp. 267-278.
- , “O Direito da Família”, *Temas de Direito da Família*, 2.^a Edição (aumentada), Coimbra Editora, 2001, pp. 223-230;
- OLIVEIRA, Miguel, PAIS, Lúcia G., “Tomada de decisão na adolescência: do conflito à prudência”, *Crianças e Adolescentes*, Almedina, 2010, pp. 11-25, 419-428;
- PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2008, pp. 23-173;

- PERDIGÃO, Ana, PINTO, Ana Sotto-Mayor, *Guia dos Direitos da Criança*, 3.^a edição, Instituto de Apoio à Criança, 2009;
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente – Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2004, pp. 289-348;
- , “A Capacidade para Consentir: Um Novo Ramo da Capacidade Jurídica”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Vol. II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 2006, pp. 199-249;
- , “Medicina na era da cidadania: propostas para pontes de confiança”, *Estudos de Direito da Bioética, Vol. IV*, Almedina, 2012, pp. 14-18;
- PEREIRA, Paula Moura de Lemos, *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*, Lumen Juris, 2011, pp. 76-85;
- PIKER, Andy, “Balancing Liberation and Protection: A Moderate Approach to Adolescent Health Care Decision-Making”, *Bioethics*, vol. 25, no. 4, Blackwell Publishing Ltd., 2011, pp. 202-208;
- REDDING, Richard E., “Children’s competence to provide informed consent for mental health treatment”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 50:695, 1993, pp.695-792;
- RIBEIRO, Geraldo Rocha, “Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7, n.º 14, Coimbra Editora, 2010, pp. 105-138;
- RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, Coimbra Editora, 2011, pp. 29-51, 69-84, 123-136, 174-182;

- RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, Coimbra Editora, 2001, pp. 23-48, 197-233;
- ROSS, Lainie Friedman, “Health Care Decisionmaking by Children Is It in Their Best Interest?”, *Hastings Center Report*, 1997, pp. 41-45;
- SANTOS, André Teixeira dos, “Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos”, *Revista do Ministério Público*, ano 30, n.º 118, Editorial Minerva, 2009, pp. 123-155;
- SCHLAM, Lawrence, M. D. Joseph P. Wood, “Informed Consent to the medical treatment of minors: law and practice”, *Health Matrix*, vol. 10:141, 2000, pp. 141-174;
- SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a reforma de 1977”, *Comemorações aos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. I, Coimbra Editora, 2004, pp. 126-143, 171-174;
- , “Liberdade de Opção da Criança ou Poder do Progenitor? – Comentário ao Acórdão da Relação de Coimbra de 31 de Outubro de 2007”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 9, Coimbra Editora, 2008, pp. 53-64;
- , *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5.^a edição (revista, aumentada e actualizada), Almedina, 2011, pp. 39-48, 251;
- SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pp. 168-175, 184-188, 211-237, 410-412, 578-579.